

Gustavo Cisneiros

Manual de **Audiência e Prática Trabalhista**

Indicado para Advogados

De acordo com:

- **Honorários assistenciais** – Lei 13.725/2018
- **Defesa oral em Mandado de Segurança**
– Lei 13.676/2018
- **Aplicação das normas processuais da
Reforma Trabalhista** – IN 41/2018 do TST

5ª
edição

revista,
atualizada
e ampliada



**Inclui MATERIAL
SUPLEMENTAR**
Com Modelos de peças
editáveis para download



Manual de
**Audiência e
Prática
Trabalhista**

Indicado para Advogados



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

Gustavo Cisneiros

Manual de
**Audiência e
Prática
Trabalhista**

Indicado para Advogados

5^a
edição revista,
atualizada
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
- Nas obras em que há material suplementar *on-line*, o acesso a esse material será disponibilizado somente durante a vigência da respectiva edição. Não obstante, a editora poderá franquear o acesso a ele por mais uma edição.
- Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira
Produção digital: Geethik
- Data de fechamento: 07.01.2019
- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

C527m

Cisneiros, Gustavo

Manual de audiência e prática trabalhista: indicado para advogados / Gustavo Cisneiros.
– 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

ISBN 978-85-309-8503-5

1. Audiência de instrução e julgamento – Brasil. 2. Justiça do trabalho. 3. Prática trabalhista. I. Título.

18-54317

CDU: 349.2(81)

Leandra Felix da Cruz – Bibliotecária – CRB-7/6135

*Dedico esta obra à minha amada esposa, Valéria, pela infinita paciência,
pelo incondicional amor e por sempre acreditar nos meus sonhos.*

*Aos meus filhos, Guilherme (Gui) e Giovana (Gi), os quais já me incentivam
na incessante busca pelo conhecimento.*

À minha querida mãe, pelo inesgotável amor.

Ao meu irmão Ricardo, por me ouvir, quando falo ou silencio.

*Ao meu pai, que habita em outro plano, também professor, que me deixou
inestimável herança: o amor pelo ensino.*

*Ao meu tio/pai Dida (Dr. Francisco Henrique), médico de inatacável
competência, pelos melhores momentos de minha infância.*

*Ao amigo/irmão Ruivaldo (Rui), pelo silêncio, na hora certa, e pelos
conselhos certos.*

*Ao meu amigo e sogro, Adblando, por me mostrar que a simplicidade é uma
grande virtude.*

*À Renata Valle, amiga de eternidade e filhota de coração, pela pureza de um
infinito amor.*

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito.”

Georges Ripert

Esta obra não foi construída com inúmeras citações doutrinárias, nem se encontra abarrotada de enfadonhas transcrições de decisões judiciais ou notas de rodapé, pois não deságua de monografia ou tese, mas da junção de curiosidade, estudo, profundidade, transpiração, responsabilidade e experiência. Ela foi edificada para abrigar a aflição diária dos advogados, mas com energia suficiente para saciar a sede de conhecimento de estudantes e demais profissionais do direito, com objetividade, originalidade, generosidade, coragem e amor.

O medo fecha portas. O conhecimento é o antídoto do medo, pois abre o cadeado dos grilhões que aprisionam a desconhecida genialidade de um profissional.

A minha intenção, desde o início, foi disponibilizar um *Manual* de fácil consulta para os advogados que militam na Justiça do Trabalho.

A abordagem dos temas é feita de forma sólida, palpável, livre de enigmas e dogmas, exaltando os princípios gerais do direito, a legislação e a jurisprudência uniforme, além de, principalmente, trazer à baila casos recorrentes e também situações excêntricas, levando o leitor a concluir que a lógica deve ser uma companheira inseparável do jurista.

Nunca escondi o meu amor pelo ato de pensar, mesmo atropelado por inovações tecnológicas, gestos e atos cada vez mais robóticos e toda uma gama de modernidades que, despudoradamente, tentam nos convencer do término de uma era na qual os melhores eram os que estudavam e do início de um fétido caminho em que tudo se copia e nada se cria.

Não desista de pensar, caro leitor. Jamais!

Da reflexão é que surgem as ideias capazes de concretizar as mudanças.

A simplicidade, em toda a sua desafetação e brandura, baliza os modelos

das peças jurídicas que compõem a obra, sem abandonar, em momento algum, a boa técnica processual e a riqueza da argumentação.

Há profissionais que precisam de muitas letras, palavras repetitivas, infundáveis frases e intermináveis páginas para a exposição de um fato.

Esses mesmos juristas, durante uma audiência, também carecem de um introito e de toda uma “representação” (com ar teatral) para a formulação de um simples requerimento.

A rotina do profissional do direito, no entanto, vem mudando, deixando para trás velhos hábitos que em nada contribuem para a prestação célere da tutela jurisdicional.

Sinto-me, hoje, recompensado ao flagrar o sucesso do clamor de inúmeras recomendações e campanhas, disseminadas por diversos órgãos, para que juízes e advogados façam uso de uma linguagem simples, prolatando sentenças e confeccionando peças iluminadas pela lucidez e pela objetividade.

Há muitos anos venho ensinando exatamente isso nas faculdades, nos cursos preparatórios para a prova da 2ª Fase do Exame de Ordem, nas turmas de pós-graduação, nas turmas do vitorioso Curso de Audiência e Prática Trabalhista e na orientação àqueles que almejam um cargo na magistratura trabalhista, afinal, em qualquer certame, o tempo é sempre o maior adversário do candidato.

O tempo do advogado moderno não é mais o mesmo daquele antigo causídico que militava nas décadas em que as atas de audiência eram “datilografadas”, marcadas pelo uso do papel carbono, em que se tinha a impressão de que os minutos não andavam.

O tempo do advogado moderno é aquele do trânsito caótico, das informações que atropelam, da pressa, da sofreguidão de “terminar logo”, do processo eletrônico e de suas idiossincrasias, do cliente que surpreende por “saber demais”.

Nosso meio jurídico, entalhado por mãos germânicas e braços romanos, sempre olhou, com extrema desconfiança, para o simples.

Alguns ainda resistem à modernidade, pregando que o jurista deve zelar

pela “sofisticação” de suas “obras”.

A “construção” de uma sentença, para certos magistrados, está associada à edificação de uma “inconfundível obra literária”, aproximando-os de artistas carentes de aplausos.

A montagem de uma petição inicial, para determinados advogados, assemelha-se à elaboração de um “conto” prestes a concorrer em um concurso literário.

A confecção de uma contestação, para muitos patronos, passa, necessariamente, pelo cansativo “resumo da petição inicial” e por infindáveis objeções infrutíferas e desconexas, decorrentes da irreflexão febril do vício de “copiar e colar”.

Toda essa dolorida arquitetura leva o leitor (juízes, advogados, jurisdicionados, servidores etc.) a mergulhar nos insuportáveis emaranhados de uma linguagem incompreensível ou de difícil compreensão.

O cliente/jurisdicionado termina ficando em segundo plano.

Caro leitor, o direito é mais simples do que você pensa. Basta compreender a sua finalidade.

O incompreensível, para o direito, não tem serventia!

O simples, infelizmente, em certos meios, ainda é sinônimo de fragilidade, despreparo e escassa sabedoria.

Entretanto, o simples, a exemplo da cultura oriental, precisa ser enaltecido.

Juízes e advogados devem deixar a aflição do orgulho e o peso da vaidade de lado, livrando-se desse tormento chamado “perfeição”, e passar a enxergar na justiça o objetivo maior de seus altivos ofícios.

O perfeccionismo é o caminho certo para a frustração!

O juiz, mesmo dotado de robusta e inafastável autoridade, é um servidor público, e, como tal, tem o dever de prestar, de forma límpida, célere e objetiva, a tutela jurisdicional. Com equilíbrio e sapiência. Com equidade e imparcialidade.

O advogado, imprescindível para o equilíbrio entre as partes, é um profissional que tem o dever de despir-se de qualquer ostentação, na incessante busca pela defesa dos direitos do seu cliente.

Neste *Manual*, toda essa simplicidade é o que mais me orgulha!

Mas não se engane com a simpleza, a clareza e a despretensão de suas linhas, pois delas ecoam palavras iluminadas por uma vida dedicada à arte do pensar.

A leveza daquilo que é singelo não retira a sutileza de sua origem introspectiva. A pureza da voz humilde não emudece a delicadeza de sua fonte reflexiva. No simples, querido leitor, não raras vezes se esconde toda a complexidade por ele desnudada.

Certa vez, um jovem aluno me procurou no final da aula e disse: “Professor, estou ‘doido’ pra passar logo nesse Exame de Ordem, para nunca mais ter que estudar essas leis, ler esses livros, pegar nessa apostila”. Respondi: “Se você detesta estudar as leis, não suporta ler esses livros, tem ódio à apostila do professor, qual o motivo para fazer a prova e se tornar advogado?”. Ele disse: “Mas quando eu me tornar advogado não precisarei mais estudar”.

Sua conclusão me deixou mudo. Demorei a dormir naquela noite. Na manhã seguinte, já não era mais o mesmo professor. Tinha aprendido uma lição.

Na aula subsequente, em meio a uma explicação sobre contradita de testemunha, disse aos alunos:

“Observem a imprescindibilidade do conhecimento. De nada serve a eloquência, se divorciada do conhecimento. De nada adianta o terno bem cortado, sem o brilho do conhecimento. De nada vale o inebriante perfume francês, sem a volúpia do aroma inconfundível do conhecimento. O silêncio ensurdecador do conhecimento é capaz de emudecer o adversário. O rugido intimidante do conhecimento destrói qualquer sofisma. Não há, no mundo jurídico, nada mais intenso do que o conhecimento alcançado pelo profissional que o habita. Conhecimento é direito adquirido, incorporando-se, *in*

aeternum (para toda a eternidade), ao patrimônio do jurista.”

Foram as minhas palavras naquela noite.

O tempo passou (ele tem essa mania).

Hoje, aquele jovem aluno, além de brilhante advogado, também é professor!

Apesar de ainda mais grisalho, por culpa da teimosia do tempo, eis que me flagro, depois de anos, com um inigualável sorriso e me esforçando para represar, em olhos típicos de quem cumpriu a sua missão, infungíveis lágrimas de plena alegria.

Vencedor é aquele que acredita na importância do conhecimento para a plenitude do seu desenvolvimento profissional.

Estudar fez, faz e sempre fará a diferença!

O conhecimento liberta o jurista do temor da desconfiança, mas também o ensina que a sua plenitude é inalcançável, fazendo-o compreender que, eternamente, qualquer estudioso terá que conviver com a imprecisão; afinal, somos humanos.

A elaboração de peças profissionais, o enfrentamento de audiências trabalhistas, os infindáveis incidentes processuais, o uso adequado dos recursos e demais remédios processuais, o fantasma chamado “prazo”, tudo isso (e mais, muito mais) representa um natural tormento ao novo advogado, aquele que há pouco tempo gritou “Exame de Ordem nunca mais!”.

As faculdades e universidades não formam advogados!

É um fato!

O advogado recém-ingresso no mercado se sente órfão ao se deparar com o natural pragmatismo do cotidiano processual, longe do brando ritmo acadêmico.

Na faculdade, há um mundo abstrato, o mundo do “dever ser”, florido e perfumado, idílico, romântico, irreal.

Nos fóruns, há um mundo concreto, o mundo do “ser”, ressecado e

inodoro, cruel, frio e real.

Entrar em contato com toda uma realidade estranha ao que aprendeu durante a sua formação universitária deixa o profissional do direito perplexo e necessitado de uma mão amiga.

De repente, aquele estudante, que tanto se dedicou a “defender uma tese” em sua monografia, envolvido pelo universo acadêmico, é “jogado aos leões”, forçado a raciocinar como se advogado fosse, para superar o Exame de Ordem, e, depois, é novamente levado às “feras”, passando a conviver com clientes e dúvidas, com magistrados e dúvidas, com colegas advogados e dúvidas, e dúvidas, e dúvidas.

O medo leva ao descontrole e fecha portas!

Mesmo para o advogado que estagiou em escritórios de advocacia, o temor do início estará ali, tal qual uma sombra; afinal, o receio não vem apenas dos outros, mas de si próprio.

A técnica do “copiar e colar”, tão útil no escritório, é inútil na audiência, porquanto, à frente do juiz e acompanhado do cliente, não há “correção do Word” nem “Google”. O HD, na audiência, é o cérebro do advogado!

Esta obra não aborda apenas a audiência trabalhista, mas também a elaboração de peças profissionais, abrangendo os principais temas do dia a dia da advocacia trabalhista.

Feita com muito carinho, espero que ela preencha boa parte dos seus anseios!

O Autor

NOTA DO AUTOR À 5ª EDIÇÃO

Quando a Reforma Trabalhista ganhou os noticiários e tomou conta do meio jurídico e de toda a sociedade, os debates foram crescendo, acalorados e virulentos, abstratos e ideológicos, em seminários e palestras, nas salas de aula e nos fóruns, mas eu, apesar de também ter frequentado aqueles espaços, optei por **pensar e estudar e interpretar** a Nova CLT.

Não sou político. Não tenho ideologia. Não acredito na violência. Não creio na intimidação.

Democrata não é aquele que fala o que quer, mas aquele que tem capacidade de ouvir e respeitar o que não quer.

Alguns alunos me cobraram uma “posição” sobre a Reforma.

Vivemos em uma época tão medíocre e obtusa que as pessoas não têm mais uma terceira via, restando apenas o “a favor” ou o “contra”, como se no universo tudo fosse dividido entre o “certo” e o “errado”.

Nada melhor do que resgatar, neste momento, a mágica reflexão do poeta, jurista e teólogo Rumi, que habitou o mundo no século XIII, mas que ainda vive em nossas mentes: “Em algum lugar, além do certo ou errado, existe um jardim. Encontrarei você lá” (tradução que mais amo).

Procurei esse jardim e o encontrei na transpiração do pensar e estudar e interpretar.

A arma de um jurista está na sua interpretação, pois a hermenêutica jurídica é um canhão capaz de abater qualquer incongruência legal.

A histeria é para os tolos.

Pois bem.

Amadureceu, nesta 5ª edição, toda a minha transpiração hermenêutica, já presente na anterior, que rapidamente esgotou.

Nesta obra, pude explorar as recentes decisões do STF sobre a **terceirização** (ADPF nº 324, RE nº 958252 e ARE 791.932), lançando, sem temor, tudo aquilo que exalou do exercício hermenêutico de minha mente, incluindo particular posição sobre a modulação, além dos impactos dos julgamentos sob a ótica do STF.

Esta 5ª edição do “Manual do advogado trabalhista” nasce com saúde de garoto, vigor de adolescente e maturidade radiante presenteada por anos de estudo.

Aquele que teve a oportunidade de folhear as edições anteriores nem ficou tão assustado com a Lei 13.467/2017, nem atemorizado com os seus efeitos, porque esta obra, antes da Reforma Trabalhista, já tratava de diversos pontos que hoje se tornaram realidade, e, na edição anterior, ela desmistificou todas as inovações.

Diante da Reforma Trabalhista, o nosso *Manual* se mostrou visionário!

A homologação de acordo extrajudicial é um bom exemplo. A arbitragem para empregados diferenciados é outro. Além desses, o livro já tratava da necessidade de o juiz respeitar o procedimento integral para o processamento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, hoje na CLT.

Nosso devaneador *Manual* já tinha criticado a Súmula 377 do TST antes da Reforma Trabalhista, ao dizer que o preposto podia ser qualquer pessoa e que a sua nomeação cabia única e exclusivamente ao empregador. Por isso que o fiel leitor vibrou com o novo § 3º do art. 843 da CLT.

Nosso imaginoso *Manual* já tinha enfrentado a Súmula 122 do TST antes do novo § 5º do art. 844 da CLT, asseverando que o advogado não era um ser invisível e que precisava ser enxergado pelo magistrado.

Vibrei, naturalmente, com o novo § 2º do art. 8º da CLT, pois o Judiciário não é legislador, mas apenas intérprete e aplicador da lei.

Mas nem tudo é *déjà vu*, evidentemente.

Desvendei para você, querido leitor e querida leitora, a Nova CLT, repleta de defeitos, qualidades, idiossincrasias, imperfeições e tudo o mais que

naturalmente exala de qualquer obra humana.

No estudo da audiência trabalhista, descobri que o reclamado pode agora instalar a *litiscontestatio* antes da sessão, mediante a apresentação da contestação sem sigilo no PJE, impedindo, com isso, futura desistência unilateral da reclamação pelo reclamante. Porém, a mania de pensar me levou à conclusão de que, também naquele momento, ocorrerá a incidência da preclusão consumativa do ato contestatório, por aplicação subsidiária do art. 342 do CPC.

No estudo da reclamação trabalhista, concluí que o advogado do reclamante não precisa juntar planilha de cálculos com a petição inicial, pois surreal seria a antecipação da discussão da quantia da dívida antes da definição da existência da dívida.

No estudo da terceirização, já tinha desvendado seis casos de ilicitude que podem gerar a nulidade do contrato, e, nesta 5ª edição, trouxe à baila os impactos das recentes decisões do STF, incluindo a possibilidade ou não de incidência da relativização da coisa julgada.

No estudo do processo executório, tive que enfrentar a sombra da prescrição intercorrente, sem esquecer, entretanto, de abordar a menos famosa prescrição da execução, prevista na Súmula 150 do STF, que passou a ser compatível com os títulos executivos judiciais na seara trabalhista.

No estudo da aplicabilidade no tempo da nova legislação processual trabalhista, trago à tona a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, esculpida no art. 14 do CPC, não poupando críticas à Instrução Normativa 41/2018 do TST, alicerce normativo anômalo que não carece de defeitos, a exemplo de qualquer obra humana. Por respeito ao leitor, a dita IN 41/2018 do TST, além de analisada nas normas em que incidiu, ganhou um capítulo próprio (Capítulo 22).

Nesta 5ª edição, o leitor também encontrará a radical mudança provocada pela decisão do TST, com repercussão geral, no IRR-190-53.2015.5.03.009, que afetou a OJ 191 da SDI-1, cindindo-a no tempo – *antes e depois de 11/05/2017*.

Vou parar por aqui e deixar você à vontade para mergulhar na intensidade

dos meus pensamentos.

Na edição anterior, escrevi o seguinte:

O Manual de Audiência e Prática Trabalhista, criado, prioritariamente, para os advogados, está mais vivo do que nunca [...] circulando nos corredores da Justiça do Trabalho e nos acervos dos escritórios de advocacia, plantando questionamentos importantes acerca de teses engessadas e precedentes questionáveis, com o objetivo de quebrar paradigmas.

As sementes foram plantadas e frutificaram.

Alguns precedentes questionados ruíram.

Paradigmas foram quebrados.

Mas a luta continua, e estou armado até os dentes com a leve pluma cognitiva.

Bom estudo!

Para acessar o material suplementar entre em contato conosco através do e-mail (gendigital@grupogen.com.br).

Parte 1

AUDIÊNCIA TRABALHISTA

Capítulo 1 – Procedimentos

- 1.1. Rito Ordinário
- 1.2. Rito Sumaríssimo
- 1.3. Rito Sumário (ou “Rito de Alçada”)
 - 1.3.1. Impugnação ao Valor da Causa

Capítulo 2 – Ajuizamento da Reclamação Trabalhista

- 2.1. Interrupção da Prescrição
 - 2.1.1. Interrupção da Prescrição Bienal e Parcial
 - 2.1.2. Interrupção da Prescrição – Reclamação Ajuizada por Sindicato na Qualidade de Substituto Processual

Capítulo 3 – *Jus Postulandi* – Análise Crítica

Capítulo 4 – Mandato, Procuração, Contrato de Honorários e Honorários Advocatícios Sucumbenciais

- 4.1. Honorários Advocatícios Sucumbenciais – Reforma Trabalhista
- 4.2. Mandato Tácito e Procuração *Apud Acta*

Capítulo 5 – Citação

Capítulo 6 – Ausência das Partes à Audiência

- 6.1. Ausência do Reclamante à Audiência – Arquivamento da Reclamação
- 6.2. Perempção Trabalhista

- 6.3. Ausência do Reclamado à Audiência – Revelia e Confissão Ficta
 - 6.3.1. Revelia da Pessoa Jurídica de Direito Público
- 6.4. Súmula 122 do TST – Cancelamento Tácito
- 6.5. Preposto
 - 6.5.1. Advogado e Preposto – Possibilidade de Cumulação das “Funções”

Capítulo 7 – Da Responsabilidade por Dano Processual

- 7.1. Multa sobre testemunha que “Mentir” – Inconstitucionalidade do Art. 793-D da CLT

Capítulo 8 – Atraso do Juiz e Atraso das Partes à Audiência

Capítulo 9 – Tentativa de Conciliação

- 9.1. Transação e Renúncia
- 9.2. Termo de Conciliação Judicial
- 9.3. Colusão e Simulação
- 9.4. Discriminação da Natureza das Verbas
- 9.5. Homologação de Acordo Extrajudicial
 - 9.5.1. Modelo de Ação de Homologação de Acordo Extrajudicial

Capítulo 10 – Defesa

- 10.1. Exceção de Incompetência Territorial
 - 10.1.1. Conflito de Competência
- 10.2. Contestação
 - 10.2.1. Questões Preliminares (Objecções)
- 10.3. Reconvenção
- 10.4. Defesa Direta (Mérito)

Capítulo 11 – Instrução

- 11.1. Depoimento Pessoal
- 11.2. Testemunhas
 - 11.2.1. Contradita – Testemunha Incapaz, Impedida ou Suspeita
 - 11.2.2. Súmula 357 TST – “Troca de Favores” – Análise Crítica
 - 11.2.3. Depoimento, Inversão das Testemunhas e Gravação dos Depoimentos
- 11.3. Prova Documental
- 11.4. Prova Pericial
- 11.5. Inspeção Judicial

Capítulo 12 – Razões Finais

Parte 2 PRÁTICA TRABALHISTA

Capítulo 1 – Confeção de Peças Profissionais

Capítulo 2 – Reclamação Trabalhista

- 2.1. Endereçamento – Designação da Autoridade Competente
- 2.2. Qualificação das Partes
 - 2.2.1. Quem Pode Ajuizar Reclamação Trabalhista?
 - 2.2.1.1. Empregador
 - 2.2.1.2. Sindicato
 - 2.2.1.3. Trabalhador Avulso
 - 2.2.1.4. Pequeno Empreiteiro
 - 2.2.1.5. Representante Comercial
 - 2.2.1.6. Profissional Liberal
 - 2.2.1.7. Servidor Público

- 2.2.2. Se a Empresa Falir, Contra Quem Vou Ajuizar a Reclamação?
- 2.2.3. Se o Empregado Falecer, Quem Poderá Ajuizar Reclamação Trabalhista?
- 2.2.4. No Caso de Terceirização, Contra Quem Vou Ajuizar a Reclamação?
 - 2.2.4.1. A Terceirização depois das decisões do STF
- 2.2.5. No Caso de Sucessão Trabalhista, Contra Quem Vou Ajuizar a Reclamação?
- 2.2.6. No Caso de Empregado de Empreiteira, Contra Quem Vou Ajuizar Reclamação?
- 2.2.7. Existindo um Grupo Econômico, Isso Afeta a Reclamação?
- 2.3. Causa de Pedir
 - 2.3.1. Lesão
 - 2.3.2. Princípios do Direito do Trabalho e Causa de Pedir
 - 2.3.2.1. Análise Concreta dos Princípios do Direito do Trabalho
 - 2.3.3. Elaboração da Causa de Pedir
- 2.4. Do Pedido
 - 2.4.1. Salário-condição
 - 2.4.2. Verbas Rescisórias
- 2.5. Do Valor da Causa
- 2.6. Honorários Advocatícios Sucumbenciais
- 2.7. Tutela de Urgência Antecipada
- 2.8. Modelo de Reclamação Trabalhista

Capítulo 3 – Inquérito para Apuração de Falta Grave

3.1. Modelo de Inquérito Judicial

Capítulo 4 – Ação de Consignação em Pagamento

4.1. Modelo de Ação de Consignação em Pagamento

Capítulo 5 – Contestação

5.1. Questões Preliminares

5.1.1. Inexistência ou Nulidade da Citação

5.1.2. Incompetência Absoluta

5.1.3. Inépcia

5.1.4. Perempção Trabalhista

5.1.5. Litispendência e Coisa Julgada

5.1.6. Da Convenção de Arbitragem

5.1.7. Observações Finais

5.2. Mérito

5.2.1. Das Questões Prejudiciais de Mérito

5.2.1.1. Da Negativa de Vínculo Empregatício

5.2.1.2. Prescrição

5.2.1.2.1. Prescrição parcial e prescrição bienal

5.2.1.2.2. Ajuizamento de reclamação trabalhista e interrupção da prescrição

5.2.1.2.3. Benefício previdenciário e aposentadoria por invalidez – situação da prescrição

5.2.1.2.4. Protesto judicial

- 5.2.1.2.5. Imprescritibilidade das ações declaratórias
 - 5.2.1.2.6. Prescrição total (também chamada de prescrição do “ato único”)
 - 5.2.1.2.7. Prescrição no caso de dano moral/material/estético
 - 5.2.1.2.8. Prescrição no caso de morte do empregado quando o sucessor é menor de 18 anos
 - 5.2.1.2.9. Comentários à OJ 401 da SDI-1
 - 5.2.1.2.10. Aviso prévio – início da bienal prescrição – momento para a arguição da prescrição
 - 5.2.1.2.11. Súmulas e orientações jurisprudenciais sobre prescrição ainda não citadas
 - 5.2.1.3. Decadência
- 5.2.2. Das Demais Questões de Mérito
 - 5.2.2.1. Questões Meritórias Comuns no Processo Trabalhista
- 5.2.3. Compensação
- 5.2.4. Dedução
- 5.2.5. Retenção
- 5.2.6. Modelo de Contestação

Capítulo 6 – Exceção de Incompetência Territorial

- 6.1. Efeitos do Pré-contrato na Competência Territorial
- 6.2. Exceção de Incompetência Territorial – Procedimento e Modelos

Capítulo 7 – Suspeição e Impedimento

- 7.1. Modelo de Petição de Arguição de Suspeição (Aplicável ao Impedimento)

Capítulo 8 – Reconvenção

Capítulo 9 – Recursos

- 9.1. Princípio do Efeito Devolutivo
- 9.2. Princípio da Irrecorribilidade Imediata das Decisões Interlocutórias
- 9.3. Pressupostos de Admissibilidade
 - 9.3.1. Comentários a Dois Pressupostos que Geram Discussão quanto à Classificação
 - 9.3.2. Comentários aos Pressupostos Objetivos
- 9.4. Recurso Adesivo e Rateio das Despesas Processuais
- 9.5. Remessa Necessária

Capítulo 10 – Recurso Ordinário

- 10.1. Modelos de Recurso Ordinário
 - 10.1.1. Modelo de Recurso Ordinário nº 1
 - 10.1.2. Modelo de Recurso Ordinário nº 2

Capítulo 11 – Recurso de Revista

- 11.1. Modelo de Recurso de Revista

Capítulo 12 – Agravo de Petição

- 12.1. Modelo de Agravo de Petição

Capítulo 13 – Agravo de Instrumento e Agravo Interno

- 13.1. Modelo de Agravo de Instrumento

Capítulo 14 – Embargos de Declaração

- 14.1. Modelo de Embargos de Declaração

Capítulo 15 – Embargos Infringentes (à SDC) e Embargos de Divergência (à SDI)

- 15.1. Embargos Infringentes (ou “Embargos à SDC”)
- 15.2. Embargos de Divergência (ou “Embargos à SDI”)

Capítulo 16 – Mandado de Segurança

- 16.1. Modelo de Mandado de Segurança

Capítulo 17 – Processo de Execução – Embargos à Execução e Exceção de Pré-Executividade

- 17.1. Introdução
- 17.2. Liquidação de Sentença
- 17.3. Desconsideração da Personalidade Jurídica
- 17.4. Citação
- 17.5. Embargos à Execução
 - 17.5.1. Embargos à Execução – Carta Precatória – Competência
 - 17.5.2. Legitimidade Ativa
- 17.6. Prescrição Intercorrente
- 17.7. Exceção de Pré-executividade
- 17.8. Relativização da Coisa Julgada e Inexigibilidade do Título
- 17.9. Modelo de Embargos à Execução

Capítulo 18 – Ação Rescisória

- 18.1. Modelo de Ação Rescisória

Capítulo 19 – Embargos de Terceiro

19.1. Modelo de Embargos de Terceiro

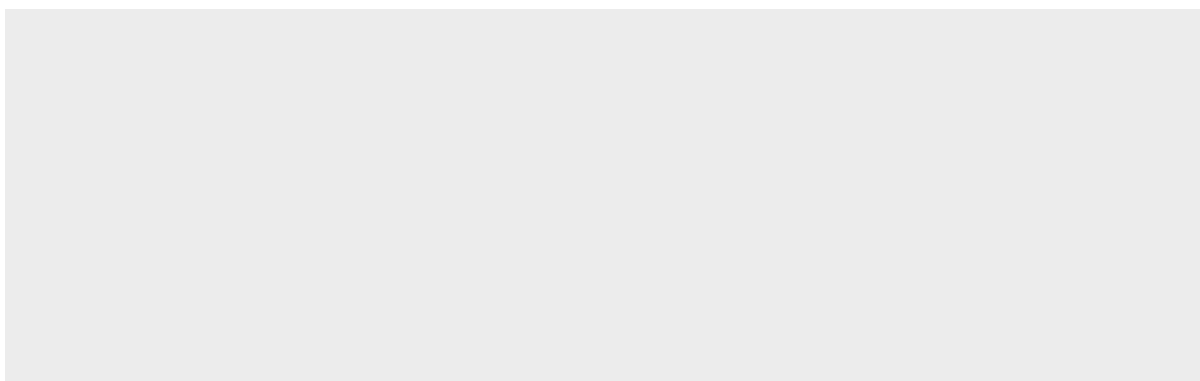
Capítulo 20 – Ações Possessórias

Capítulo 21 – Da Arbitragem em Contrato Individual

Capítulo 22 – Comentários à Instrução Normativa 41/2018 do TST

22.1. Introdução

22.2. Comentários





AUDIÊNCIA TRABALHISTA

Impera, no direito processual do trabalho, o **princípio do agrupamento dos atos processuais em audiência**, atraindo, com suave naturalidade, os princípios da oralidade, da simplicidade, da imediação do magistrado, da conciliação, da economia, da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e, com maestria, o princípio da celeridade.

A *audiência* é o ponto culminante do direito processual trabalhista. Trata-se de ato complexo, concentrando, como um imã, outros atos processuais.

Na audiência:

- O juiz propõe a conciliação (arts. 846 e 850 da CLT c/c art. 764 da CLT).
- O reclamado pode apresentar, inclusive oralmente, a sua resposta (art. 847 da CLT).
- O juiz constata a revelia (art. 844 da CLT).
- As partes produzem todas as provas (art. 845 da CLT).
- As partes podem aduzir razões finais (art. 850 da CLT).
- O juiz prolate sentença (arts. 850 e 852 da CLT).

O advogado trabalhista precisa compreender que nas audiências raramente há tempo para consultas.

Tudo é muito rápido.

A sala cheia, o burburinho latejante, o juiz impaciente e ali está o profissional da advocacia, sozinho, diante de uma proposta de acordo e com dúvidas a respeito da discriminação das verbas; diante de um requerimento de juntada de documento novo; diante do atraso do cliente; diante do não comparecimento de uma testemunha; diante de uma contradita lançada pelo advogado da parte contrária etc.

O que fazer?

Estudar, estudar e estudar!

E ter a certeza de que apenas o conhecimento será capaz de salvá-lo.

Vamos à luta!

Três Ritos se destacam para fins de estudo da audiência: o Rito Ordinário; o Rito Sumaríssimo; e o Rito Sumário (ou Rito de Alçada).

Nos três, o legislador prevê a realização de audiência una (indivisível; contínua; ininterrupta).

A audiência contínua é ignorada em várias unidades jurisdicionais, quando do **rito ordinário**, por típica norma costumeira (norma consuetudinária). Essa prática de fragmentar a audiência no rito ordinário gerou, inclusive, precedentes jurisprudenciais de alta relevância, inspirados no antigo § 1º do art. 343 do CPC/1973, cuja previsão hoje se encontra no § 1º do art. 385 do atual CPC, cujo destaque é a Súmula 74 do TST.

1.1. Rito Ordinário

No **Rito Ordinário**, que é o “procedimento comum”, previsto basicamente nos arts. 843 a 852 da CLT, o legislador edificou a audiência num “ato contínuo”, ressaltando a possibilidade de suspensão e remarcação por “motivo relevante” (§ 1º do art. 844 da CLT). Essa expressão (motivo relevante) não pode ser interpretada em seu sentido estrito, i.e., como um ato imprevisível e para o qual as partes não tenham contribuído direta ou indiretamente, principalmente porque, ao longo do tempo, a audiência, no rito ordinário, passou a ser realizada em atos fracionados, a ponto de o TST uniformizar o entendimento quanto aos efeitos da ausência das partes “à audiência em prosseguimento, na qual deveriam depor” – Item I da Súmula 74 TST.

Em alguns Tribunais Regionais, chega a ser notório o fato de a audiência, no rito ordinário, ser “dividida” em audiência inicial e audiência de instrução.

Na **audiência inicial** ocorre a tentativa de conciliação e, caso frustrada, a apresentação de defesa (a defesa pode ser apresentada antes da audiência, no PJE, à luz do parágrafo único do art. 847 da CLT). E é só. A ausência do reclamante importará no arquivamento da reclamação, enquanto que a ausência do reclamado atrairá a revelia e a confissão ficta quanto à matéria de fato – art. 844, *caput*, da CLT (o § 5º do art. 844 da CLT fulminou parte da Súmula 122 do TST, já que determina o acolhimento da contestação e de todos os documentos, mesmo que ausente o reclamado, se o seu advogado estiver presente à audiência). Apesar de aparentemente simples, o advogado deve se preparar para a audiência inicial, pois alguns incidentes podem ocorrer (aditamento à inicial, desde que a contestação ainda não tenha sido juntada no PJE ou tenha sido acostada em sigilo; desistência da ação, no todo ou em parte, desde que a contestação ainda não tenha sido juntada no PJE ou tenha sido acostada em sigilo – § 3º do art. 843 da CLT; requerimento envolvendo intervenção de terceiros; requerimento de exclusão da lide; complementação oral da contestação escrita, desde que esta ainda não tenha sido juntada no PJE ou tenha sido juntada em sigilo – art. 342 do CPC etc.). O advogado também deve se preparar para a “tentativa de conciliação”, fixando, se for o caso, um parâmetro financeiro para a transação, informando ao seu cliente, antecipadamente, os detalhes referentes à tentativa de acordo. O Código de Processo Civil nasceu iluminado pelo brilho que já marca há muito o processo trabalhista, lembrando que a busca pela solução amigável de um litígio não é uma missão apenas do magistrado, mas de todos – art. 3º, § 3º, CPC, *verbis*:

A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Na **audiência de instrução**, como o próprio nome diz, o juiz instruirá o processo, colhendo o depoimento pessoal do reclamante e do reclamado, ouvindo as testemunhas, analisando a prova documental, determinando a produção de prova técnica, enfim, realizando todos os atos necessários para encontrar o seu convencimento (persuasão). Uma vez convicto, o magistrado

encerrará a instrução. Depois disso, as partes aduzirão razões finais e a tentativa de conciliação será renovada. A ausência de uma das partes à audiência de instrução importará na aplicação da pena de confissão ficta quanto à matéria fática, desde que anteriormente advertida desta cominação – Súmula 74, I, do TST e art. 385, § 1º, do CPC.

O bom jurista sabe que a tentativa de conciliação é um ato contínuo. Significa dizer que a possibilidade de acordo estará presente durante toda a instrução processual (vide art. 764 da CLT e § 3º do art. 3º do CPC). No Brasil, infelizmente, há uma cultura de que o “Estado” tem o dever de tudo solucionar, distorção educacional frutificada na “lei do menor esforço”, no “comodismo tropical”, no sentimento de que “não é comigo”. O grau de desenvolvimento de uma sociedade pode ser medido pela quantidade (percentual) de conciliações. A nossa sombria sociedade ainda é paupérrima neste particular, levando a maioria dos processos à solução impositiva (sentença).

Triste daquele que enxerga na sentença um ato de pacificação social. A paz, em sua plenitude e pureza, exala o seu inebriante e inesquecível perfume na homologação de uma conciliação. A Lei 13.467/2017 finalmente brindou o processo trabalhista com a possibilidade jurídica de homologação judicial de um acordo extrajudicial (arts. 855-B a 855-E da CLT), como já defendíamos nas edições anteriores desta obra.

Na prática, uma “terceira” audiência ainda pode ser marcada. Trata-se da audiência de razões finais, agendada depois do encerramento da instrução, comum nos processos onde a matéria é só de direito ou quando algum ato ainda tiver que ser praticado depois da instrução e antes das razões finais. Se o juiz marcar uma audiência de “razões finais”, é recomendável que conste da ata de audiência a dispensa da presença das partes e dos advogados, evitando deslocamentos desnecessários. Isso pode ser requerido pela(s) parte(s) ou por seu(s) patrono(s). Tecnicamente, a ausência das partes à audiência de razões finais já se encontra “autorizada” por lei, especificamente no art. 848, § 1º, da CLT.

A **audiência de decisão** nada mais é do que a data marcada pelo juiz para a publicação da sentença. Hoje em dia, com a fácil consulta da decisão pela

internet, essa “audiência” tornou-se meramente virtual. Com a chegada do PJE, a fictícia “audiência de decisão” perdeu a razão de existir.

Alguns juristas criticam as alcunhas (*audiência inicial, audiência de instrução, audiência de razões finais e audiência de decisão*), afirmando que não existe mais de uma audiência, mas apenas uma, que, por circunstância da complexidade cada vez maior das lides trabalhistas, termina sendo fracionada (fragmentada) em diversos atos. A “segunda audiência”, por conseguinte, seria uma natural “continuidade daquela primeira sessão, suspensa após a apresentação da resposta pelo reclamado”. Essa “discussão”, *data maxima venia*, é puramente cerebrina.

O fracionamento da audiência, no rito ordinário, tem natureza de norma costumeira, mingando, em muitas unidades jurisdicionais, a previsão do art. 848, *caput* da CLT, que dispõe: “*Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo (...)*”.

No caso de fragmentação da audiência, assim ficaria a redação do referido artigo: “*Terminada a defesa, o juiz suspenderá os trabalhos e marcará nova data para a continuidade da audiência, quando a instrução será realizada*”.

O juiz do trabalho é livre para aplicar a audiência contínua, prevista na CLT, ou a audiência fragmentada, fruto do costume.

Na prática, o advogado tem que ter muita atenção, verificando, com antecedência, qual a rotina da unidade jurisdicional, principalmente quando pretender apresentar testemunhas. Digamos que determinada vara do trabalho adote a rotina de audiência única e o advogado, sem saber, não diz ao cliente que as testemunhas têm que comparecer à sessão. Eis um detalhe capaz de causar prejuízos irreparáveis.

No rito ordinário, os pedidos devem ser certos, determinados e líquidos, à luz do § 1º do art. 840 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017. Caso os pedidos não atendam a tais requisitos, a reclamação será arquivada, como prevê o § 3º do art. 840 da CLT. Entendemos que o arquivamento (extinção do processo sem resolução do mérito) só deve ocorrer depois de o advogado do reclamante ser intimado para emendar/complementar/retificar a petição

inicial, no prazo de 15 dias, mediante a aplicação supletiva do art. 321 do CPC, à luz da Súmula 263 do TST, por não se enquadrar como inépcia peremptória, cujas hipóteses estão taxativamente previstas no § 1º do art. 330 do CPC.

O advogado do reclamante, para evitar incidentes desnecessários, deve avaliar com carinho se o valor da causa de fato corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido, pois o reclamado poderá impugnar a quantia (inciso III do art. 337 do CPC), assim como o próprio juiz poderá de ofício corrigir a quantia (§ 3º do art. 292 do CPC c/c inciso V do art. 3º da IN 39/2016 do TST).

Vale pontuar que o § 2º do art. 12 da IN 41/2018 do TST dispõe que o valor da causa será **estimado**, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil, em clara alusão ao fato de que a liquidação dos pedidos não precisa se fazer acompanhar por planilha de cálculos, além de prestigiar os casos em que a liquidação não pode ser realizada pelo advogado do reclamante na petição inicial, como, por exemplo, no caso de equiparação salarial ou diferença de comissões, pretensões que, para fins de cálculos, necessitam de documentos que se encontram de posse do empregador (contracheques, relatórios de vendas etc.).

1.2. Rito Sumaríssimo

No **Rito Sumaríssimo**, aplicável às causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação, o legislador também não abriu mão da audiência contínua, como bem define o art. 852-C da CLT: “*As demandas sujeitas a rito sumaríssimo serão instruídas e julgadas em audiência única (...)*”.

Relevante destacar que este rito é **inaplicável** às demandas em que for parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional (parágrafo único do art. 852-A da CLT) e os Correios (art. 12 do Decreto-Lei 509/1969).

No rito sumaríssimo, a exemplo do que hoje também se aplica ao rito ordinário, o pedido tem que se fazer acompanhar do valor correspondente – art. 852-B da CLT.

A citação por edital, no procedimento sumaríssimo, é proibida, em face da previsão contida no art. 852-B, II, da CLT. A interpretação da referida norma vem desaguando em iniquidades latentes, pois muitos juízes simplesmente desprezam a “intenção do legislador”, ou seja, a finalidade da norma. Teleologicamente, não me furto a dizer que a vedação à citação editalícia está umbilicalmente ligada ao § 1º do art. 852-B da CLT, que prevê o arquivamento da reclamação “quando o reclamante não indicar corretamente o nome e/ou o endereço do reclamado”, gerando, por conta disso, a frustração da citação postal. Apresentando, a petição inicial de reclamação no rito sumaríssimo, lacuna ou erro quanto ao endereço e/ou ao nome do réu, o processo será extinto sem resolução do mérito, não se aplicando o art. 321 do CPC (concessão de prazo de 15 dias para que seja sanado o vício). A disposição legal, portanto, é uma espécie de “sanção processual” ao reclamante negligente, desidioso, descuidado, tanto assim que o legislador fez questão de ressaltar que o reclamante, nesse caso, será “condenado no pagamento das custas” (§ 1º do art. 852-B da CLT). O juiz, evidentemente, poderá conceder os benefícios da justiça gratuita, dispensando o autor do pagamento (§ 3º do art. 790 da CLT).

Para que o juiz não cite o reclamado por edital no rito sumaríssimo, é imprescindível que o reclamante tenha provocado culposamente a frustração postal.

Não é o caso, por exemplo, de o juiz constatar, no curso do processo, que o reclamado está em local incerto e não sabido. Ora, **o Poder Judiciário não pode colocar na conta do autor a melancólica descoberta do fato, penalizando-o com o arquivamento da reclamação, como se o reclamante fosse culpado do desaparecimento do réu.** Iníquo e, naturalmente, inaceitável o arquivamento da reclamação nesse tipo de situação, quando o demandante não tiver contribuído direta ou indiretamente para a frustração das citações postal e por oficial de justiça.

Conclusão: a citação por edital não é absolutamente vedada no rito sumaríssimo, tornando-se desnecessária a “conversão” do rito para o ordinário, já que isso afetaria características próprias do sumaríssimo, como a quantidade de testemunhas, a tramitação mais célere do recurso

ordinário, a mitigação das hipóteses do recurso de revista, entre outras.

Pensar é sempre a melhor alternativa. Aquele que opta por não raciocinar, simplesmente comete suicídio profissional. O art. 852-G da CLT ratifica a unicidade da audiência, impondo ao juiz o dever de decidir, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no andamento da sessão e do processo. Isso não afeta a possibilidade de o reclamado ofertar, no prazo de cinco dias, a contar da citação, exceção de incompetência territorial, pois o art. 800 da CLT, com a nova redação dada pela Lei 13.467/2017, é compatível com todos os procedimentos. Eis uma ressalva à continuidade da audiência.

As demais ressalvas à indivisibilidade da audiência no rito sumaríssimo também são encontradas no art. 852-H da CLT, quais sejam: Absoluta impossibilidade de a parte impugnar, na audiência, os documentos juntados pela parte contrária (§ 1º); deferimento de intimação de testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer à assentada (§ 3º); e realização de prova técnica, somente quando o fato a exigir (§ 4º).

A oposição de arguição de suspeição ou de impedimento contra o magistrado também se insere nos incidentes capazes de fragmentar a audiência.

No rito sumaríssimo, os juízes do trabalho sempre buscam prestigiar a previsão legal de audiência una. Logo, a reclamação é incluída em pauta de audiência e os advogados já sabem que, naquela data, o juiz buscará a conciliação, e, caso a tentativa de acordo não prospere, receberá a resposta do reclamado, instruirá o feito e prolatará sentença (ou marcará uma data específica para a sentença). Infelizmente, como é de praxe no nosso sistema jurídico, o abismo entre a lei e a realidade é colossal, dando a impressão de que o legislador vive num mundo de fantasia, abrolhado de uma inebriante fábula. A inesquecível lição de Georges Ripert, cravada na abertura desta obra, é suficiente para explicar a ineficácia de tantas e tantas previsões legais:

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito”.

O legislador, no que pertine ao rito sumaríssimo, em bucólica trajetória,

como se miragem fosse o atordado ritmo da realidade da Justiça do trabalho, dispõe que a apreciação da reclamação deverá ocorrer no prazo **máximo** de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Vara do Trabalho (art. 852-B, III da CLT).

O juiz instruirá e julgará a reclamação em audiência única (art. 852-C da CLT) e julgará, na própria audiência, de plano, todos os incidentes e exceções (art. 852-G da CLT).

A parte manifestar-se-á imediatamente, sem interrupção da audiência, sobre os documentos apresentados pela parte adversa, salvo absoluta impossibilidade, a critério do juiz (art. 852-H, § 1º, da CLT).

Entre a suspensão da audiência, para fins de produção de prova técnica, e a sentença, o juiz deve observar **o prazo máximo de trinta dias**, salvo motivo relevante justificado nos autos pelo próprio magistrado.

Quinze dias para a apreciação da reclamação; julgamento na própria audiência; apreciação, também na audiência, de todos os incidentes e exceções etc.

Data maxima venia, são previsões que brotam de premissa que, em tempo algum, respirou o mesmo oxigênio de advogados e juízes.

Apenas a título de exemplo, a exceção de incompetência territorial requer, muitas vezes, a realização de instrução específica, fato que impedirá a apreciação do incidente na própria audiência. Além disso, há de se observar o art. 800 da CLT, com a nova redação dada pela Lei 13.467/2017.

As arguições de suspeição e de impedimento, à luz de cediço entendimento jurisprudencial, *não serão julgadas pelo magistrado* mas pelo TRT, obstáculo que também afasta a possibilidade de incidência da previsão contida no art. 852-G da CLT.

Os arts. 653, c, e 802 da CLT, construídos sob a égide da representação classista, dizem que a objeção de suspeição será julgada pelo próprio juízo (órgão apontado como impedido ou suspeito). Não há mais espaço para a aplicabilidade desta norma. O TST já definiu que a competência para julgar

arguição de impedimento ou de suspeição contra juiz do trabalho é do TRT, aplicando, neste aspecto, supletivamente, o CPC (art. 146, § 1º, do CPC).

Seguindo a nossa tradição processualista, o Rito Sumaríssimo é balizado pelo valor da causa, como se este, por si só, fosse capaz de garantir a simplicidade (ou a menor complexidade) da lide.

A simplicidade de uma ação não pode ser medida apenas pelo valor da causa.

Já me deparei com reclamações enquadradas no rito sumaríssimo bem mais complexas do que as usuais ações que tramitam no rito ordinário.

O juiz do trabalho, a depender da complexidade da lide, pode/deve conduzir o feito, enquadrado no rito sumaríssimo, como se ordinário fosse. Lembro bem de uma demanda envolvendo acidente do trabalho e a consequente alegação de redução da capacidade laborativa do obreiro, ratificada pelo INSS. A necessidade de produção de prova técnica (perícia médica), por si só, já impôs a suspensão da assentada. Na verdade, o processo foi concluído depois da realização de cinco audiências.

De sumaríssimo, convenhamos, restou apenas o “nome” (estou analisando o desenrolar da audiência, sem adentrar nos efeitos da fase recursal – art. 895, §§ 1º e 2º, da CLT e art. 896, § 9º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.015/2014).

O advogado, na referida ação, jamais deveria ter optado pelo procedimento sumaríssimo. Sua escolha foi equivocada, como se o “valor da causa” fosse capaz de afastar as previsíveis dificuldades inerentes ao objeto da ação. A opção pelo sumaríssimo, em algumas localidades, é motivada pela pauta mais enxuta.

O TST consagrou a aplicabilidade da “correção do valor da causa” de ofício pelo magistrado, expondo a compatibilidade do § 3º do art. 292 do CPC com o processo trabalhista, no art. 3º, V, da IN 39/2016. Muitos, a partir daí, passaram a defender a impossibilidade de o advogado do reclamante optar pelo procedimento, pois competirá ao juiz do trabalho analisar, de ofício ou a requerimento do réu (inciso III do art. 337 do CPC), se o valor da causa

corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, podendo, com isso, alterar o rito.

No processo civil, a correção do valor da causa tem significativa relevância, podendo afetar a competência funcional entre as varas e os juizados especiais. Além disso, no processo comum o recolhimento das custas é feito antecipadamente (art. 82 do CPC), tendo por base o valor da causa. No processo trabalhista, contudo, a análise, de ofício ou a requerimento do reclamado, do valor da causa não tem a mesma importância, servindo tão somente para o enquadramento do rito, pois não há juizados especiais na Justiça do Trabalho e o recolhimento das custas só é realizado no final (§ 1º do art. 789 da CLT). Aquela relevância do processo civil, por conseguinte, perde força no processo trabalhista.

As peculiaridades do Rito Sumaríssimo serão abordadas dentro dos temas analisados mais adiante.

1.3. Rito Sumário (ou “Rito de Alçada”)

Quanto ao **Rito Sumário**, sempre defendi a ocorrência de sua natural revogação pelo **Rito Sumaríssimo**.

O Rito Sumário, também chamado de Rito de Alçada, está previsto nos arts. 2º a 4º da Lei 5.584/1970, aplicável às causas de *até dois salários mínimos*.

O Rito Sumaríssimo veio ao mundo no ano de 2000, mediante a Lei 9.957/2000, que inseriu os arts. 852-A a 852-I à CLT, aplicável às causas de *até quarenta salários mínimos*.

Ora, se existia um procedimento especial para causas de zero a dois salários mínimos e posteriormente foi criado um novo procedimento especial para causas de zero a quarenta salários mínimos, o anterior foi revogado pelo ulterior, nos termos do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), *verbis*: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior.”

A incompatibilidade é latente, pois o Rito Sumaríssimo “abocanhou”,

“mastigou”, “engoliu” e “digeriu” o antigo Rito Sumário, visto que passou a cuidar das causas de zero a quarenta salários mínimos. Difícil aceitar posições que defendem a sobrevivência do Rito Sumário, algumas delas baseadas nos epítetos: “sumário” x “sumaríssimo” (“sumaríssimo” não poderia revogar “sumário”). O **Rito Sumário**, contudo, ainda consta dos editais de concursos públicos e de exames de ordem. Se não bastasse, também integra o rol constante das opções de procedimentos no PJE. Paciência.

Como não sou adepto do “*jus esperneandi*” (ou “*jus sperniandi*”), vamos estudá-lo.

O § 3º do art. 2º da Lei 5.584/1970 dispõe que o Rito Sumário, também chamado Rito de Alçada, incidirá sobre as reclamações trabalhistas cujo valor da causa não ultrapasse a dois salários mínimos.

A “opção” pelo rito de alçada é do reclamante, pois cabe a este, na petição inicial, fixar o valor da causa. O advogado deve analisar com carinho a questão, pois o juiz, percebendo que a quantia não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, poderá, de ofício ou a requerimento do reclamado, corrigir o valor da causa e alterar o rito (§ 3º do art. 292 do CPC c/c inciso V do art. 3º da IN 39/2016 do TST).

No dia a dia da Justiça do Trabalho, é comum o juiz constar da ata de audiência a “fixação do valor da causa para fins de alçada”. Trata-se de mais um reflexo da tecnologia do “copiar e colar” e do “não pensar”, pois o juiz só fixará o valor da causa “para fins de alçada” quando a petição inicial for omissa, nos termos do *caput* do art. 2º da Lei 5.584/1970. A conclusão provavelmente provocará um “susto” nos advogados que atuam na Justiça do Trabalho, acostumados ao fato de o juiz, inexoravelmente, fixar, na ata de audiência, o “valor da causa para fins de alçada”, sempre mantendo o “valor constante da petição inicial”. O juiz precisa fazer isso? Claro que não! Mas o advogado deve mesmo é silenciar, pois a irrelevância da questão não vale o risco de tentar corrigir o magistrado, apesar de ser comum o juiz corrigir o advogado mesmo em questões desimportantes. Paciência.

Bom, a fixação do valor da causa, pelo magistrado, “para fins de alçada”,

dar-se-á apenas quando a petição inicial for omissa. Com a chegada do PJE, essa possibilidade acabou, pois o sistema exige que o advogado informe, quando do protocolo da petição inicial, o valor da causa. Eis mais uma norma processual trabalhista falecida e ainda não enterrada ou cremada.

A impugnação ao valor da causa, no rito sumário, só ocorrerá quando a petição inicial for omissa e a quantia, por essa razão, for arbitrada pelo juiz (com o PJE não há mais como isso ocorrer), devendo ser ofertada oralmente nas razões finais – vide § 1º do art. 2º da Lei 5.584/1970. Caso o juiz mantenha o valor, rejeitando a impugnação (ou as impugnações), surge, então, a possibilidade de interposição **imediata** de recurso (típica exceção ao “princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias”, previsto no § 1º do art. 893 CLT). Trata-se de um recurso exclusivo do Rito Sumário, chamado de “Pedido de Revisão do Valor da Causa”, também previsto no § 1º do art. 2º da Lei 5.584/1970, com prazo para interposição de 48h, diretamente no TRT, acompanhado, necessariamente, de cópia da petição inicial e da ata de audiência.

No **Rito Sumário** o juiz não é obrigado a constar da ata de audiência os relatos das partes (depoimento pessoal) e das testemunhas. Essa decisão cabe ao juiz do trabalho, visto que o § 3º do art. 2º da Lei 5.584/1970 usa o termo “dispensável”.

A sentença proferida no Rito Sumário tem natureza de decisão “em única instância”, desafiando tão somente recurso extraordinário ao STF – inteligência do § 4º do art. 2º da Lei 5.584/1970 c/c art. 102, III, “a”, CF.

1.3.1. Impugnação ao Valor da Causa

A impugnação ao valor da causa, na legislação processual trabalhista, está prevista apenas para o Rito Sumário, desde que o valor seja fixado pelo juiz do trabalho, quando a petição inicial for omissa, devendo ser arguida nas razões finais – *caput* e § 1º do art. 2º da Lei 5.584/1970. Essa previsão, com a chegada do PJE, tornou-se inócua, já que o sistema exige do advogado a indicação, quando do protocolo da petição inicial, do valor da causa.

Com a chegada do Novo CPC, passei a entender que, independentemente

do rito, o reclamado poderá apontar a “incorreção do valor da causa” na contestação, à luz do inciso III do art. 337 do CPC.

O réu, no caso, estará “impugnando o valor da causa”, objeção meramente dilatória no processo trabalhista, já que resultará apenas, se acatada, na alteração do procedimento, já que não há recolhimento antecipado de custas.

A “correção do valor da causa” **poderá ser feita de ofício pelo magistrado**, à luz do § 3º do art. 292 do CPC c/c inciso V do art. 3º da IN 39/2016 do TST.

Assim sendo, o juiz do trabalho deve analisar, de ofício ou a requerimento do réu, se o valor da causa corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo reclamante, podendo, com isso, alterar o procedimento. Essa análise será feita em todos os ritos.

No processo trabalhista, conforme dito, a análise do valor da causa servirá tão somente para o enquadramento do rito, pois não há juizados especiais na Justiça do Trabalho, tampouco recolhimento antecipado de custas (§ 1º do art. 789 da CLT). A discussão, por conseguinte, não envolve competência funcional, nem “complementação do recolhimento de custas”, perdendo em importância quando comparada com o processo civil.

Diante da Reforma Trabalhista, aquilo que já era exigido nos ritos sumário e sumaríssimo, também passou a integrar o rito ordinário: “a indicação do valor de cada pedido” (§ 1º do art. 840 da CLT). É o que se costuma chamar de “pedido líquido”. Essa liquidez, entretanto, não precisa se fazer acompanhar por planilha de cálculos ou documento similar. Em momento algum o legislador impõe a instauração de um incidente de liquidação na fase de conhecimento, pois isso representaria uma incongruência, já que o juiz estaria exigindo a **quantia da dívida** (*quantum debeatur*) antes mesmo de decidir sobre a **existência da dívida** (*an debeatur*).

Não estou aqui afirmando que o advogado do reclamado está impedido de impugnar determinados valores atribuídos a um pedido, a alguns pedidos ou à causa, mas apenas argumentando que **o advogado do reclamante não precisa anexar à petição inicial qualquer comprovante, planilha ou roteiro de como chegou àqueles valores**, pois, em momento algum, o

legislador exige tal comprovação, seja qual for o rito.

Neste sentido, o § 2º do art. 12 da IN 41/2018 do TST.

Capítulo 2

AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA

Protocolada a petição inicial da Reclamação Trabalhista, o advogado do reclamante já é informado para qual Vara do Trabalho o processo foi distribuído (caso na localidade exista mais de uma vara do trabalho – art. 713 da CLT) e também da data e do horário da audiência (art. 841, § 2º, da CLT).

Em caso de rito ordinário, o advogado do reclamante, a partir daí, deve verificar com antecedência a rotina adotada na unidade jurisdicional (audiência contínua ou audiência fracionada), já se preparando, caso seja de audiência contínua, para produzir todas as provas na respectiva data (art. 845 da CLT).

Em se tratando de rito sumaríssimo e rito sumário, o advogado do reclamante já sabe que terá de produzir todas as provas na respectiva audiência.

Detectando, mediante contato telefônico ou por informação contida no próprio sistema, que a rotina da Vara do Trabalho, no rito ordinário, é marcada pela realização de audiência única, o advogado deverá juntar todos os documentos antes ou na própria audiência, bem como convidar as testemunhas para que compareçam à sessão, evitando, com isso, o assombro da preclusão.

Caso a Vara do Trabalho adote a prática de fracionar a audiência (audiência inicial e audiência de instrução), não será preciso juntar todos os documentos na primeira audiência, tampouco convidar testemunhas.

O art. 787 da CLT jamais possuiu efetividade, podendo ser considerado uma norma natimorta. Sua pobre redação exige do reclamante “a juntada de

todos os documentos no ato do ajuizamento da reclamação”, contrariando o art. 845 da CLT, cuja equilibrada disposição revela que as provas serão apresentadas na audiência e não antes dela. Colegas juízes que tentaram impor a incidência do art. 787 da CLT foram vencidos pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, da concentração dos atos processuais em audiência e, naturalmente, pela equidade, sem falar do poderoso art. 794 da CLT. Sem falar no art. 320 do CPC, que, sublimado por singela felicidade, diz que a petição inicial será instruída com **os documentos indispensáveis à propositura da ação**. Podemos concluir, por conseguinte, que o princípio da ampla defesa, esculpido no inciso LV do art. 5º da CF, fez o art. 845 da CLT implodir o art. 787 da CLT, sem deixar vestígios.

O PJE, ao contrário do que alguns pensam, em nada modificou a previsão do art. 845 da CLT. O processo eletrônico não tem o condão de afetar a legislação processual. O processo eletrônico é um instrumento facilitador, não podendo se sobrepor à lei.

Significa dizer que o advogado do reclamante deve juntar a prova documental **em sigilo**, no ato do ajuizamento da reclamação. Cabe ao juiz, durante a audiência, depois da tentativa de acordo, retirar o sigilo.

Para os magistrados trabalhistas que ainda implicam e se opõem ao uso do sigilo, inclusive ameaçando os patronos das partes, faço questão de registrar que **a juntada da prova documental em sigilo é um direito potestativo do advogado, previsto no § 4º do art. 28 da Resolução 185/2013 do CNJ**, e, naturalmente, no **inciso II do art. 5º da Lei Maior**.

O ato judicial de “retirar o sigilo dos documentos” deve ser entendido como “a produção probatória documental em audiência”.

Não há lei que obrigue as partes a exhibir seus documentos probantes com antecedência, ou seja, antes da audiência, seja em processo físico, seja em processo eletrônico.

O Processo Eletrônico foi regulamentado pela Lei 11.419/2006. Além desta, eis o que reza o art. 196 do CPC: “*Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela*

compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código”.

O CNJ, na Resolução 185/2013, diz o seguinte:

§ 3º do art. 22 da Resolução 185/2013 do CNJ – Faculta-se, quando o rito processual autorizar, a apresentação de resposta oral e a entrega de documentos em audiência, hipótese em que será reduzida a termo e lançada, juntamente com os documentos, no sistema.

§ 4º do art. 27 da Resolução 185/2013 do CNJ – Nos casos em que o rito processual autorize a apresentação de resposta em audiência, faculta-se a sua juntada antecipada aos autos eletrônicos, juntamente com os documentos, hipótese em que permanecerão ocultos para a parte contrária, a critério do advogado peticionante, até a audiência.

Art. 28 da Resolução 185/2013 do CNJ – Na propositura da ação, o autor poderá requerer **segredo de justiça para os autos processuais** ou **sigilo para um ou mais documentos ou arquivos do processo**, através de indicação em campo próprio. § 1º Em toda e qualquer petição poderá ser requerido sigilo para esta ou para documento ou arquivo a ela vinculado. § 2º Requerido o segredo de justiça ou sigilo de documento ou arquivo, este permanecerá sigiloso até que o magistrado da causa decida em sentido contrário, de ofício ou a requerimento da parte contrária.

O TST, *data venia*, foi infeliz ao editar a Resolução 185/2017, **norma interna NATIMORTA**, pois contraria frontalmente o art. 196 do CPC, que só permite aos tribunais a atuação supletiva, ou seja, em caso de lacuna parcial do CNJ. Diante disso, o advogado deve ignorar a Resolução do TST e, por conseguinte, prestigiar a citada Resolução 185/2013 do CNJ, alicerçada no art. 196 do CPC.

No rito ordinário, quando adotada a fragmentação da audiência, a juntada em sigilo é inócua, pois o magistrado, na audiência inicial, concederá prazo

para a juntada de documentos e prazo para a sua impugnação. No prazo assinalado pelo juiz, os litigantes **não podem juntar documentos em sigilo**, pois isso impossibilitaria a impugnação pela parte adversa (art. 794 da CLT).

No caso de audiência contínua (incluindo os ritos sumário e sumaríssimo), a juntada em sigilo da prova documental é fundamental. Logo, os advogados das partes devem optar pela juntada em sigilo, evitando que o adversário tenha acesso à documentação antes da audiência.

Caso o advogado do reclamante junte a prova documental sem sigilo, em processo com audiência una, o advogado do reclamado, antes mesmo da sessão, terá a oportunidade de impugnar toda a documentação, no conforto do seu escritório, degustando um bom café. O advogado do reclamante, com isso, estará facilitando a vida do advogado da parte adversa. O mesmo ocorrerá se o advogado do reclamado juntar sua prova documental sem sigilo.

Difícultar a vida do “inimigo” faz parte do “jogo” processual. Entre a impugnação prévia e a impugnação no calor da audiência, o advogado deve impor, nos termos do art. 845 da CLT, a segunda via ao seu adversário. Isso torna a disputa justa. Equilibrada.

Não há, no processo trabalhista, *em regra*, o “despacho saneador” previsto no art. 334 do CPC.

Com o atual CPC, o juiz, depois de verificar que a petição inicial não merece “reparos” e não for o caso de “improcedência liminar do pedido”, designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 dias de antecedência.

No processo trabalhista, a citação não brota de um “despacho do magistrado”, tendo natureza de mero **ato ordinatório** (ato praticado pelo servidor da vara do trabalho, sem a participação do juiz) – art. 841 da CLT.

A exceção fica por conta da reclamação com pedido de tutela provisória de urgência de natureza antecipada ou cautelar, pelo fato de o reclamante requerer, nesse caso, a concessão de liminar *inaudita altera parte*, i.e., “antes da oitiva do reclamado”, quando, então, o juiz terá que decidir o requerimento antecipatório antes de o servidor expedir a citação.

Em regra, portanto, o juiz do trabalho só entra em contato com o processo na audiência. Parece mentira, mas não é. O advogado tem que saber disso, observando se o magistrado já deu uma “olhada” nos autos ou se nada sabe a respeito da demanda, principalmente quando existir algum incidente a ser analisado. O advogado não pode simplesmente se acomodar, deixando tudo nas mãos do magistrado. O advogado deve observar o que dispõe o art. 6º do CPC, norma esta que reza que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (princípio da cooperação).

Eis o motivo de o TST, no art. 7º da IN 39/2016, ter consagrado a aplicação do art. 332 do CPC ao processo do trabalho “*com as necessárias adaptações à legislação processual trabalhista*”. Por essas “adaptações”, passa necessariamente a inexistência do despacho saneador, e, com isso, a constatação de que o juiz do trabalho julgará liminarmente o pedido na própria audiência ou logo depois dela, quando se deparar com um dos casos elencados no referido art. 332 do CPC (o CPC diz que o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido “independentemente da citação do réu”).

2.1. Interrupção da Prescrição

O principal efeito do ajuizamento da reclamação trabalhista é a **interrupção da prescrição**.

No processo trabalhista, a interrupção prescricional ocorre exatamente quando a petição inicial é protocolada, independentemente da realização ou não da citação. Esse mesmo entendimento se aplica ao “protesto judicial”, exatamente pelo fato de não incidir, no processo do trabalho, por conta do art. 841 da CLT, o § 2º do art. 240 do CPC – vide OJ 392 da SDI-1.

A Lei 13.467/2017 inseriu o § 3º ao art. 11 da CLT, dispondo sobre a interrupção da prescrição. O que incomoda na redação do § 3º é a palavra “somente”, já que o art. 202 do CCB prevê outros atos, judiciais e extrajudiciais, capazes de interromper (zerar) a prescrição.

Numa leitura crua, poderíamos dizer que na seara trabalhista, a partir de 11/11/2017, só há um meio capaz de interromper a prescrição: o ajuizamento

de reclamação (ação) trabalhista.

A conclusão sai fortalecida pela previsão do § 1º do art. 8º da CLT, que permite a aplicação apenas subsidiária do direito comum, ou seja, o Código Civil não encontra espaço para incidir, já que o nosso legislador restringiu a uma única hipótese a interrupção prescricional.

Acredito, entretanto, que o uso da palavra “somente” foi mais um equívoco da Lei 13.467/2017, gerado pelo açodamento com que o projeto de lei tramitou no Congresso Nacional. Vou explicar.

O Código Civil, no *caput* do art. 202, também usa a palavra “somente”, não para fixar os casos interruptivos, mas para consagrar que a “interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez”. Observem que o Código Civil foi providente, atuando com a precaução que a matéria exige, evitando interrupções sem fim, que seriam capazes de eternizar pretensões (o objetivo maior da prescrição é limitar no tempo a pretensão, como reza o art. 189 do CCB, prestigiando a segurança jurídica em detrimento ao fator justiça).

Esse mesmo cuidado não teve o legislador da Reforma Trabalhista, “jogando” a palavra “somente” para restringir a interrupção a apenas um fato gerador (ajuizamento de ação trabalhista) e deixando em aberto a quantidade de vezes em que a interrupção prescricional poderá ocorrer. O tiro poderá sair pela culatra. O feitiço poderá se virar contra o feiticeiro. Ora, se a interrupção da prescrição está agora insculpida na CLT, não há por que aplicar subsidiariamente o Código Civil. Em assim sendo, apenas o inciso I do art. 202 do CCB se mostra compatível com o direito do trabalho (esclarecendo que a nossa interrupção já ocorre na data do ajuizamento da ação, sendo irrelevante a expedição ou a realização da citação), restando fulminada a OJ 392 da SDI-1 (inspirada no inciso II do art. 202 do CCB). De outra banda, o *caput* do art. 202 do CCB também não se aplica ao direito do trabalho, logo, a interrupção da prescrição poderá ocorrer mais de uma vez. Seria essa a melhor interpretação? Claro que não!

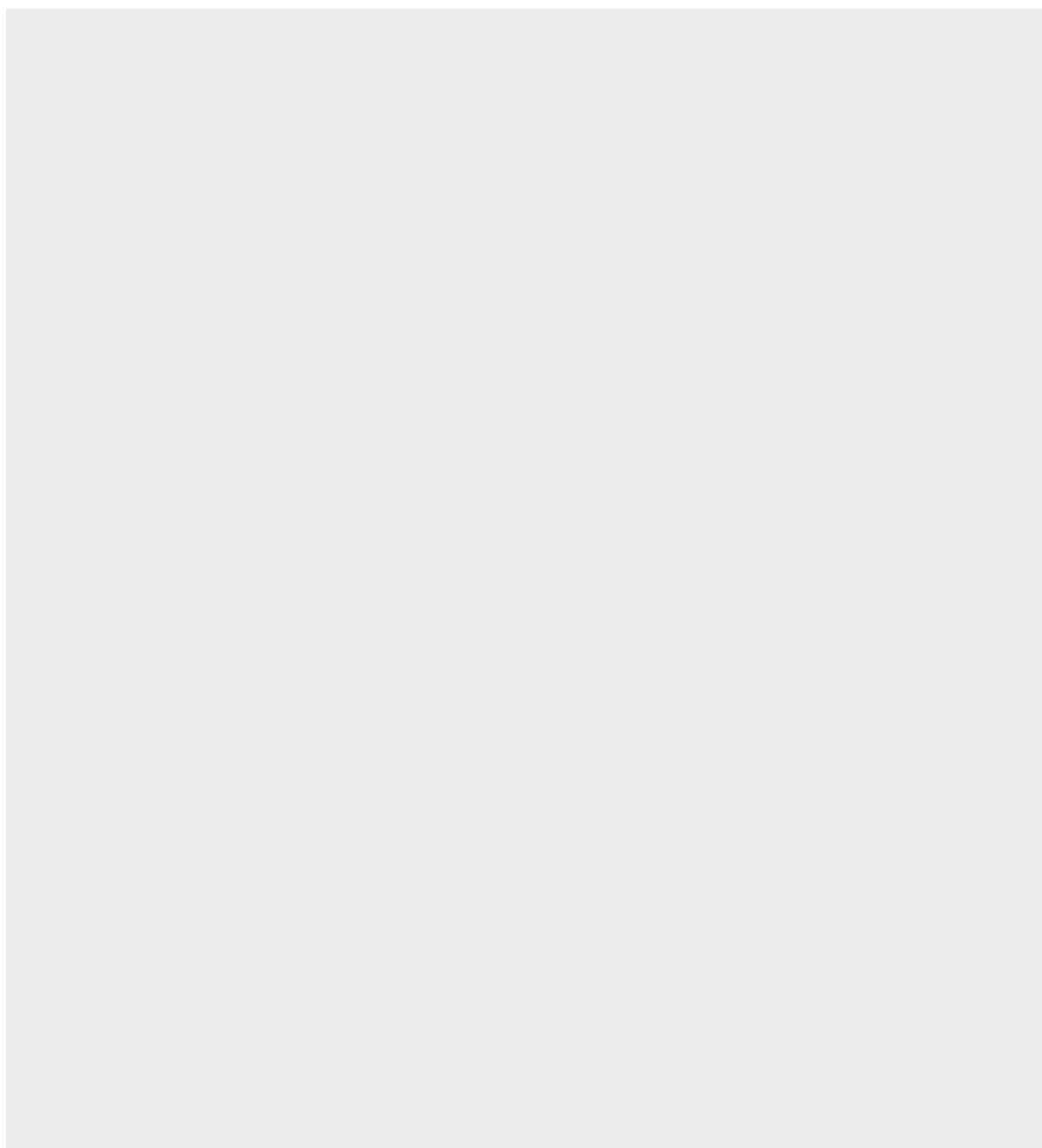
Melhor, portanto, considerar o “somente” do § 3º do art. 11 da CLT como um equívoco da Lei 13.467/2017.

Mesmo que a reclamação seja arquivada (extinção do processo sem

resolução do mérito), irreversível será a interrupção do fluxo prescricional, **restrita**, no entanto, **ao objeto da ação** – inteligência da parte final do § 3º do art. 11 da CLT, da Súmula 268 do TST e da OJ 359 da SDI-1. **A interrupção zera o prazo prescricional.**

A interrupção da prescrição só ocorre **uma única vez**, como preceitua o art. 202, *caput*, do CCB. Assim sendo, as demais reclamações trabalhistas, ajuizadas depois do arquivamento da primeira, não mais interrompem a contagem da prescrição.

Exemplificando fica mais fácil.



A decisão de “arquivamento” da reclamação tem natureza de sentença terminativa, já que o juiz, ao proferi-la, extingue, sem resolução do mérito, o processo. Nos termos do art. 895, I, da CLT, cabe recurso ordinário, no prazo de oito dias, contra sentença definitiva ou terminativa. Logo, contra a decisão que arquivava reclamação trabalhista cabe recurso ordinário. Daí o entendimento majoritário de que o início da nova contagem da prescrição bienal dar-se-á do “trânsito em julgado” da decisão de arquivamento.

Há, no entanto, na jurisprudência, entendimento diverso, no sentido de que o início da nova contagem da prescrição bienal ocorrerá a partir da data do arquivamento da reclamação, quando, depois disso, não tiver sido praticado qualquer ato.

São duas correntes:

Arquivada a reclamação, a nova contagem da prescrição bienal começará:

- (1ª corrente) – Do trânsito em julgado (coisa julgada formal).
- (2ª corrente) – Do arquivamento da reclamação.

Decisão baseada na 1ª corrente:

PRESCRIÇÃO – INTERRUPÇÃO. Para provocar a interrupção da prescrição, há necessidade de ação anterior ajuizada dentro do prazo bienal, além de identidade entre os pedidos formulados. *A contagem de um novo biênio recomeça a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito.* Recurso ordinário conhecido e provido. (TRT 16ª Região, Proc. 02171-2007-012-16-00-0, Relator: José Evandro de Souza, Data de Julgamento: 05/08/2009, Data de Publicação: 25/08/2009). (sem grifos no original)

Decisão baseada na 2ª corrente:

PRESCRIÇÃO – ARQUIVAMENTO. Nos termos da Súmula nº 268 do TST, a demanda trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição. *O arquivamento consubstancia o último ato praticado no processo, dando-se, a partir daí, o reinício da contagem, por inteiro, do biênio para a propositura de nova ação.* (TRT 1ª Região, RO 320002620095010021, Relator: Mario Sergio Medeiros Pinheiro, Data de Julgamento: 11/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 24.04.2012). (sem grifos no original)

A discussão deriva da interpretação do parágrafo único do art. 202 do CCB, *verbis*: *A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para interrompê-la.*

A primeira parte do artigo se aplica à parcial prescrição (*recomeça a correr da data do ajuizamento da reclamação*), enquanto que a segunda parte incide sobre a prescrição bienal (*recomeça a correr do último ato do processo*).

O último ato, para alguns, corresponde ao trânsito em julgado da decisão de arquivamento (1ª corrente). Para outros, o último ato é a própria decisão de arquivamento (2ª corrente).

Sendo o ajuizamento da reclamação a **condição interruptiva** da prescrição, o arquivamento, por si só, não é capaz de extinguir essa condição, pois, no prazo de oito dias, depois do arquivamento, o reclamante pode recorrer da decisão (art. 895, I, da CLT). Logo, o término da condição interruptiva ocorre apenas com o trânsito em julgado da sentença terminativa, quando, então, começará o novo biênio.

Sigo, por conseguinte, a 1ª corrente, considerada majoritária. Eis a minha posição.

2.1.1. Interrupção da Prescrição Bienal e Parcial

Filio-me à corrente doutrinária e jurisprudencial que não faz distinção, quanto ao efeito interruptivo, entre prescrição bienal e parcial. Ajuizada a reclamação trabalhista, as duas são interrompidas, quanto ao objeto da ação.

No caso da prescrição bienal, o início da contagem do novo biênio,

quando a reclamação for arquivada, ocorre com o trânsito em julgado da sentença terminativa (coisa julgada formal), lembrando que há uma segunda corrente que defende o início da contagem a partir do próprio arquivamento, por considerar este o último ato praticado no processo.

No caso da prescrição parcial, a interrupção retroagirá à data do ajuizamento da primeira reclamação, nos termos do art. 240, § 1º, do CPC/2015.

Seguem algumas decisões do TST que ratificam a tese:

RECURSO DE REVISTA. CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL NA HIPÓTESE DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. A prescrição quinquenal conta-se da data do ajuizamento da primeira ação trabalhista. Ao disciplinar que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação (arts. 219, § 1º, do CPC, 173 do CCB de 1916 e parágrafo único do art. 202 do novo CCB de 2002), o legislador tratou do gênero prescrição, *não distinguindo entre prescrição bienal e quinquenal*. Onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Recurso de revista provido. (TST, RR 493300-63.2002.5.04.0900, Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 11/04/2007, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 04/05/2007). (sem grifos no original)

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. CONTAGEM. *O ajuizamento da reclamação trabalhista interrompe a prescrição, seja bienal ou quinquenal*. A contagem do biênio recomeça a partir do término da condição interruptiva, pois, nos termos do art. 202, parágrafo único, da Lei Adjetiva Civil, conclui-se que o termo a quo do prazo prescricional bienal inicia-se no dia subsequente do último ato do processo para a interromper. Logo, o cômputo do biênio é reiniciado a partir do término da condição interruptiva, qual seja o trânsito em julgado da decisão proferida. Precedentes. Incidência da Súmula 333 do TST e do § 4º, do artigo 896 da CLT. Não conhecido. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANTERIOR. INÍCIO DA

CONTAGEM DO PRAZO QUINQUENAL. *O efeito interruptivo do prazo prescricional, mediante a propositura de ação trabalhista anterior, não se opera tão só em relação à prescrição extintiva, mas também quanto à prescrição quinquenal, por absoluta falta de impedimento legal.* (Precedentes desta Corte). (TST, 5ª Turma, RR 947/2005-513-09-00.1, Relator: Emmanoel Pereira, DJ 13/11/2009). (sem grifos no original)

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO BIENAL. INTERRUÇÃO DO PRAZO. *A reclamação trabalhista interrompe a prescrição bienal e a quinquenal.* Logo, o cômputo do biênio é reiniciado a partir do término da condição interruptiva, qual seja, o trânsito em julgado da decisão proferida na primeira ação, enquanto a prescrição quinquenal conta-se do primeiro ato de interrupção, isto é, a propositura da primeira reclamação trabalhista, na forma dos artigos 219, I, do CPC e 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Recurso de revista não conhecido. (TST, 2ª Turma, RR 27/2006-013-02-00.1, Relator: Renato de Lacerda Paiva, DJ 20/11/2009). (sem grifos no original)

ARQUIVAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. *A reclamação trabalhista interrompe a prescrição bienal e a quinquenal.* Logo, o cômputo do biênio é reiniciado a partir do término da condição interruptiva, qual seja, o trânsito em julgado da decisão proferida na primeira ação, enquanto a prescrição quinquenal conta-se do primeiro ato de interrupção, isto é, a propositura da primeira reclamação trabalhista, na forma dos artigos 219, § 1º, do CPC e 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Recurso conhecido e provido. (TST, 2ª Turma, RR 215000-58.2003.5.15.0018, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 16/05/2008).

A Súmula 268 do TST, hoje esculpida no § 3º do art. 11 da CLT, e a OJ 359 da SDI-1, bem como o próprio art. 202 do CCB, não fazem qualquer restrição ao tipo de prescrição.

Ora, se a fonte formal não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo. Trata-

se de regra de hermenêutica:

Onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para adotar óptica que acabe por prejudicar aquele a quem o preceito visa a proteger.

2.1.2. Interrupção da Prescrição – Reclamação Ajuizada por Sindicato na Qualidade de Substituto Processual

O sindicato representa, judicial e extrajudicialmente, toda a categoria (filiados e não filiados), como dispõe o art. 8º, III, da CF. Por conta disso, indiscutível, no seio jurisprudencial, a amplitude de sua atuação como substituto processual. Para o TST, a ação proposta por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado como parte ilegítima. A interrupção prescricional tem efeitos *erga omnes*. A Reforma Trabalhista em nada afetou o entendimento.

OJ 359 da SDI. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. A ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima “ad causam”.

O *jus postulandi* é mais uma herança da época em que a Justiça do Trabalho não integrava o Poder Judiciário. Ele está previsto no art. 791 da CLT, norma que permite que empregados e empregadores atuem sem advogado. Não é uma exclusividade da Justiça do Trabalho. Nos Juizados Especiais, por exemplo, também há espaço para o *jus postulandi*, limitado, porém, ao valor da causa (até 20 salários mínimos) – art. 9º da Lei 9.099/95.

O *jus postulandi* trabalhista não encontra limitação no valor da causa, mas o TST, no ano de 2010, mediante a Súmula 425, mitigou o seu alcance, afastando-o do mandado de segurança, da ação cautelar (chamada agora de “tutela provisória de urgência de natureza cautelar”), da ação rescisória e de toda e qualquer ação ou recurso de competência do TST, *verbis*:

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE.

O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

No TST, portanto, não mais se aplica o *jus postulandi*, limitado, pela Súmula 425, “às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho”. Para a ação rescisória, o mandado de segurança e a tutela provisória de urgência de natureza cautelar o advogado também é indispensável, não importa qual seja a instância.

A Reforma Trabalhista, corporificada na Lei 13.467/2017, tornou ainda mais incongruente o instituto do *jus postulandi*, transformando a CLT, neste ponto, numa aberração normativa. Ora, no novo art. 855-A, a CLT, ao tratar

de “processo de jurisdição voluntária”, ou seja, não oriundo de uma lide (conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida) – Homologação de Acordo Extrajudicial – diz ser **obrigatória a representação das partes por advogado** (exigência louvável). Porém, ao cuidar de processos de jurisdição contenciosa, mantém, inexplicavelmente, a representação das partes por advogado como uma mera faculdade de empregados e empregadores, sem qualquer limitação ao valor da causa.

Há mais um aspecto inquietante. O art. 791 da CLT, ao dispor sobre o *jus postulandi*, restringe a sua incidência apenas às relações de emprego. Significa dizer que, para as demais relações de trabalho deduzidas em juízo, a representação por advogado é obrigatória (o art. 5º da IN 27/2005 do TST já consagrava essa distinção).

O *jus postulandi* afetava diretamente a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, afastando a aplicação do art. 85 do CPC e do Capítulo VI da Lei 8.906/1994 ao processo trabalhista. Neste aspecto, a Lei 13.467/2017 corrigiu o absurdo, criando o art. 791-A da CLT, que passou a consagrar a verba honorária derivada da mera sucumbência. Mas nem tudo são flores, já que os percentuais fixados no novo artigo são inconstitucionais (de 5% a 15%), por violação aos princípios da isonomia, da não discriminação remuneratória e da dignidade da pessoa humana, como estudaremos em tópicos específicos desta obra.

Na IN 41/2018, o TST, infelizmente, “caiu na tentação” irradiada por parcela doutrinária e terminou considerando de natureza híbrida a verba honorária, resultando em mais um açoite ao art. 14 do CPC (Isolamento dos Atos Processuais), dispondo que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, nos moldes do art. 791-A da CLT, só incidirá nas ações ajuizadas a partir do dia 11/11/2017 (art. 6º da IN 41/2018 do TST).

O leitor encontrará, quando da análise específica dos honorários advocatícios (Capítulo 4 desta obra), assim como nos comentários à IN 41/2018 do TST (Capítulo 22 desta obra), fundamentos que alicerçam as críticas ora lançadas.

A notória complexidade das lides trabalhistas não mais comporta o *jus*

postulandi, principalmente com a chegada do PJE – Processo Judicial Eletrônico. Desprezar, hodiernamente, a imprescindibilidade do advogado, *data venia*, é ignorar a realidade.

“*Jus*” ou “*Ius*” significa direito. “*Postulandi*” significa postular. *Jus Postulandi* nada mais é do que o **direito** ou a **faculdade** de postular em causa própria, sem advogado.

O *jus postulandi* não pode ser fruto de uma imposição do juiz, pois é uma mera faculdade de empregados e empregadores.

Digamos que um empregado ajuizou reclamação trabalhista, representado por advogado, e que, à audiência inicial, as partes tenham comparecido devidamente acompanhadas dos seus respectivos patronos, apresentando, o reclamado, depois de frustrada a tentativa de acordo, contestação, sendo então marcada a audiência de instrução. No dia da audiência de instrução, um dos advogados não compareceu (irrelevante se a ausência foi do patrono do reclamante ou do patrono do reclamado). Pode o juiz realizar a audiência sem a presença do advogado de uma das partes?

Não me furto a afirmar que temerária seria a realização da assentada, ato que poderia provocar manifesto prejuízo à parte desprovida de advogado, motivo suficiente para macular de total nulidade os atos processuais praticados durante a sessão, contaminando os posteriores – arts. 794 e 798 da CLT c/c art. 281 do CPC.

A minha posição está amparada pela premissa de que o *jus* (direito) *postulandi* (de postular) é uma **faculdade de empregados e empregadores**, e, como tal, pode ser objeto de renúncia. Reclamante e reclamado, ao constituírem advogado, renunciaram ao *jus postulandi*. A ausência de um dos advogados, diante da renúncia ao *jus postulandi*, desequilibra a relação processual, fato, por si só, capaz de causar sérias avarias durante a fase mais importante do processo.

O juiz do trabalho não pode “infligir” o *jus postulandi* às partes que, ao constituírem advogado, expressamente renunciaram àquela faculdade.

A audiência, diante da ausência do advogado de uma das partes, só

poderia ser realizada se o litigante expressamente concordasse (estaria optando, naquele momento, pelo *jus postulandi*) ou se outro advogado anuísse em prestar assistência à parte “órfã”, mediante a sua concordância, evidentemente.

Devo confessar que a minha posição, quanto à necessidade de adiamento da audiência, no caso de não comparecimento do advogado de uma das partes, quando confrontada com a previsão do CPC (art. 362, II), não é das mais agudas, podendo ser questionada. Isso porque o regramento processual civil só autoriza o adiamento da assentada “*se a ausência do advogado ocorrer por motivo justificado*”, fato que deve ser comprovado “*até a abertura da audiência*” (art. 362, § 1º, do CPC).

A “exigência” de “*comprovação do fato até a abertura da audiência*”, convenhamos, está poluída pelo desprezo do legislador aos “motivos de força maior”, cuja marca principal é a imprevisibilidade. Lamentável a frieza da lei. O bom jurista, entretanto, não perde tempo com lamentações, pois tem na hermenêutica jurídica a sua arma. Por isso digo que a interpretação serve exatamente para humanizar a gélida letra normativa.

Capítulo 4

MANDATO, PROCURAÇÃO, CONTRATO DE HONORÁRIOS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

O art. 103 do CPC estipula que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado.

O art. 104 do CPC, no seu início, ratifica: “*O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração*”.

A regra processual, por conseguinte, é a de que o advogado precisa juntar a procuração no ato da propositura de uma ação. O próprio art. 104 do CPC especifica as exceções, quando arremata que o advogado poderá atuar sem procuração para: “*evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente*”, situações em que o patrono deverá “*exibir a procuração no prazo de 15 dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz*” (§ 1º do art. 104 do CPC). Se a procuração não for juntada no prazo, o ato praticado pelo advogado será considerado ineficaz, respondendo, o profissional, pelas despesas e por perdas e danos (§ 2º do art. 104 do CPC).

No processo trabalhista há uma **norma específica** que, infelizmente, vem sendo ignorada por muitos juízes, gerando diligências inúteis, desnecessárias e que afrontam a simplicidade do nosso processo. Estou falando do § 3º do art. 791 da CLT, cuja redação segue na íntegra transcrita:

§ 3º do art. 791 da CLT – A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante **simples registro em ata de audiência**, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada. (sem grifos no original)

Eis a famosa “procuração *apud acta*” (comporta apenas os poderes para o foro em geral).

Ajuizada reclamação trabalhista por advogado sem procuração, **o juiz do trabalho não deve aplicar o art. 104 do CPC**, desprezando, como se não existisse ou letra morta fosse, a CLT.

Ao ignorar o regramento processual trabalhista, o juiz do trabalho estará violando o art. 769 da CLT e desprestigiando os princípios da celeridade, da economia e da simplicidade.

Alguns magistrados vão mais além, exigindo, no ato do ajuizamento da reclamação, a juntada de cópias da identidade, do CPF e da CTPS do reclamante, espancando o princípio da legalidade (inciso II do art. 5º da CF). Lamentável.

Reclamação trabalhista ajuizada por advogado sem procuração deve ser processada normalmente, com a citação do reclamado e a realização da audiência, pois, iluminado com o brilho da simplicidade, na própria audiência brotará o instrumento de mandato (procuração *apud acta*), com a incidência do belíssimo § 3º do art. 791 da CLT.

Na prática, todavia, vem prevalecendo o total desprezo pela CLT, quando o assunto é procuração. Parece que há uma maquiavélica tendência na magistratura trabalhista em segregar cada vez mais a simplicidade do processo laboral e de valorizar o formalismo do processo comum.

Caso algum desavisado ameace alardear que a norma consolidada é velha, superada, pois data da década de quarenta, deixo aqui registrado que o § 3º foi incluído ao art. 791 da CLT no dia 06/07/2011, pela Lei 12.437/2011, ou seja, no século XXI.

O advogado termina contribuindo para isso, calando-se quando deveria reagir. Mas a postura do profissional da advocacia é compreensível, pois para o seu cliente é mais seguro e mais célere cumprir o ilegal despacho que determinou a juntada de procuração do que argumentar em sentido contrário e depois interpor recurso ordinário contra a sentença terminativa (arquivamento da reclamação), até mesmo porque não há garantia alguma de que o TRT prestigiará a CLT.

O instrumento de mandato também é chamado de procuração. Como um dia me ensinou o ex-juiz do trabalho e brilhante advogado Ivan Barbosa de Araújo, em preciosas lições que varavam as noites e foram decisivas para a minha formação, não existe a infeliz expressão “instrumento de procuração” (ou “instrumento procuratório”).

O mandato é um contrato previsto no Código Civil. Esse contrato se exterioriza por meio de um instrumento conhecido por “procuração” (instrumento de mandato). Surreal se torna, por conseguinte, a mistura de termos que guardam sinonímia (instrumento de mandato e procuração), para a criação da anomalia “instrumento de procuração” ou “instrumento procuratório”.

A Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), em seu art. 10, dispõe sobre a inscrição principal do advogado, cravando que esta deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional. Além da inscrição principal, o advogado deve promover, nos termos do § 2º do referido artigo, “a inscrição suplementar” nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão, considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano.

O TST entende que **a ausência de inscrição suplementar não importa em nulidade dos atos praticados pelo advogado**, representando mera infração disciplinar, a ser apurada pela OAB. O entendimento jurisprudencial se encontra consubstanciado na OJ 07 da SDI-1.

OJ 07 da SDI-1. ADVOGADO. ATUAÇÃO FORA DA SEÇÃO DA OAB ONDE O ADVOGADO ESTÁ INSCRITO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. (LEI Nº 4.215/1963, § 2º, ART. 56). INFRAÇÃO DISCIPLINAR. NÃO IMPORTA NULIDADE. A despeito da norma então prevista no artigo 56, § 2º, da Lei nº 4.215/63, a falta de comunicação do advogado à OAB para o exercício profissional em seção diversa daquela na qual tem inscrição não importa nulidade dos atos praticados, constituindo apenas infração disciplinar, que cabe àquela instituição analisar.

A OJ 07 da SDI-1 ainda cita a antiga Lei 4.215/1963, revogada pelo novo Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994).

O advogado da empresa não precisa apresentar, junto com a procuração, os atos constitutivos do seu cliente. Essa exigência, caso feita pelo juiz, viola o art. 75 do CPC/2015 e contraria a OJ 255 da SDI-1. A apresentação do contrato social ou do estatuto da empresa poderá ser determinada pelo magistrado quando a parte contrária impugnar a sua ausência ou quando surgir fundada dúvida acerca dos poderes de representação.

OJ 255 da SDI-1. MANDATO. CONTRATO SOCIAL. DESNECESSÁRIA A JUNTADA (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. O art. 75, inciso VIII, do CPC de 2015 (art. 12, VI, do CPC de 1973) não determina a exibição dos estatutos da empresa em juízo como condição de validade do instrumento de mandato outorgado ao seu procurador, salvo se houver impugnação da parte contrária.

O art. 76 do CPC estendeu a possibilidade de o advogado sanar a irregularidade de representação à fase recursal. O TST acolheu, na íntegra, a novidade, à luz do que dispõe o inciso I do art. 3º da IN 39/2016 do TST, alterando, posteriormente, as redações das Súmulas 383 e 456, com um detalhe muito importante para o advogado trabalhista: **o art. 76 do CPC diz que a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte provocará a suspensão do processo e fixação de “prazo razoável” para que seja sanado o vício; o TST, surpreendentemente, nas Súmulas 383 e 456, fixou esse prazo em cinco dias. E, contraditoriamente, garantiu ao juiz a liberdade de fixação do prazo no item V da Súmula 395 do TST.**

Entendam. O Código de Processo Civil reza que o **juiz** designará prazo razoável para que o vício seja sanado. A lei, por conseguinte, atribuiu **natureza judicial** ao prazo (prazo judicial é aquele livremente fixado pelo magistrado). O TST, unilateralmente, nas Súmulas 383 e 456, criou um *tertium genus*, ou seja, uma “terceira categoria de prazo processual”: **o prazo jurisprudencial**. Com todo o respeito ao TST, na qualidade de juiz do trabalho, fixarei o prazo com a liberdade oriunda do art. 76 do CPC,

sombreado por precedente do próprio TST – vide item V da Súmula 395.

O advogado trabalhista deve sempre lembrar que, quando o juiz determina a realização de um ato e não fixa o prazo para tal, presume-se a fixação de cinco dias – § 3º do art. 218 do CPC.

Bom, um detalhe que pode gerar a impugnação pelo advogado da parte contrária é a “ausência dos dados da pessoa física que assinou a procuração”, já que o instrumento de mandato emitido por pessoa jurídica tem que conter ao menos o nome da entidade outorgante e do signatário da procuração (pessoa física que tem poderes para tal), como dispõe o item I da Súmula 456 do TST.

Considerando a previsão contida no art. 76 do CPC, o TST, em agosto de 2016, inseriu o item II à referida Súmula, consagrando o direito de a parte sanar qualquer irregularidade de representação, no prazo de cinco dias.

O item I da Súmula 456 do TST foi inspirado no § 1º do art. 654 do CCB: *“O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos”*.

O TST não admitia a juntada tardia de procuração na fase recursal, tampouco a regularização de instrumento de mandato viciado. **Isso mudou com a alteração da redação da Súmula 383, em julho de 2016, ratificada pelo item III da Súmula 456 do TST, incluído em agosto de 2016.** Tudo isso por conta da força avassaladora do § 2º do art. 76 do CPC.

Com a guinada, a juntada tardia de procuração e a sua regularização passaram a ser admitidas para qualquer recurso. O advogado não deve confundir **juntada tardia** com **regularização**.

Resumindo:

- Para **sanar vício de procuração já juntada**, o órgão jurisdicional designará prazo de cinco dias para a prática do ato (item III da Súmula 456 do TST e item II da Súmula 383 do TST).
- Para a **juntada tardia de procuração**, não haverá designação de prazo, cabendo ao recorrente exibir o documento,

independentemente de intimação, no prazo de até cinco dias após a interposição do remédio, prorrogável por igual período mediante despacho do órgão judicial competente (item I da Súmula 383 do TST).

SÚMULA 456 do TST. REPRESENTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. PROCURAÇÃO. INVALIDADE. IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE E DE SEU REPRESENTANTE. (inseridos os itens II e III em decorrência do CPC de 2015) – Res. 211/2016, *DEJT* divulgado em 24, 25 e 26.08.2016.

I – É inválido o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica que não contenha, pelo menos, o nome do outorgante e do signatário da procuração, pois estes dados constituem elementos que os individualizam.

II – Verificada a irregularidade de representação da parte na instância originária, o juiz designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, extinguirá o processo, sem resolução de mérito, se a providência couber ao reclamante, ou considerará revel o reclamado, se a providência lhe couber (art. 76, § 1º, do CPC de 2015).

III – Caso a irregularidade de representação da parte seja constatada em fase recursal, o relator designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2º, do CPC de 2015).

SÚMULA 383 DO TST. RECURSO. MANDATO. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. CPC DE 2015, ARTS. 104 E 76, § 2º (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 210/2016, *DEJT* divulgado em 30.06, 1º e 04.07.2016.

I – É inadmissível recurso firmado por advogado sem procuração

juntada aos autos até o momento da sua interposição, salvo mandato tácito. Em caráter excepcional (art. 104 do CPC de 2015), admite-se que o advogado, independentemente de intimação, exiba a procuração no prazo de 5 (cinco) dias após a interposição do recurso, prorrogável por igual período mediante despacho do juiz. Caso não a exiba, considera-se ineficaz o ato praticado e não se conhece do recurso.

II – Verificada a irregularidade de representação da parte em fase recursal, em procuração ou substabelecimento já constante dos autos, o relator ou o órgão competente para julgamento do recurso designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2º, do CPC de 2015).

Art. 76 do CPC. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I – o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II – o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III – o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I – não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

II – determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

O advogado deve priorizar, caso precise ser “substituído

temporariamente” por um colega, a emissão de um substabelecimento ou de uma nova procuração com a ressalva de que a sua juntada não revoga as anteriores. Digo isso porque a juntada de uma nova procuração, sem ressalva, revoga as anteriores, como dispõe a OJ 349 da SDI-1.

OJ 349 da SDI-1. MANDATO. JUNTADA DE NOVA PROCURAÇÃO. AUSÊNCIA DE RESSALVA. EFEITOS. A juntada de nova procuração aos autos, sem ressalva de poderes conferidos ao antigo patrono, implica revogação tácita do mandato anterior.

Para o advogado substabelecer, o instrumento de mandato não precisa estipular poderes especiais. Significa dizer que se a procuração silenciar a respeito da questão, o mandato admite o substabelecimento.

O substabelecimento só não será possível no caso de “mandato tácito” (cabe no caso de procuração *apud acta*, como veremos a seguir, em tópico específico), nos termos da OJ 200 da SDI-1, e também quando a procuração expressamente vedá-lo (item III da Súmula 395 do TST).

OJ 200 da SDI-1. MANDATO TÁCITO. SUBSTABELECIMENTO INVÁLIDO. É inválido o substabelecimento de advogado investido de mandato tácito.

SÚMULA 395 do TST. MANDATO E SUBSTABELECIMENTO. CONDIÇÕES DE VALIDADE (nova redação dos itens I e II e acrescido o item V em decorrência do CPC de 2015) – Res. 211/2016, *DEJT* divulgado em 24, 25 e 26.08.2016.

I – Válido é o instrumento de mandato com prazo determinado que contém cláusula estabelecendo a prevalência dos poderes para atuar até o final da demanda (§ 4º do art. 105 do CPC de 2015).

II – Se há previsão, no instrumento de mandato, de prazo para sua juntada, o mandato só tem validade se anexado ao processo o respectivo instrumento no aludido prazo.

III – São válidos os atos praticados pelo substabelecido, ainda que não haja, no mandato, poderes expressos para substabelecer (art.

667, e parágrafos, do Código Civil de 2002).

IV – Configura-se a irregularidade de representação se o substabelecimento é anterior à outorga passada ao substabelecido.

V – Verificada a irregularidade de representação nas hipóteses dos itens II e IV, deve o juiz suspender o processo e designar prazo razoável para que seja sanado o vício, ainda que em instância recursal (art. 76 do CPC de 2015).

Se a procuração vedar expressamente o substabelecimento, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante (processualmente, seriam atos nulos), salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato (aplicável ao direito processual). É o que reza o § 3º do art. 667 do CCB. Chamamos isso de convalidação dos atos.

É preciso cautela na aplicação dos arts. 653 a 691 do CCB ao direito processual, como estipula o próprio CCB, no art. 692, *verbis*: “*O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código*”.

Exemplo claro da diferença entre o mandato judicial e o contrato de mandato vem do posicionamento do TST quanto à ausência de data de emissão da procuração. O CCB, no § 1º do art. 654, diz que o instrumento particular de mandato deve conter a data de sua outorga, detalhe irrelevante para fins processuais, como prevê a OJ 371 da SDI-1.

OJ 371 da SDI-1. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. SUBSTABELECIMENTO NÃO DATADO. INAPLICABILIDADE DO ART. 654, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, *DEJT* divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. Não caracteriza a irregularidade de representação a ausência da data da outorga de poderes, pois, no mandato judicial, ao contrário do mandato civil, não é condição de validade do negócio jurídico. Assim, a data a ser considerada é aquela em que o instrumento for juntado aos autos, conforme preceitua o art. 409, IV, do CPC de 2015 (art. 370, IV, do CPC de 1973). Inaplicável o art. 654, § 1º, do Código Civil.

A procuração deve conter o nome do advogado e a sua inscrição na OAB, além do endereço completo. Se o advogado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome, a inscrição na OAB e o endereço da sociedade – vide art. 105, §§ 2º e 3º, do CPC.

Se o advogado estiver postulando em causa própria, os referidos dados deverão ser informados na petição inicial ou na contestação (art. 106 do CPC).

Os procuradores das pessoas jurídicas de direito público estão dispensados da juntada de procuração, como prevê a Súmula 436 do TST.

SÚMULA 436 do TST. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PROCURADOR DA UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. JUNTADA DE INSTRUMENTO DE MANDATO.

I – A União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, quando representadas em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, estão dispensadas da juntada de instrumento de mandato e de comprovação do ato de nomeação.

II – Para os efeitos do item anterior, é essencial que o signatário ao menos declare-se exercente do cargo de procurador, não bastando a indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Atenção!

O advogado, para declarar na petição inicial ou na contestação que o cliente não tem condições de arcar com as despesas do processo (declaração de pobreza ou de hipossuficiência), para fins de concessão dos benefícios da justiça gratuita, *precisa de poderes especiais*, como dispõe o art. 105 do CPC, responsável pelo cancelamento, em junho de 2016, da OJ 331 da SDI-1.

O advogado não deve restringir a procuração apenas à propositura da reclamação. Essa limitação é perigosa, podendo acarretar graves prejuízos no

futuro, no manejo de outros meios de impugnação, principalmente o mandado de segurança e a ação rescisória. A OJ 151 da SDI-2 resume bem os drásticos efeitos desse tipo de restrição.

OJ 151 da SDI-2. AÇÃO RESCISÓRIA E MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURAÇÃO. PODERES ESPECÍFICOS PARA AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. FASE RECURSAL. VÍCIO PROCESSUAL SANÁVEL. (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 211/2016, DEJT divulgado em 24, 25 e 26.08.2016. A procuração outorgada com poderes específicos para ajuizamento de reclamação trabalhista não autoriza a propositura de ação rescisória e mandado de segurança. Constatado, todavia, o defeito de representação processual na fase recursal, cumpre ao relator ou ao tribunal conceder prazo de 5 (cinco) dias para a regularização, nos termos da Súmula nº 383, item II, do TST.

Ratifica o alerta a previsão contida no § 4º do art. 105 do CPC: “*Salvo disposição expressa em sentido contrário constante do próprio instrumento, a procuração outorgada na fase de conhecimento é eficaz para todas as fases do processo, inclusive para o cumprimento de sentença*”.

A procuração-geral para o foro é aquela que contém a cláusula *ad judicium*, devendo ser confeccionada sem qualquer restrição a remédios e instrumentos processuais. É a procuração comum, que habilita o advogado, nos termos do art. 105, *caput*, do CPC, a praticar todos os atos do processo, salvo aqueles considerados especiais.

A procuração-geral para o foro pode estender ao advogado um, alguns ou todos os poderes especiais previstos na parte final do art. 105, *caput*, do CPC, desde que isso seja feito expressamente.

O CPC, em momento algum, exige qualquer formalidade especial para a eficácia dos poderes especiais, sendo inconstitucional, portanto, a exigência, por exemplo, de reconhecimento de firma em cartório ou de “procuração pública”, ato que viola o art. 5º, II, da CF.

São considerados poderes especiais:

- Receber citação inicial.
- Confessar.
- Reconhecer a procedência do pedido.
- Transigir.
- Desistir da ação.
- Renunciar ao direito sobre que se funda a ação.
- Receber e dar quitação a valores.
- Firmar compromisso.
- Assinar declaração de hipossuficiência (necessário no processo laboral, diante do cancelamento da OJ 331 da SDI-1).

A procuração com poderes especiais não se confunde com aquela que contém cláusula *ad judicium et extra*.

Procuração com cláusula *ad judicium et extra* é a que autoriza o advogado a praticar todos os atos judiciais (relativos à procuração para o foro em geral e também com poderes especiais), mais os atos extrajudiciais de defesa e representação perante pessoas jurídicas de direito público ou privado.

No caso de advogados de empresas, é comum o instrumento de mandato que contém uma “pluralidade de procuradores” (procuração dando poderes a mais de um advogado). O advogado que for de fato acompanhar determinada demanda deve requerer, logo no início da petição inicial ou do meio de resposta (contestação e/ou exceção de incompetência territorial), que todas as intimações e publicações sejam realizadas exclusivamente em seu nome. Eis o que reza a Súmula 427 do TST.

SÚMULA 427 DO TST. INTIMAÇÃO. PLURALIDADE DE ADVOGADOS. PUBLICAÇÃO EM NOME DE ADVOGADO DIVERSO DAQUELE EXPRESSAMENTE INDICADO. NULIDADE. Havendo pedido expresso de que as intimações e publicações sejam realizadas exclusivamente em nome de

determinado advogado, a comunicação em nome de outro profissional constituído nos autos é nula, salvo se constatada a inexistência de prejuízo.

O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os 10 dias seguintes à ciência, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo – art. 112 do CPC. A contagem desse prazo far-se-á com a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia final – inteligência do art. 132 do CCB.

Nos termos do § 2º do art. 112 do CPC, **a comunicação ao cliente não será necessária quando a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro.**

A parte (mandante) também pode, a qualquer tempo, revogar o mandato outorgado ao seu advogado – art. 111 do CPC.

O cliente tem que ser alertado para o fato de que a revogação do mandato, por sua iniciativa, não atinge o contrato de honorários advocatícios. Na linguagem popular: “uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa”.

O contrato de honorários, firmado entre o advogado e o cliente, não se confunde com o contrato mandato. No contrato de honorários, o trabalhador autoriza a retenção de um percentual (a OAB permite até 30%) do valor da condenação, para ser repassado ao advogado, a título de honorários contratuais. A retenção dos honorários contratuais está prevista no art. 22, § 4º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia): *“Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou”*.

Sendo assim, mesmo que o cliente revogue a procuração, o contrato de honorários continuará em vigor, pois são dois contratos distintos: Contrato de Mandato e Contrato de Honorários Advocatícios.

O cliente, ao destituir um patrono e constituir um novo, firmando também com este último um contrato de honorários, estará se comprometendo a pagar

a verba honorária em dobro, afinal ele autorizou duas retenções – *pacta sunt servanda*.

O juiz do trabalho **não pode interferir nos contratos de honorários**, porquanto a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar os conflitos oriundos da relação entre advogado (profissional liberal) e cliente, pelo fato de se tratar de relação de consumo, como já definiu o STJ, na Súmula 363.

SÚMULA 363 do STJ. COMPETÊNCIA. PROCESSO E JULGAMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. PROFISSIONAL LIBERAL CONTRA CLIENTE. Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente.

Qualquer ato praticado pelo juiz do trabalho, que venha a ferir o direito líquido e certo do advogado à percepção de honorários contratuais, poderá ser impugnado via **mandado de segurança**, por traduzir virulenta ilegalidade.

Os honorários advocatícios sucumbenciais não se confundem com os honorários advocatícios contratuais. Os sucumbenciais integram a sentença (título executivo judicial) e devem ser pagos pelo sucumbente em favor do advogado da parte vencedora. Já os honorários contratuais não constam da sentença e são pagos pelo cliente ao próprio advogado, mediante retenção (dedução), como já estudamos.

Os honorários contratuais, por conseguinte, não excluem os honorários sucumbenciais.

Não há lei que obste a cumulatividade, pelo contrário, o *caput* do art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) prevê que: “*A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência*”.

Não há *bis in idem*, como alguns dizem, pois as fontes pagadoras (reclamado e cliente) são diferentes e os fatos geradores também (sucumbência e contrato). Sempre é bom lembrar que o princípio do *non bis in idem* existe para evitar o enriquecimento ilícito. A percepção dos dois

honorários não caracteriza, de forma alguma, enriquecimento sem causa.

O advogado, por segurança, deve firmar contrato escrito de honorários advocatícios com o cliente. Mas a inexistência da minuta não impede a retenção, principalmente quando inexisterem honorários sucumbenciais. Essa retenção não se refere a “honorários contratuais”, afinal não há contrato nos autos, mas a uma espécie de “honorários fixados por arbitramento”.

Complicado? Então vamos exemplificar.

O advogado, salvo se renunciar aos honorários, não pode trabalhar de graça. Com base nessa premissa, digamos que o patrono não tenha firmado contrato escrito de honorários com o seu cliente (reclamante) e que a sentença tenha julgado procedente o pedido de indenização por dano moral, no valor de R\$ 100.000,00, mediante a concessão dos benefícios da justiça gratuita a reclamante e a reclamado. Diante disso, os honorários advocatícios sucumbenciais, devidos pelo réu, ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do § 4º do art. 791-A da CLT e do § 3º do art. 98 do CPC. Considerando a inexistência de contrato de honorários nos autos e de honorários sucumbenciais, seria justa a liberação do valor total ao reclamante, sem a retenção da verba honorária?

Entendo que não!

O juiz, nesse caso, deve agir com cautela. Antes da liberação da quantia ao reclamante, seria de bom alvitre intimar o advogado, para que este se pronunciasse sobre o fato (ausência de contrato). Caso o advogado silenciasse (renúncia tácita) ou se manifestasse renunciando à verba (renúncia expressa), a quantia total seria liberada ao reclamante, sem qualquer retenção. Caso o advogado revelasse a sua intenção de receber os honorários, o juiz, lastreado no § 2º do art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), efetuará a retenção dos “honorários fixados por arbitramento”, estipulando (arbitrando) o valor (percentual).

Conclusão – Há três espécies de honorários advocatícios, à luz do *caput* do art. 22 da Lei 8.906/1994:

a) Honorários advocatícios sucumbenciais.

- b) Honorários advocatícios contratuais.
- c) Honorários advocatícios fixados por arbitramento.

Os dois primeiros, como vimos, podem ser cumulados. O terceiro, no entanto, só existirá na ausência dos demais.

O advogado previdente, por conseguinte, sempre evitará a terceira “espécie” de honorários, firmando, desde o início, com o cliente, um contrato, ou, se for o caso, juntando aos autos o contrato de honorários antes da liberação do crédito (nos termos do art. 22, § 4º, da Lei 8.906/1994, o contrato de honorários, desde que juntado antes da liberação dos valores, terá plena eficácia).

A Lei 13.725/2018 incluiu os §§ 6º e 7º no art. 22 da Lei 8.906/1994, dispondo sobre os “honorários assistenciais”, que nada mais são do que uma espécie de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em ações coletivas propostas por entidades de classe em substituição processual (legitimação extraordinária – art. 18 do CPC), sem prejuízo do pagamento dos honorários contratuais, chamados pelo legislador de “convencionais”. Sendo assim, a citada Lei **não criou um novo tipo de honorários advocatícios**, apenas especificando que os sucumbenciais, nas ações coletivas ajuizadas por entidade de classe, na qualidade de substituto processual, passam a ser chamados de “assistenciais”.

Os honorários advocatícios têm natureza alimentar?

Claro que sim!

A Súmula Vinculante 47 já tinha colocado uma pá de cal na discussão. O § 14 do art. 85 do CPC apenas ratificou o que o STF consagrara. A norma do CPC dispõe que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

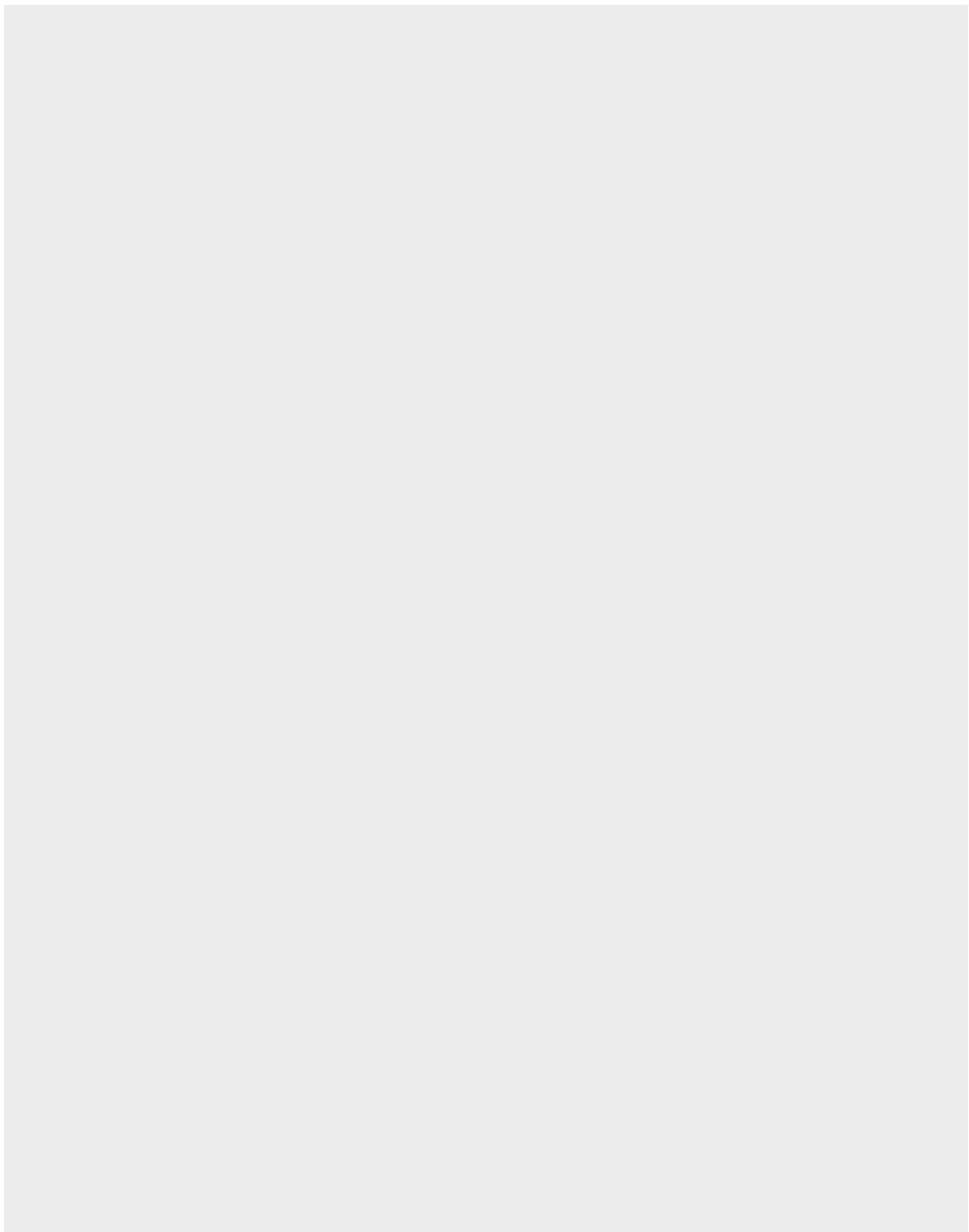
A natureza alimentar da verba honorária serviu de base para a edificação da minha tese sobre a inconstitucionalidade dos percentuais esculpidos no *caput* do art. 791-A da CLT, como veremos mais adiante.

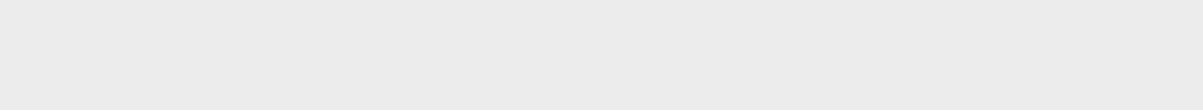
Bom, todos sabem que um acordo judicial pode ser realizado em qualquer

fase processual. No caso de conciliação realizada depois da condenação, como ficam os honorários contratuais?

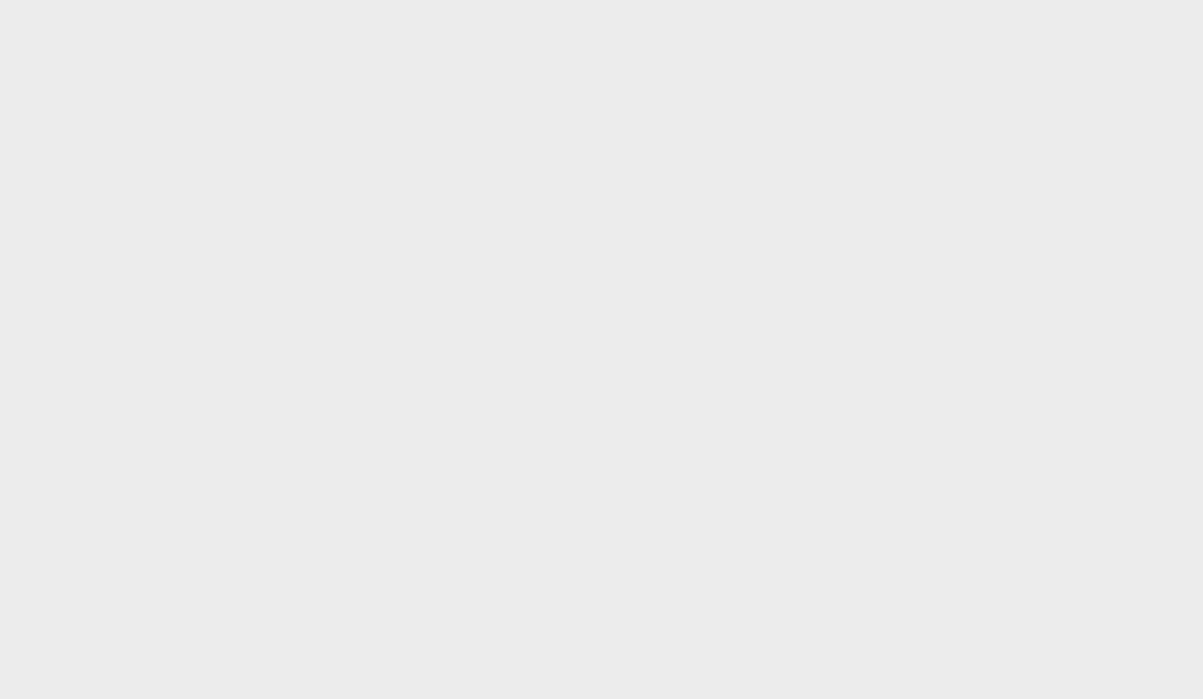
Entendo que, para o caso, incidirá a regra de que o acessório seguirá o principal.

Exemplificando fica mais fácil!



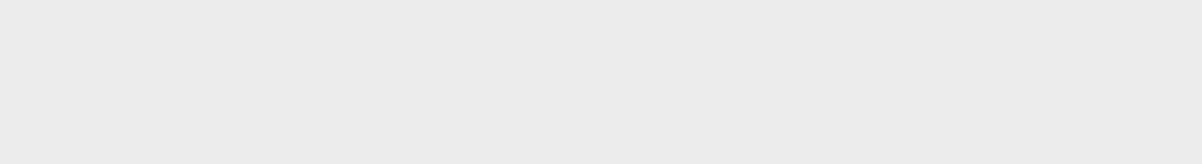


Vale destacar que os honorários advocatícios contratuais não integram o título executivo judicial (sentença). É muito importante que o advogado tenha noção disso, ou seja, de que, no caso de honorários contratuais, ele não é credor na execução. O advogado será credor na execução quando o juiz tiver condenado o sucumbente a pagar-lhe a verba (honorários advocatícios sucumbenciais).



Para ficar ainda mais claro, segue outro exemplo.



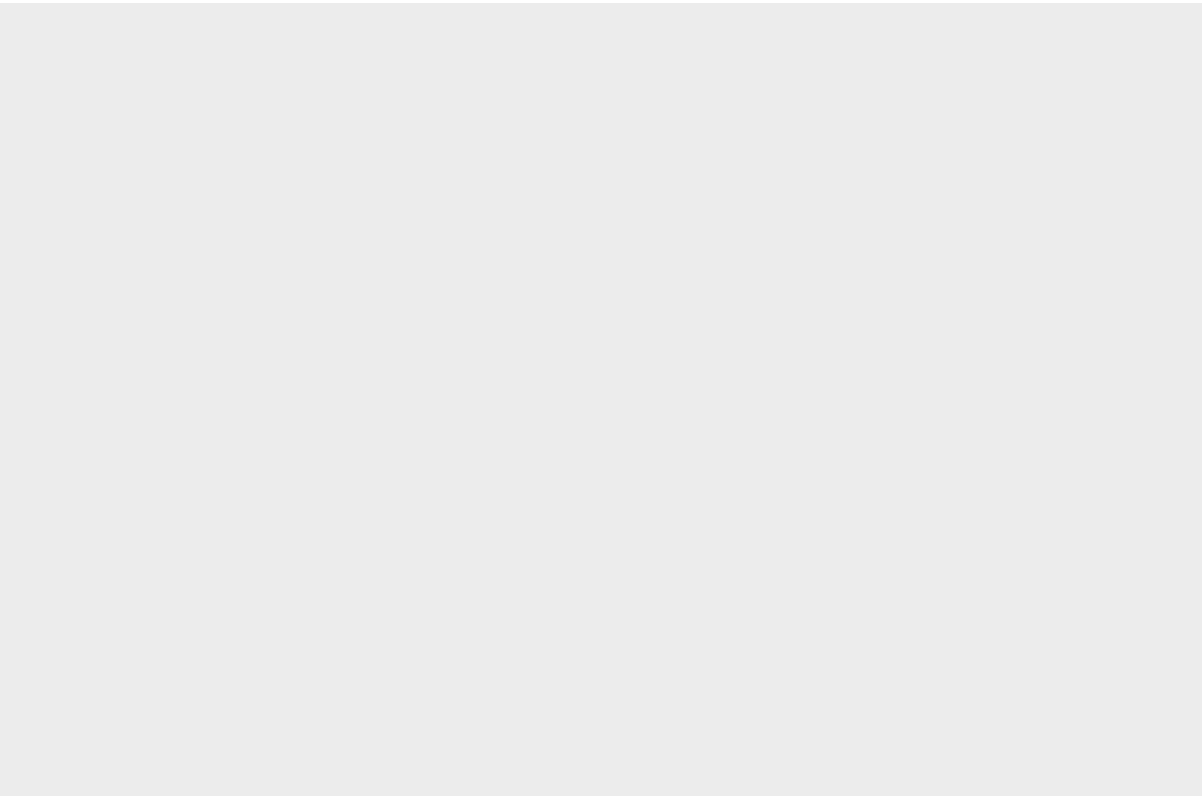


É preciso tomar bastante cuidado ao interpretar o § 4º do art. 24 da Lei 8.906/1994, que diz: *“O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença”*.

Os honorários “convencionados” são os contratuais. Os “concedidos por sentença” são os sucumbenciais.

A referida norma tem plena efetividade, pois, de fato, o advogado não pode ser prejudicado pelo acordo firmado entre o seu cliente e a parte contrária, tanto assim que o patrono receberá os dois honorários, cada qual calculado sobre a sua respectiva base de cálculo.

A base de cálculo dos honorários sucumbenciais continuará a mesma. Porém, a base de cálculo dos honorários contratuais será modificada, diante do firmamento de um acordo, cujo termo de conciliação, uma vez homologado pelo juiz, substituirá a sentença, quanto ao crédito do reclamante e aos seus acessórios.



Os honorários advocatícios contratuais têm natureza de verba acessória, diferentemente dos honorários advocatícios sucumbenciais, que integram o título executivo (sentença) como crédito do advogado. A Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), no seu art. 23, ratifica a conclusão: *“Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”*.

Os honorários sucumbenciais integram um título executivo judicial, se processando, a execução, na própria Justiça do Trabalho. O contrato de honorários, por sua vez, tem natureza de título executivo extrajudicial, cuja execução é de competência da Justiça Estadual – inteligência da Súmula 363 do STJ.

Na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência serão recebidos por seus sucessores ou representantes legais – § 2º do art. 24 da Lei 8.906/1994.

Com o crédito previdenciário é diferente. Apesar de compor o título executivo judicial (sentença), nos termos dos arts. 114, VIII, da CF e 832, § 3º, da CLT, em caso de acordo celebrado após a prolação da sentença, o crédito previdenciário será reduzido proporcionalmente ao valor da conciliação, à luz do § 5º do art. 43 da Lei 8.212/1991 e da OJ 376 SDI-1.

Art. 43, § 5º – Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo.

OJ 376 SDI-1. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO APÓS O TRÂNSITO

EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR HOMOLOGADO. É devida a contribuição previdenciária sobre o valor do acordo celebrado e homologado após o trânsito em julgado de decisão judicial, respeitada a proporcionalidade de valores entre as parcelas de natureza salarial e indenizatória deferidas na decisão condenatória e as parcelas objeto do acordo.

4.1. Honorários Advocatícios Sucumbenciais – Reforma Trabalhista

O art. 791-A da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017, prevê a condenação do sucumbente no pagamento de honorários ao advogado do vencedor, inclusive no caso de sucumbência recíproca. A norma afeta diretamente a Súmula 219 do TST, que restringia a incidência de honorários advocatícios sucumbenciais a algumas situações específicas.

A nota triste fica por conta do art. 6º da IN 41/2018 do TST (os comentários encontram-se no Capítulo 22 desta obra). A dita norma exala incoerência para com a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais (art. 14 do CPC), contradição com diversos artigos da própria Instrução Normativa e inconsistência com o art. 5º da IN 27/2005 do TST. Além disso, o artigo em análise também demonstra a falta de respeito do TST para com os profissionais da advocacia trabalhista, a uma pelo fato de tentar impor a incidência de honorários advocatícios sucumbenciais apenas aos processos iniciados depois da Reforma, a duas por não se pronunciar sobre a inconstitucionalidade dos percentuais fixados no caput do art. 791-A da CLT. Neste *Manual*, desde a sua anterior edição, deixei claro que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais **independe de pedido explícito**, quer na petição inicial, quer na contestação, quer no recurso, ante a contundente redação do *caput* do art. 85 do CPC. Também esclareci que o percentual de 20% já estava consagrado na Súmula 219 do TST (citada, de forma surreal, na enigmática redação do art. 6º da IN 41/2018), tornando injustificável o percentual máximo de 15% esculpido no caput do art. 791-A da CLT. *Data maxima venia*, não se sustenta a tese de que a verba honorária tem natureza

híbrida, pois ela deriva de previsão processual e tem como fato gerador uma decisão judicial, da qual é título acessório. A sua natureza alimentar, já consagrada na legislação processual (§ 14 do art. 85 do CPC) e na jurisprudência (Súmula Vinculante 47 do STF), não impede a sua imediata consagração, como deseja o TST. Pelo contrário. A natureza alimentar dos honorários advocatícios, por si só, confere à verba prioridade e privilégio para incidir em todos os processos, à luz do art. 14 do CPC, independentemente de pedido expresso do advogado, afinal, à luz da Lei Maior, este profissional é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF), e não possui subsídio, auxílios ou qualquer outro meio de subsistência que não seja a verba honorária.

Pois bem.

O *caput* do art. 791-A da CLT é flagrantemente inconstitucional, quanto aos percentuais de honorários advocatícios sucumbenciais (entre 5% e 15%), por violação ao princípio da isonomia (*caput* do art. 5º da CF c/c § 2º do art. 85 do CPC), por violação ao princípio da não discriminação remuneratória (inciso XXX do art. 7º da CF c/c § 14 do art. 85 do CPC c/c a Súmula Vinculante 47) e por violação ao princípio da dignidade profissional (inciso III do art. 1º da CF).

A diferenciação pretendida, entre advogado civilista/empresarial/tributário etc. e advogado trabalhista é injusta, desequilibrada, desarrazoada, representando, portanto, uma típica e intolerável discriminação (discriminar é diferenciar sem razoabilidade). Cabe ao advogado não se curvar à norma, pleiteando 20% de honorários advocatícios sucumbenciais, à luz do § 2º do art. 85 do CPC.

A verba honorária será calculada sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou sobre o valor da causa (*caput* do art. 791-A da CLT e § 2º do art. 85 do CPC). Porém, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por **apreciação equitativa**, observando o disposto nos incisos do § 2º do art. 791-A da CLT, que correspondem aos incisos do § 2º do art. 85 do CPC.

Os honorários advocatícios sucumbenciais são devidos nas reclamações trabalhistas, no inquérito judicial para apuração de falta grave, nas ações de consignação em pagamento, na reconvenção, na ação rescisória, em ações cautelares etc. Também são devidos nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. Também são devidos ao advogado do reclamado/réu/consignatário etc.

Não são devidos honorários advocatícios sucumbenciais no mandado de segurança, pois não há réu nesse tipo de ação, já que o que se ataca é o ato praticado por autoridade pública ou pessoa a ela equiparada – art. 25 da Lei 12.016/2009.

Também são devidos honorários advocatícios sucumbenciais quando o advogado estiver atuando em causa própria – *caput* do art. 791-A da CLT e § 17 do art. 85 do CPC.

Os critérios para a fixação, pelo juiz, do valor dos honorários, estão previstos no § 2º do art. 791-A da CLT, representando mera cópia dos utilizados pelo CPC (incisos do § 2º do art. 85). Caso o advogado do vencedor não concorde com o percentual/valor fixado pelo juiz, poderá interpor, em nome próprio, recurso ordinário, buscando a sua majoração no TRT. Inafastável a sua legitimidade e o seu interesse recursal, pois ele é o título daquele crédito.

Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários sucumbenciais observará, além dos critérios comuns previstos no § 2º do art. 791 da CLT e no § 2º do art. 85 do CPC, os limites e restrições corporificados nos §§ 3º a 7º do art. 85 do CPC.

A redação impositiva do *caput* do art. 791-A da CLT reflete o mesmo poderio da contundente redação do *caput* do art. 85 do CPC, desaguando na conclusão de que **a condenação do vencido no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais ao advogado do vencedor deve ocorrer independentemente da existência ou não de pedido específico neste sentido**, seja na petição inicial, seja na contestação. Em resumo, **o juiz deve condenar o sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios “de**

ofício” ou a “requerimento”.

A condenação *ex officio* no pagamento de honorários sucumbenciais encontra força no § 18 do art. 85 do CPC, que prevê a possibilidade de cobrança da verba mesmo no caso de omissão da sentença já transitada em julgado, ao declarar cabível ação autônoma para sua definição e cobrança. Essa ação será de competência da Justiça do Trabalho, pois não se confunde com aquela ação envolvendo cliente e advogado, em litígio sobre honorários contratuais, prevista na Súmula 363 do STJ.

Como vimos, no caso de condenação, os honorários sucumbenciais serão calculados sobre o respectivo valor. Não ocorrendo condenação, serão calculados sobre o valor da causa. Pode acontecer, entretanto, de o valor da causa ser inestimável, irrisório para fins de proveito econômico ou muito baixo. Nesse caso, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, sempre observando os incisos do § 2º do art. 791-A da CLT (que correspondem aos incisos do § 2º do art. 85 do CPC).

Nas ações que tenham como objeto a indenização por lucros cessantes a título de condenação no pagamento de pensão vitalícia (comuns para o caso de perda ou redução na capacidade laborativa do obreiro vitimado por acidente do trabalho, com fulcro nos arts. 402 e 950 do CCB), o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 prestações vincendas, nos termos do § 9º do art. 85 do CPC.

O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários sucumbenciais que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, fato que não retirará a natureza alimentar da verba – § 15 do art. 85 do CPC.

O § 3º do art. 791-A da CLT vem assustando muitos advogados, principalmente aqueles que costumam atuar na representação de trabalhadores.

De fato, os honorários advocatícios irão incidir no caso de sucumbência recíproca, ou seja, ambas as partes serão condenadas a pagar honorários ao advogado da parte adversa, sendo vedada a compensação entre os honorários, como dispõem o § 3º do art. 791-A da CLT e a parte final do § 14 do art. 85

da CLT. Exemplificando. Digamos que o reclamante tenha pleiteado a condenação do reclamado no pagamento de duas verbas, sendo um pedido julgado procedente e o outro improcedente. Ocorreu, no caso, a sucumbência recíproca no sentido lato, alcançando o direito de ambos os litigantes recorrerem e o direito de cada advogado receber os seus honorários sucumbenciais. Constatou da sentença a condenação em honorários sucumbenciais de R\$ 2.000,00 em favor do advogado do reclamante e em honorários sucumbenciais de R\$ 1.000,00 em favor do advogado do reclamado. Pois bem. **Esses valores não podem ser compensados** (se houvesse compensação, nada seria devido ao advogado do reclamado e o valor do advogado do reclamante cairia para R\$ 1.000,00).

Importante, neste ponto do nosso estudo, diferenciar a **sucumbência recíproca para fins recursais, da sucumbência recíproca para fins de assunção das despesas processuais** (custas, honorários, emolumentos).

A Súmula 326 do STJ elucida a questão, dizendo que, na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

A referida Súmula trata da “sucumbência para fins de despesas processuais”. Exemplificando. Se o reclamante pleitear R\$ 50.000,00 de indenização por dano moral e o juiz condenar o reclamado a pagar R\$ 10.000,00, a sucumbência, para fins recursais, será recíproca, ou seja, as duas partes poderão recorrer (possuem interesse recursal), mas as despesas processuais ficarão a cargo exclusivamente do reclamado, que foi a parte sucumbente (ele foi condenado).

Basta aplicar esse entendimento para todas as verbas pleiteadas. Exemplificando. Se o reclamante pedir a condenação do reclamado no pagamento de duas horas extras por dia e o juiz condenar em uma por dia, os dois litigantes poderão recorrer, mas o recolhimento das custas e o pagamento dos honorários ficarão a cargo exclusivamente do reclamado (condenado no pagamento da verba).

Diferente é o caso de múltiplos pedidos procedentes e improcedentes. Exemplificando. Digamos que o reclamante pediu a condenação do

reclamado no pagamento de indenização por dano moral, de indenização por dano estético, de horas extras e de adicional noturno. Na sentença, o juiz julgou procedentes os pedidos de pagamento de indenização por dano moral e de indenização por dano estético, julgando improcedentes os pedidos de pagamento de horas extras e de adicional noturno. Ambas as partes poderão recorrer e ambas as partes serão responsáveis pelo recolhimento das custas e pelo pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, cada qual proporcionalmente à sua sucumbência.

O § 4º do art. 791-A da CLT foi objeto da ADI 5766, ajuizada pela PGR em 28/08/2017, quando a Lei 13.467/2017 ainda estava em plena *vacatio legis*. A Procuradoria Geral da República requereu a declaração da inconstitucionalidade da seguinte expressão, constante do corpo da referida norma: “***desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa***”. A base da inconstitucionalidade se encontra no princípio da isonomia (violação ao *caput* do art. 5º da CF), pois o § 3º do art. 98 do CPC, que trata do mesmo tema, não permite que o beneficiário da gratuidade da justiça tenha descontado de suas verbas quaisquer despesas processuais, sendo taxativo ao dispor que elas permanecerão sob condição suspensiva, pelo prazo de cinco anos (no nosso caso o prazo é de dois anos), até que o credor, no referido lapso temporal, comprove que deixou de existir a situação de hipossuficiência que justificou a concessão dos benefícios da justiça gratuita (eis a condição para que os honorários advocatícios sucumbenciais sejam cobrados do beneficiário da gratuidade da justiça).

A inconstitucionalidade é latente, à luz dos adágios *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

A diferença imposta se mostra desequilibrada, e, por conseguinte, discriminatória, espancando também o inciso III do art. 1º da CF.

O STF ainda não julgou a ADI 5766, apesar de a Reforma Trabalhista já ter completado um ano de vida. O relator do processo, Ministro Roberto Barroso, proferiu seu voto no dia 10/05/2018, julgando parcialmente

procedente a ADI, decidindo, sobre honorários advocatícios, o seguinte: “A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (1) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (2) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias”. Como se vê, o Ministro Barroso não enxergou qualquer violação ao princípio da isonomia. Porém, após o voto, o Ministro Edson Fachin, o segundo a votar, julgou integralmente procedente a ADI. O julgamento foi suspenso depois disso, em face do pedido de vista antecipada dos autos por outros ministros.

Caso prevaleça o bom senso e a ADI 5766 alcance procedência total, à luz do voto do Ministro Edson Fachin, a redação do § 4º do art. 791-A da CLT passará a ser a seguinte: “Vencido o beneficiário da justiça gratuita, os honorários sucumbenciais ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade. Caso o prazo de dois anos flua, sem mudança no cenário de hipossuficiência, extinguir-se-á a execução quanto aos honorários”.

4.2. Mandato Tácito e Procuração *Apud Acta*

No início deste Capítulo externei o meu desgosto pelo desprezo dos juízes do trabalho ao § 3º do art. 791 da CLT, pois sempre me perguntam, nos cursos e palestras, se o advogado pode, sem procuração, ajuizar reclamação trabalhista em nome de um cliente.

A parte final do art. 104 do CPC responde, **parcialmente**, ao questionamento, quando diz que o advogado, sem procuração, poderá ajuizar ação com o escopo de evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

Independentemente da urgência ou não do ato, entendo que o advogado, no processo trabalhista, pode ajuizar reclamação sem procuração, por conta da previsão contida no § 3º do art. 791 da CLT (incluído pela Lei 12.437/2011), que permite a constituição de advogado mediante o registro em

ata de audiência.



Inaplicável, por conseguinte, ao processo trabalhista, por inexistência de lacuna em nossa legislação processual, o art. 287 do CPC – argúcia do art. 769 da CLT.

A procuração *apud acta* brota de um **mandato expresso**, porquanto o advogado, com anuência do cliente, requer **verbalmente** o registro do pacto (mandato) em ata de audiência, a qual passará, a partir dali, a corporificar uma procuração (a manifestação expressa tem duas espécies: manifestação por escrito e manifestação verbal).

Não se confunde com o “mandato tácito” (manifestação não expressa), reconhecido mediante os “atos praticados pelo advogado em nome do cliente”. A mera presença do advogado, acompanhando o cliente durante a audiência, já atrai a presunção da existência de um mandato (tácito). Estou falando da simples “transcrição” do nome da parte e do seu advogado no “cabeçalho” da ata de audiência.

O TST, bem antes da previsão legal da procuração *apud acta* (o § 3º do art. 791 da CLT foi incluído pela Lei 12.437/2011), já consagrava, mediante inúmeros precedentes, o mandato tácito:

OJ 286 da SDI-1. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. *MANDATO TÁCITO*. ATA DE AUDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO.

I – A juntada da *ata de audiência*, em que consignada a *presença do advogado*, desde que não estivesse atuando com mandato expresso, torna dispensável a procuração deste, porque demonstrada a existência de *mandato tácito*.

II – Configurada a existência de *mandato tácito* fica suprida a irregularidade detectada no mandato expresso.



Caso a reclamação seja arquivada por conta disso (ausência de procuração), o remédio específico para atacar a decisão é o recurso ordinário (cabível contra sentença **terminativa** ou **definitiva** – art. 895, I, da CLT).

SÚMULA 267 do STF. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

O mandato tácito e a procuração *apud acta* são dotados meramente da cláusula *ad judicium* (“poder geral para o foro”), inexistindo a possibilidade de inserção de poderes especiais, merecendo ser prestigiada a estrita redação do § 3º do art. 791 CLT.

A constituição de procurador com *poderes para o foro em geral* poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada. (sem grifos no original)

O substabelecimento de procuração *apud acta* é válido, por ausência de vedação legal. Não se admite, entretanto, substabelecimento de mandato tácito, nos termos da OJ 200 da SDI-1:

MANDATO TÁCITO. SUBSTABELECIMENTO INVÁLIDO. É inválido o substabelecimento de advogado investido de mandato tácito.

A citação é o ato processual que, prestigiando os princípios do contraditório e da ampla defesa, leva ao conhecimento do reclamado/réu o inteiro teor da pretensão, i.e., do que pretende o reclamante/autor na ação ajuizada, dando-lhe a oportunidade de apresentar defesa.

Trata-se de um ato de extrema relevância, considerado de ordem pública, já que o próprio juiz, *ex officio*, tem o dever de observar o seu regular processamento – inteligência do art. 337, I, e § 5º, do CPC.

A falta ou nulidade da citação pode ser arguida, inclusive, na fase de execução, **nos casos em que o processo correu à revelia** – aplicação analógica do art. 525, § 1º, I, do CPC.

Tratando-se de matéria de ordem pública, não haveria necessidade, na fase de execução, da garantia do juízo (requisito para a oposição de embargos à execução – art. 884 da CLT) para a arguição. Mas o nosso legislador perdeu uma excelente oportunidade de consagrar, agora no atual CPC, a exceção de pré-executividade como um instrumento processual legal. De qualquer sorte, não me furto a afirmar que o remédio cabível para, na fase de execução, apontar nulidade ou defeito da citação realizada na fase de conhecimento, continua sendo a “exceção de pré-executividade”, à luz de imbatíveis precedentes jurisprudenciais.

A exceção de pré-executividade, apesar de não prevista em lei, é amplamente admitida no processo laboral, estando, inclusive, em consonância com o atual CPC, que busca prestigiar, na tutela jurisdicional (art. 8º), os fins sociais, o bem comum e os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Nada mais razoável e eficiente do que a exceção

de pré-executividade, quando o objeto da impugnação for de ordem pública.

A inexistência ou nulidade de citação representa uma “falha” do Poder Judiciário, cabendo ao juiz, de ofício ou mediante provocação, em qualquer fase do processo, analisar a questão.

Sempre é bom trazer à baila o conteúdo do art. 794 da CLT: *“Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”*.

Prejuízo maior do que ser condenado, sem a oportunidade de se defender, é difícil imaginar!

O processo não pode ser um entrave à realização da justiça. Deve, sim, cumprir, modestamente, a sua função puramente instrumental. Humildade que deve compor o espírito do “cirurgião”, que é o magistrado.

A citação, no processo trabalhista, é realizada por via postal (art. 841, § 1º, da CLT).

A CLT fala em “notificação” (art. 841, § 1º, da CLT), herança de uma época em que a Justiça do Trabalho não integrava o Poder Judiciário. Posteriormente, quando da criação do rito sumaríssimo, no ano de 2000, a CLT se rendeu ao termo “citação”, tecnicamente mais correto (art. 852-B, II, da CLT).

Não há previsão na CLT para a citação por oficial de justiça, mas os juízes do trabalho, acertadamente, aplicam, neste aspecto, o CPC, antes de recorrerem à última alternativa, que é a citação por edital.

A citação por edital é uma “ficção jurídica”, pois o reclamado não toma conhecimento, de fato, da existência da reclamação. Sendo assim, esse tipo de ato apenas deve ser praticado quando o magistrado tiver esgotado todo o seu arsenal para localizar o réu. Exauridas todas as vias, o juiz constatará o fato de o reclamado se encontrar em “local incerto e não sabido”, determinando a citação editalícia.

A Súmula 16 do TST, *data maxima venia*, se interpretada literalmente, é capaz de soterrar princípios processuais básicos, fazendo ruir a pilastra de sustentação do templo sagrado do Poder Judiciário.

A sorumbática Súmula 16 do TST trabalha com a presunção *juris tantum* de recebimento da notificação (citação) pelo reclamado, decretando: “*presume-se recebida a notificação 48h depois de sua postagem*”.

Essa presunção deixa sobre os ombros do destinatário (reclamado) o ônus de provar “que não foi notificado”.

Exigir prova de um fato negativo é uma anomalia, desarrimando por completo o princípio da razoabilidade (presente, expressamente, no art. 8º do CPC).

A prova de um fato negativo é uma “prova diabólica”!

Sombreado de equidade, o magistrado, sem a comprovação da realização da citação, não deve dar prosseguimento ao feito. Não deve constatar a revelia. Deve suspender a audiência e renovar o ato citatório.

A revelia não é uma “punição” a ser infligida pelo magistrado. Requerer a “aplicação” da revelia é um erro do advogado. “Aplicar” a revelia é um desserviço que presta o magistrado a tantos alunos que ali estão, na sala de audiências, buscando conhecimento. A revelia nada mais é do que um mero fato processual. Não deriva do “poder do juiz”. Independentemente da “vontade” do julgador, a revelia simplesmente ocorre. O espírito da revelia está na ausência do *animus* de defesa.

A audiência só pode ser realizada se respeitado o prazo mínimo para a elaboração da defesa, que é de cinco dias (art. 841, *caput*, da CLT). Os prazos processuais, à luz do art. 775 da CLT, são contados **em dias úteis**, com a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia final. O reclamado tem direito a, no mínimo, cinco dias para elaborar a sua defesa.

Digamos que a citação seja realizada na sexta-feira. A contagem do prazo iniciar-se-á na segunda-feira (Súmula 01 do TST). A audiência não poderia se realizar na sexta-feira seguinte (5º dia), mas apenas a partir do 6º dia (no caso, a segunda-feira seguinte).

Se a audiência fosse realizada no 5º dia, prejudicando, de alguma forma, o reclamado, quanto ao exercício do seu direito de defesa, o ato seria nulo, nos termos do art. 794 da CLT.

Durante o curso da contagem dos cinco dias, a audiência não pode ocorrer, salvo se o reclamado comparecer e não pedir o adiamento, ofertando, espontaneamente, a sua defesa. Caso compareça e não apresente defesa, o juiz, de ofício ou a requerimento do réu, adiará a sessão, considerando como data da citação a própria data da audiência – inteligência do art. 239, § 1º, do CPC.

Muito importante observar que o art. 774 da CLT afasta a aplicação do art. 231, I e II, do CPC.

Vou explicar.

Os prazos, no processo trabalhista, têm início a partir da “realização da citação, notificação ou intimação” e não da “juntada do comprovante da realização do ato aos autos processuais”. Deste modo, o que vale é a data efetiva da realização e não a data da juntada.

Digamos que o reclamado assinou o AR (Aviso de Recebimento) na segunda-feira, o qual foi juntado aos autos na quarta-feira. O início do prazo para a elaboração da defesa ocorreu na segunda-feira e não na quarta-feira. A contagem, evidentemente, começa no dia útil imediatamente subsequente (terça-feira).

Se o reclamado for uma pessoa jurídica de direito público, o prazo mínimo para elaboração da defesa é de 20 dias (quádruplo), à luz do que prevê o inciso II do art. 1º do Decreto-Lei 779/1969, norma processual trabalhista específica, que afasta a possibilidade de incidência do art. 183 do CPC, que eliminou o prazo em quádruplo e padronizou o prazo em dobro para todos os atos.

O prazo também será de 20 dias (quádruplo) quando o reclamado for a Empresa de Correios e Telégrafos – ECT (Correios), por conta do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 c/c o inciso II do art. 1º do Decreto-Lei 779/1969.

A citação das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Autarquias, Fundações Públicas e Consórcios Públicos) e dos Correios será sempre pessoal (por oficial de justiça ou por meio eletrônico – art. 183, § 1º, do CPC e art. 12 do Decreto-Lei 509/1969).

Quanto ao art. 229 do CPC, o TST considera inaplicável ao processo trabalhista o prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos, por não guardar harmonia com o princípio da celeridade (art. 769 da CLT). O entendimento está consolidado na OJ 310 da SDI-1:

LITISCONSORTES. PROCURADORES DISTINTOS. PRAZO EM DOBRO. ART. 229, *CAPUT* E §§ 1º E 2º, DO CPC DE 2015. ART. 191 DO CPC DE 1973. INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, *DEJT* divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. Inaplicável ao processo do trabalho a norma contida no art. 229, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPC de 2015 (art. 191 do CPC de 1973), em razão de incompatibilidade com a celeridade que lhe é inerente.

O entendimento é mais um reflexo do *jus postulandi*, pois, visivelmente, encarna a “desnecessidade” da constituição de advogado (mera faculdade do empregado e do empregador). De qualquer sorte, o § 2º do art. 229 do CPC prevê a inaplicabilidade do prazo em dobro em caso de processo judicial eletrônico, disposição que torna cerebrina a celeuma.

Ignorar a imprescindibilidade do advogado é o mesmo que navegar à deriva, conduzindo a nau em direção ao precipício da incoerência, abismo capaz de emudecer a bela e afinada voz da lógica.

O art. 219 do CPC, que prevê a contagem dos prazos processuais apenas em dias úteis, ou seja, que suspende a contagem dos prazos nos feriados e finais de semana, **passou a ser aplicado ao processo trabalhista**, em face da

alteração da redação do art. 775 da CLT, fulminando, com isso, o art. 2º, III, da IN 39/2016 do TST. O advogado trabalhista, a partir do dia 11/11/2017, data da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, que alterou o citado art. 775 da CLT, passou a contar com a mesma prerrogativa já prevista no CPC. Exemplificando. Digamos que o advogado tenha sido intimado da sentença no dia 11/09/2017 (segunda-feira), começando, a contagem do prazo de oito dias para a interposição de recurso ordinário, no dia 12/09/2017 (terça-feira). Com a regra atual, em que só são computados os dias úteis, o referido advogado poderá interpor recurso ordinário até o dia 21/09/2017 (quinta-feira). Pela regra antiga, o prazo expiraria no dia 19/09/2017 (terça-feira).

Capítulo 6

AUSÊNCIA DAS PARTES À AUDIÊNCIA

O *caput* do art. 843 da CLT exige a presença de reclamante e reclamado à audiência, independentemente do comparecimento de seus representantes legais, ressalvando o caso de litisconsorte ativo, chamado pela CLT de “reclamação plúrima”, e de ação de cumprimento, demandas em que os empregados podem fazer-se substituir pelo sindicato.

Essa regra ganhou uma nova ressalva, prevista no § 5º do art. 844 da CLT, dispondo que, mesmo ausente o reclamado, se o seu advogado estiver presente à audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados/juntados, fulminando aquela previsão da Súmula 122 do TST, que dizia que a presença do patrono era incapaz de elidir a revelia. Importante pontuar que, para o TST, o § 5º do art. 844 da CLT só se aplica aos processos iniciados a partir de 11/11/2017 (*caput* do art. 12 da IN 41/2018 do TST). Voltaremos a esse assunto mais adiante.

O § 1º do art. 843 da CLT permite que o empregador seja substituído em audiência pelo gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento dos fatos. O novo § 3º do art. 843 da CLT, por sua vez, assevera que **o preposto não precisa ser empregado da parte reclamada**, soterrando, em boa hora, a famigerada Súmula 377 do TST, já tão criticada por mim nas edições anteriores desta obra. Observem que, nos termos do art. 14 do CPC, o § 3º do art. 843 da CLT será aplicado **às audiências realizadas a partir de 11/11/2017**, início de sua vigência, independentemente da data do ajuizamento da ação (o § 1º do art. 12 da IN 41/2018 do TST ratificou o meu entendimento, sedimentado já na edição anterior desta obra). Sendo assim, ainda é possível ao advogado do reclamante suscitar a incidência da Súmula 377 do TST para as audiências pretéritas (realizadas antes de 11/11/2017). Neste sentido, o § 1º do art. 12 da IN 41/2018 do TST.

O § 2º do art. 843 da CLT, inspirado no *jus postulandi*, e, por conta disso, desprezando o advogado, reza que o empregado, por motivo imperioso (força maior), poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão ou pelo sindicato.

Vamos estudar, a partir de agora, tudo isso.

6.1. Ausência do Reclamante à Audiência – Arquivamento da Reclamação

Em caso de não comparecimento do reclamante à audiência (audiência única e “audiência inicial”), a reclamação será “arquivada”, como prevê o art. 844 da CLT.

O “arquivamento” da reclamação é uma decisão judicial, com natureza de **sentença terminativa**, i.e., o juiz estará, naquele momento, proferindo “sentença sem resolução do mérito”, nos termos dos arts. 337 e 485 do CPC. Contra sentença terminativa do feito (no caso, “arquivamento da reclamação”), cabe recurso ordinário, como prevê o art. 895, I, da CLT.

Importante destacar que o arquivamento, pelo não comparecimento do reclamante à audiência, à luz do novo § 2º do art. 844 da CLT, não isenta automaticamente o autor do recolhimento das custas, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, condicionando a dispensa à “comprovação de motivo legalmente justificável” de sua ausência. Considero a norma inconstitucional, conforme argumentos lançados ao final deste tópico.

A previsão contida no art. 843, § 2º, da CLT continua efetiva, sendo necessário destacar que a sua redação foi construída sob os pilares do *jus postulandi*.

Atualmente, caso o empregado esteja impossibilitado de comparecer à audiência, seja por motivo de doença, seja por outro motivo relevante, não há mais a necessidade de enviar, no seu lugar, “*outro empregado que pertença à mesma profissão*” ou o “*sindicato*”, sendo suficiente a presença do seu advogado, o qual, munido ou não de comprovação, levará o fato ao conhecimento do juiz, requerendo o adiamento da sessão e, se for o caso, a concessão de prazo para juntar o atestado médico ou quaisquer outros

documentos capazes de alicerçar o ocorrido. O mesmo se diga quando o reclamante for o empregador.

Imperioso adaptar a velha redação do § 2º do art. 843 da CLT aos dias atuais. Esse papel cabe ao intérprete do direito, que somos todos nós. Infelizmente ainda sobrevive na mente de muitos juízes, a contaminada lembrança do *jus postulandi*, fazendo com que o advogado se torne invisível. Pensar que a presença de um “colega” de trabalho tem mais valor do que a presença do “advogado” é inaceitável, *data maxima venia*.

A audiência é um ato processual, e, como tal, pode ser alvo de adiamento, em caso de força maior, como define o inciso II do § 1º do art. 775 da CLT, e também com base no inciso I do § 1º do art. 775 da CLT, que permite ao juiz a prorrogação do prazo “quando entender necessário”, oportunidade em que deverá ser exposta a fundamentação (art. 93, IX, da CF e art. 11 do CPC). O prazo da audiência é um típico prazo judicial (aquele fixado livremente pelo magistrado), logo, não é peremptório, mas dilatório por sua natureza.

O § 1º do art. 844 da CLT prevê também a possibilidade de suspensão da audiência em caso de “motivo relevante”.

Sempre é bom lembrar que qualquer ato judicial que venha a provocar manifesto prejuízo a uma das partes será nulo, à luz do art. 794 da CLT, daí a necessidade de justo motivo e de clara fundamentação para o adiamento ou a suspensão da audiência.

A audiência também pode ser adiada por convenção das partes e/ou dos seus advogados – inciso I do art. 362 do CPC.

O advogado tem que saber que força maior é aquele acontecimento imprevisível, inesperado, surpreendente, excepcional (o inciso II do art. 362 do CPC fala em “motivo justificado”).

Há profissionais que entram na sala de audiência, depois do pregão, já com a sessão no seu horário, dizendo ao juiz que o reclamante está atrasado, mas que ligou e que em alguns minutos chegará etc. Isso não é para ser dito ao juiz, pois ele nada pode fazer, já que não se trata de um motivo de força maior (“justo motivo”). O advogado deve, nesse tipo de situação, conversar com o advogado da parte contrária, exatamente para saber dele se há ou não a

possibilidade de tolerância ou até de adiamento (inciso I do art. 362 do CPC). Segundo o TST não há como o juiz tolerar o atraso (OJ 245 da SDI-1).

Diferente é o caso de o cliente ligar e dizer ao advogado que foi atropelado e que está na emergência, ou que o seu filho está doente e por este motivo teve que acompanhá-lo ao médico/hospital, ou que está ocorrendo um protesto que interditou a estrada de acesso à Vara do Trabalho etc. Nesses casos, facilmente se nota a presença do “justo motivo”, do “justo impedimento”, da “imprevisibilidade”, ou seja, da força maior. Diante da relevante informação, o advogado leva ao conhecimento do juiz a ocorrência, que deve ser consignada em ata, com a concessão, inclusive, de prazo para a comprovação do fato. O advogado não deve dizer que “o fato correu”, mas que “recebeu uma ligação telefônica ou uma mensagem do seu cliente dizendo que o fato ocorreu”. O advogado atuará como mero informante do juiz. Se futuramente o magistrado comprovar que o fato não ocorreu, a mentira pesará sobre os ombros da parte e não do seu advogado.

Caso o juiz não adie a audiência, nem conceda prazo para a comprovação do justo motivo, a reclamação será arquivada, podendo o advogado interpor, no prazo de oito dias, recurso ordinário, juntando ao recurso os documentos capazes de comprovar o fato (força maior), como prevê a Súmula 08 do TST.

A nova redação do art. 775 da CLT merece esclarecimentos.

O § 1º do art. 775 da CLT, no seu inciso II, manteve a natural previsão de que os prazos podem (devem) ser prorrogados em virtude de força maior, devidamente comprovada. Na ausência de prova, no momento do requerimento de prorrogação, como, por exemplo, no dia de uma audiência (vide § 1º do art. 844 da CLT), o juiz concederá prazo razoável para que o advogado requerente produza as provas necessárias (presunção de boa-fé).

No inciso I do referido § 1º, entretanto, o legislador demonstrou, *data maxima venia*, toda a sua imprecisão, fazendo constar a seguinte pérola: “quando o juízo entender necessário”.

Interpretando o inciso I do § 1º do art. 775 da CLT, cheguei à conclusão de que ele é **inaplicável aos prazos de natureza legal**, que são aqueles fixados em lei, como, por exemplo, os prazos recursais. Assim sendo, **o juízo**

só poderá prorrogar, “quando entender necessário”, os prazos judiciais, que são aqueles livremente fixados pelo próprio juízo, como, por exemplo, o prazo de uma audiência; os prazos para impugnação de documentos, de laudos periciais etc., devendo sempre fundamentar a sua decisão, nos termos do inciso IX do art. 93 da CF e do art. 11 do CPC, e cuidando para que a prorrogação/adiamento não provoque manifesto prejuízo a uma das partes (art. 794 da CLT).

Concluindo: O inciso I do § 1º do art. 775 da CLT é aplicável apenas aos prazos judiciais, enquanto o inciso II do § 1º do art. 775 da CLT é aplicável a qualquer tipo de prazo processual.

Quanto ao § 2º do art. 775 da CLT, nada mais é do que uma extensão do art. 765 da CLT e do art. 370 do CPC, podendo o juiz alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, sempre buscando conferir maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional (já defendia isso nas edições anteriores deste *Manual*, citando a possibilidade de alteração na ordem da oitiva das partes e das testemunhas, prestigiando a lógica que deriva da distribuição do ônus da prova).

A Lei 13.467/2017 incluiu os §§ 2º e 3º ao art. 844 da CLT, passando a exigir do reclamante, para fins de isenção de custas, **mesmo sendo ele beneficiário da justiça gratuita**, a comprovação, no prazo de 15 dias, do motivo legalmente justificável para a sua ausência à audiência, condicionando, no caso de inexistência de comprovação, o ajuizamento de uma nova reclamação à comprovação do recolhimento das custas daquela que foi arquivada.

O § 2º do art. 844 da CLT é inconstitucional, por violação ao *caput* do art. 5º da CF, por violação ao inciso III do art. 1º da CF, por violação ao inciso XXXV do art. 5º da CF e por violação ao inciso LXXIV do art. 5º da CF.

Na já comentada ADI 5766, proposta pela PGR, foi requerida a declaração da inconstitucionalidade da norma em análise, sendo certo que o placar, no dia 10/05/2018, estava empatado (1 x 1), tendo o Ministro Roberto Barroso, relator da ação, considerado legítima a cobrança de custas judiciais,

em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e o Ministro Edson Fachin, segundo a votar, considerado ilegítima a cobrança, acolhendo, *in totum*, a pretensão de inconstitucionalidade.

A sua inconstitucionalidade reside exatamente na violação ao *caput* do art. 5º da CF, que consagra o princípio da isonomia (todos são iguais perante a lei). Ora, se o CPC, no seu art. 98, **não condiciona** a isenção do recolhimento de custas, **pelo beneficiário da justiça gratuita**, a qualquer comprovação, a CLT, ao fazê-lo, age de forma discriminatória, movida por sórdida finalidade – atemorizar o trabalhador. A exigência de comprovação do “*motivo legalmente justificável*” para o não comparecimento à audiência, além de violar o princípio da isonomia, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da CF (apontado pela ADI da PGR). Dois outros princípios são também afrontados: o da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º da CF) e o da concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem (inciso LXXIV do art. 5º da CF).

O sempre visionário TRT da 3ª Região publicou no dia 20/09/2018 a Súmula 72, ratificando a nossa tese, que já tinha sido exposta na edição anterior deste *Manual*. Eis a transcrição do precedente regional:

SÚMULA 72 DO TRT DA 3ª REGIÃO. ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. PAGAMENTO DE CUSTAS. BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA. §§ 2º e 3º DO ART. 844 DA CLT (LEI 13.467/2017). São inconstitucionais a expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, constante do § 2º, e a íntegra do § 3º, ambos dispositivos do art. 844 da CLT, na redação dada pela LEI 13.467/2017, por violação direta e frontal aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput, da CR), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR) e da concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem (art. 5º, LXXIV, da CR).

6.2. Perempção Trabalhista

O **duplo arquivamento consecutivo**, em face da **ausência do reclamante à audiência**, provoca a incidência da “perempção trabalhista” (ou “perempção temporária”), prevista nos arts. 731 e 732 da CLT. Trata-se de verdadeira sanção aplicada sobre o reclamante, o qual não poderá ajuizar, pelo **prazo seis meses**, reclamação trabalhista em face do mesmo reclamado (interpretação restritiva de norma punitiva).

Durante o lapso da perempção não há suspensão do fluxo prescricional, do contrário a sanção se esvaziaria.

A “perempção trabalhista”, também chamada de “perempção temporária”, tem três fatos geradores cumulativos: (a) dois arquivamentos (b) consecutivos (c) pelo não comparecimento do reclamante à audiência.



A ausência de um dos fatos geradores afasta a aplicação da “perempção trabalhista”.

É sempre aconselhável que o advogado do reclamante providencie procuração com poderes especiais (principalmente o poder de desistir da ação) – art. 105 do CPC. A relevância da existência de poderes especiais na procuração aumentou recentemente com o cancelamento da OJ 331 da SDI-1, em julho de 2016, que permitia ao advogado, sem o referido poder específico para tal, declarar a hipossuficiência do seu cliente e requerer na própria petição a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Essa “permissão” findou e a declaração de pobreza feita pelo advogado só terá eficácia se constar, do instrumento de mandato, o referido poder especial (art. 105 do CPC).

Digamos que o reclamante não compareça à audiência. O advogado, mediante poderes especiais constantes da procuração, poderá desistir da ação, **desde que o reclamado ainda não tenha juntado contestação aos autos ou a tenha juntado em sigilo**. Se a contestação já constar dos autos, sem sigilo, a desistência se transforma em “pedido de desistência”, já que estará condicionada à concordância do reclamado, nos termos do novo § 3º do art.

841 da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017.

O arquivamento decorrente da desistência da ação não se confunde com aquele capaz de gerar a “perempção trabalhista” (arquivamento pela ausência do reclamante à audiência).

A desistência da ação não é fruto de uma “decisão judicial”, mas de um ato que traduz a livre disposição da vontade do reclamante, no caso de o reclamado ainda não ter ofertado contestação nos autos do PJE, ou a livre disposição do réu, no caso de ele concordar com o requerimento de desistência feito pelo advogado do autor, quando já existir contestação sem sigilo nos autos do PJE. Neste sentido o art. 485, § 4º, do CPC, o qual consagra **o direito** de o autor desistir da ação unilateralmente, desde que o faça antes da apresentação da contestação. Caberá ao juiz, verificando que não há vício de consentimento, apenas **homologar o ato** (inciso VIII do art. 485 do CPC).

A defesa, no processo trabalhista, é apresentada em audiência, depois da tentativa de conciliação. A previsão está no art. 847 da CLT. A Lei 13.467/2017, responsável pela Reforma Trabalhista, alterou consideravelmente esse ato processual, acrescentando, ao art. 847 da CLT, o parágrafo único, que dispõe que o réu poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico (PJE) até a audiência, e inserindo, no art. 841 da CLT, o § 3º, o qual diz que uma vez oferecida contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Significa dizer que a faculdade de o reclamado ofertar defesa oralmente em audiência continua válida. Porém, caso a contestação seja apresentada no PJE, sem sigilo, estará, a partir dali, instalada a *litiscontestatio*, que estabiliza o processo. Com isso: (1) a desistência da ação não mais poderá ser feita unilateralmente pelo reclamante, condicionando-se à anuência do réu – § 3º do art. 841 da CLT; (2) o reclamante não mais poderá aditar a petição inicial; (3) o reclamado não poderá complementar ou aditar a contestação, salvo no caso de fato novo ou de matéria de ordem pública (aquelas que competem ao juiz conhecer de ofício ou que podem ser arguidas a qualquer tempo) – art. 342 do CPC.

A juntada de contestação EM SIGILO revela a intenção do reclamado de apenas “apresentar a sua defesa em audiência”, quando, então, o juiz retirará o sigilo da peça.

Assim sendo, a juntada de contestação EM SIGILO não é capaz de instalar a *litiscontestatio*, não ocorrendo, com isso, a estabilização do processo.

O momento da instalação da *litiscontestatio* passou a ser uma escolha do advogado do reclamado. Deixando para apresentar contestação apenas na audiência, seja oralmente, seja mediante a juntada da peça em sigilo, o advogado do réu estará proporcionando ao advogado da parte contrária a possibilidade de aditamento à inicial ou de desistência unilateral da ação, total ou parcialmente. Caso apresente contestação antes da audiência, sem sigilo, o advogado do reclamado impedirá futuro aditamento da petição inicial e condicionará qualquer desistência à sua anuência.

Mas fica um alerta.

Apresentada a contestação, sem sigilo, nos autos do PJE, consumir-se-á, naquele momento, o ato contestatório, ou seja, o advogado do réu ficará impedido de “complementar” a contestação posteriormente. Em outras palavras: com a juntada da contestação, sem sigilo, nos autos do PJE, operar-se-á a **preclusão consumativa do ato** – art. 342 do CPC.

Pois bem.

A perempção trabalhista impede o reclamante de ajuizar reclamação, pelo prazo de seis meses, em desfavor do **mesmo reclamado**. A interpretação restritiva se justifica pela natureza punitiva e excepcional da perempção.

A perempção prevista no Código de Processo Civil (art. 486, § 3º, do CPC/2015) não se aplica ao processo laboral.

6.3. Ausência do Reclamado à Audiência – Revelia e Confissão Ficta

O reclamado, ao não comparecer à audiência, torna-se revel e confesso quanto à matéria de fato. A lógica, inicialmente, protege a redação do *caput*

do art. 844 da CLT, porque a defesa pode ser apresentada durante a audiência (*caput* do art. 847 da CLT).



No processo trabalhista, antes da Reforma (Lei 13.467/2017), a contumácia gerava a revelia, exatamente pelo fato de a defesa ser ofertada em audiência. Não era levado em conta o fato de a contestação já ter sido juntada aos autos do PJE. Isso era irrelevante. Não é mais!

O § 5º do art. 844 da CLT soterrou parte da Súmula 122 do TST, dispondo que a presença do advogado do réu, mesmo diante da ausência do seu cliente, tem sim relevância, pois serão aceitos a contestação e todos os documentos juntados aos autos ou apresentados pelo advogado naquele momento. Ora, se a defesa será aceita, a ausência do réu à audiência, por si só, não mais conduz à constatação da revelia, que se caracteriza exatamente pela ausência de defesa (falta do *animus* de se defender).

Vale dizer, inclusive, que o advogado do reclamado, mesmo diante da ausência do seu cliente, poderá ofertar defesa oral na audiência, no prazo de até 20 minutos, como prevê o *caput* do art. 847 da CLT, possuindo ou não procuração, nos termos do art. 76, II, do CPC. Inexistindo procuração, o juiz, depois de ofertada a contestação oral, fixará prazo razoável para a sua juntada (observem que, no caso, não será possível a consignação em ata da procuração *apud acta*, exatamente pela ausência da parte, cuja presença é imprescindível para o nascimento do referido instrumento – § 3º do art. 791 da CLT).

A diferença entre contumácia e revelia finalmente ganhou prestígio no processo trabalhista.

Contumácia é a ausência do reclamado à audiência. Revelia é a ausência de defesa, já que o ato de se defender não é uma obrigação, mas um ônus do réu, que não é obrigado a impugnar os fatos narrados pelo autor, porém, não o fazendo, arcará com os drásticos efeitos da sua renúncia. Revelia, portanto, nada mais é do que uma espécie de preclusão temporal – “perda da

oportunidade de praticar um ato processual pelo decurso do tempo”.

Logo, como já dizíamos nas edições anteriores desta obra, a revelia pode ocorrer sem a “contumácia”. Basta que o reclamado compareça à audiência e não apresente defesa. **Conclusão:** a revelia não decorre necessariamente da contumácia.

De outra banda, a contumácia não mais provoca obrigatoriamente a revelia, à luz do já comentado § 5º do art. 844 da CLT.

Vale pontuar que, infelizmente, o TST, no *caput* do art. 12 da IN 41/2018, em descompasso com o art. 14 do CPC, dispôs que o § 5º do art. 844 da CLT só será aplicado “às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017”, como se a audiência não fosse um ato processual independente e o processo não fosse um instrumento constituído exatamente da sucessividade de atos processuais. Fica registrada a minha lamentação.

Pois bem.

Da mesma forma que o reclamante pode justificar o não comparecimento, o reclamado também poderá fazê-lo, inclusive mediante o seu advogado. O TST, no entanto, faz uma exigência para a validade do atestado médico apresentado pelo reclamado: “*deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção do empregador ou do seu preposto no dia da audiência*” (vide Súmula 122 TST). Particularmente, não aplico, na qualidade de juiz do trabalho, essa previsão.

Entendo que o atestado médico, por si só, já basta, tanto para elidir a revelia, quanto para evitar o arquivamento da reclamação, mostrando-se desproporcional, exagerada e ilegal a exigência contida na Súmula 122 do TST (inciso II do art. 362 do CPC e inciso II do art. 5º da CF). Essa minha posição já constava das edições anteriores deste *Manual*. Agora, com a Reforma Trabalhista, a tese saiu fortalecida, ante a impactante previsão do § 2º do art. 8º da CLT, que veda a atuação dos tribunais como legisladores, proibindo-os de restringir direitos legalmente previstos e de criar obrigações que não estejam previstas em lei. O preciosismo quanto ao atestado médico, contido na Súmula 122 do TST, não encontra amparo legal, restando, por conseguinte, soterrado pelo § 2º do art. 8º da CLT.

Entretanto, caso o magistrado entenda aplicável tal exigência, contida na Súmula 122 do TST, deverá estendê-la também ao reclamante. Injustificável seria, neste aspecto, o tratamento diferenciado às partes. Diferenciar sem razoabilidade é sinônimo de discriminação. O fato de a Súmula 122 do TST falar apenas no reclamado não deixa de ser um claro reflexo da “parcialidade” que muitas vezes exala da Justiça do Trabalho. Estou imprimindo aqui um tom crítico, já que o órgão jurisdicional tem que atuar de forma imparcial, em respeito ao princípio do juiz natural (competente + imparcial).

O tratamento isonômico às partes é crucial para a imparcialidade do julgador, preservando, em sua soberania, o princípio do juiz natural.

Recebido o atestado médico, o juiz deve conceder prazo para a parte contrária se manifestar sobre o documento. Arguida a falsidade documental, o juiz suspenderá o processo e aplicará o disposto nos arts. 430 a 433 do CPC.

Critiquei com veemência a Súmula 122 do TST, por não concordar com a exigência de atestado médico que declare expressamente a impossibilidade de locomoção da parte (a Súmula fala apenas do reclamado). Porém, ela existe e ainda possui plena eficácia e efetividade, podendo (devendo) ser usada pelo advogado do reclamante sem culpa, quando da impugnação ao atestado.

A Súmula 122 do TST, quanto à previsão de ser “irrelevante” a presença do advogado do reclamado, diante da sua ausência à audiência, perdeu completamente a sua eficácia, diante do novo § 5º do art. 844 da CLT, já comentado.

A presença do advogado do **reclamado**, diante da ausência do seu cliente, afastará a **revelia**, desde que o patrono tenha apresentado ou apresente contestação. O juiz deverá “receber” a defesa, assim como todos os documentos. Tudo isso está no § 5º do art. 844 da CLT.

A ausência do reclamado à audiência, por conseguinte, não mais impede que a contestação e os documentos sejam recebidos ou mantidos nos autos, basta, para tanto, que o seu advogado esteja presente ao ato. Tecnicamente, não haverá revelia, pois esta se caracteriza pela ausência de defesa (ausência do *animus* de se defender). Precisamos, neste ponto do nosso estudo, fazer um alerta ao advogado de defesa.

O profissional não deve concluir que o § 5º do art. 844 da CLT isenta o seu cliente do comparecimento à audiência. Não é isso. A norma simplesmente diz que a contumácia não impede o advogado de apresentar defesa e juntar documentos, mas não afasta a possibilidade de o réu ser considerado **confesso quanto aos fatos**. Expliquemos.

O reclamado foi citado e na citação consta a advertência de que o seu não comparecimento à audiência importará na aplicação da pena de ficta confissão fática, nos termos do § 1º do art. 385 do CPC (também prevista no item I da Súmula 74 do TST). Significa dizer que o juiz o está advertindo da referida cominação, exigindo, com isso, a sua presença à sessão, na qual “poderá” ser interrogado. Aquele que não comparecer à audiência, na qual poderia prestar depoimento pessoal, será considerado confesso quanto aos fatos narrados pela parte adversa, “desde que tenha sido expressamente advertido da cominação”. **Conclusão:** O reclamado, devidamente advertido na citação, não compareceu à audiência, mas o seu advogado se fez presente, já tendo ofertado defesa e juntado documentos, sendo certo que, nos termos do § 5º do art. 844 da CLT, o juiz deixará nos autos a contestação e toda a documentação, fato que elidirá a revelia, mas não afastará a aplicação da pena de confissão ficta quanto aos fatos, por conta da previsão contida no § 1º do art. 385 do CPC.

Mas existe um meio que pode ser usado pelo advogado para evitar a confissão ficta do reclamado. Estou falando de ele requerer ao juiz a possibilidade de atuar, naquela audiência, como advogado e preposto, simultaneamente. E pode? Sim, pode! A possibilidade de cumulação pode ser encontrada no item 6.5.1, desta obra (último item do presente Capítulo).

Pois bem.

A depender do objeto do processo, a mera apresentação da defesa e dos documentos, e, conseqüentemente, a elisão da revelia, pode não ser suficiente para evitar que o juiz julgue totalmente procedente a pretensão autoral, encerrando, inclusive, antecipadamente, a instrução, caso entenda que a ficta confissão do réu já é o suficiente para a sua plena persuasão – itens II e III da Súmula 74 do TST.

De outra banda, a confissão ficta do réu, por si só, assegurará a vitória ao reclamante?

Claro que não!

Em primeiro lugar, sempre é bom destacar que a confissão abarca apenas a matéria fática. Logo, a matéria de direito não é contaminada, reinando, neste aspecto, soberano, o adágio “*iura novit curia*” (o juiz conhece o direito). Conhecendo o direito, o juiz, independentemente da revelia e da confissão, aplicá-lo-á. Vamos exemplificar.

Digamos que o reclamante tenha ajuizado reclamação trabalhista pleiteando a condenação do reclamado em diferenças do FGTS, visto que, segundo ele, o seu empregador realizou o recolhimento fundiário com base na alíquota de apenas 2%, em vez de 8%. O reclamado e o seu advogado não compareceram à audiência, tornando-se, o réu, revel e confesso quanto à matéria fática. O magistrado, lendo a petição inicial, verificou que as partes mantiveram **contrato de aprendizagem**. Diante disso, o juiz vai julgar improcedente o pedido, porquanto o FGTS, no caso de contrato de aprendizagem, é recolhido à razão de 2% (art. 15, § 7º, da Lei 8.036/1990). Mesmo revel, o reclamado não será condenado!

Isso também ocorre com as questões de ordem pública, muitas delas previstas no art. 337 do CPC.

A pretensão de pagamento de adicional de insalubridade ou de adicional de periculosidade, em regra, também é imune aos efeitos da revelia, pois, *a priori*, a produção de prova técnica é imprescindível (art. 195, § 2º, CLT). Ratifica a conclusão a previsão contida na parte final do art. 375 do CPC. Temos exceções interessantes que surgiram com a alteração do art. 193 da CLT, fruto da Lei 12.740/2012. Foram criadas duas novas modalidades de atividades perigosas: segurança pessoal ou patrimonial e trabalho em motocicleta. A revelia e/ou a ficta confissão, quando a controvérsia envolver a realização ou não desse tipo de atividade, serão capazes de solucionar a lide, sem a necessidade de prova técnica.

A decadência deve ser aplicada de ofício pelo juiz do trabalho, diferente da prescrição contra pretensão trabalhista de empregado. Diante da revelia,

caso o magistrado verifique a existência de suporte fático para a incidência da decadência, o processo será extinto com resolução meritória (inciso II do art. 487 do CPC/2015). Exemplo interessante diz respeito ao prazo decadencial para ajuizamento de Inquérito Judicial Para Apuração de Falta Grave (art. 853 da CLT e Súmula 403 do STF). Em relação à prescrição é diferente, pois o juiz, quando a lide envolver pretensão trabalhista de empregado, deverá ignorar os prazos prescricionais quando não existir requerimento do réu para a sua aplicação. O TST, no parágrafo único do art. 7º da IN 39/2016, deixou bem claro o seu entendimento, diferenciando prescrição e decadência, consagrando que apenas quanto a esta última é que o juiz do trabalho poderá aplicar § 1º do art. 332 do CPC e julgar liminarmente improcedente o pedido.

Em segundo lugar, o juiz poderá não encerrar a instrução, mesmo constatando a revelia ou aplicando a ficta confissão, quando não tiver alcançado a sua plena persuasão (convencimento), nos termos do art. 765 da CLT e do art. 852-D da CLT. A instrução, portanto, só será finalizada a partir do momento em que o destinatário das provas (magistrado) estiver pronto para proferir o seu julgamento.

O convencimento pode nascer da revelia e/ou da ficta confissão, quando, então, o juiz estará pronto para sentenciar. Caso contrário, mesmo revel e/ou confesso o reclamado, o juiz prosseguirá com a audiência, podendo, inclusive, colher o depoimento pessoal do reclamante, intimar testemunhas referidas, determinar a realização de diligências etc.

Eis o brilho do princípio da livre persuasão racional do magistrado, tão bem exposto nos arts. 765 da CLT, 852-D da CLT, 370 e 371 do CPC (130 e 131 CPC de 1973).

A antiga OJ 184 da SDI-1, integrada, no ano de 2005, à Súmula 74 do TST (ela se encontra no item II da Súmula), retrata, com rara felicidade, o tema ora debatido:

Item II da Súmula 74 do TST (ex-OJ 184 da SDI-1): A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 – art. 400, I, do CPC/1973), não implicando cerceamento de defesa o

indeferimento de provas posteriores.

O juiz, portanto, é livre para apreciar tudo aquilo que habita os autos e, também, para indeferir a produção de outras provas, mediante decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF e parágrafo único do art. 370 do CPC).

No ano de 2011, o TST voltou a modificar na Súmula 74, inserindo o elogiável item III:

A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

O fato de a Súmula 74 do TST ter sido publicada para preencher a lacuna da **fragmentação da audiência**, cuidando, especificamente, do efeito da ausência do reclamante ou do reclamado à “*audiência de instrução*”, não enfraquece a extensão do seu conteúdo à análise da revelia e da ficta confissão (na primeira audiência), principalmente pelo fato de a CLT tratar as audiências, independentemente do rito processual, como atos contínuos.

O juiz tem o poder/dever de conduzir o processo até o seu fim. Esse fim tem nome: “persuasão do magistrado”.

Em terceiro lugar, a Lei 13.467/2017 inseriu na CLT o § 4º ao art. 844, que nada mais é do que a mera cópia do art. 345 do CPC. Sendo assim, a revelia não resultará em confissão ficta quanto aos fatos, quando, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação e essa contestação aproveitar o revel. Também não haverá confissão ficta do revel se o litígio versar sobre direitos indisponíveis, ou se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do fato, ou quando as alegações do reclamante, na petição inicial, forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Durante um Curso de Audiência e Prática Trabalhista, determinado aluno, advogado militante, relatou que, feito o pregão, em demanda que tramitava no PJE, ele e o seu cliente (reclamante) entraram na sala de audiência e tomaram assento à mesa. Diante da ausência do reclamado e do seu advogado, o juiz fez um novo pregão, sem sucesso. Nos autos do processo (PJE) constava a realização de regular citação. De repente, o sistema parou (“saiu do ar”;

“caiu”), sem que constasse, da ata de audiência, a ausência do reclamado. O juiz, dirigindo-se ao meu aluno (advogado do reclamante), disse: “*Doutor, como o sistema parou e, segundo a secretaria, não há previsão de retorno, terei que suspender a sessão, remarcando-a*”. O advogado do reclamante (aluno) disse: “*Excelência, data venia, como fica a revelia?*”. O magistrado explicou que não poderia considerar o reclamado revel, pois o sistema tinha “caído”, e, com isso, seria impossível realizar a audiência. Meu aluno (advogado do reclamante) silenciou. Sua mudez, naquela oportunidade, serviu como chancela à aberração! Seu silêncio exalou anuência ao absurdo!

Eis um típico caso do que costumo chamar de “ditadura do sistema”, fato que revela, sem qualquer pudor, as distorções que estão se tornando corriqueiras no serviço público. O computador e os programas usados pelo Judiciário são instrumentos facilitadores, acessórios, secundários. Não podem assumir as rédeas da condução do processo. Cabe ao juiz essa missão.

O PJE, *data maxima venia*, não tem o condão de tornar inócua a previsão contida no art. 771 da CLT, *verbis*:

Os atos e termos processuais poderão ser escritos a tinta, datilografados ou a carimbo.

O magistrado presenciou a contumácia (ausência do reclamado à audiência), vislumbrando, nos autos, a realização da citação. Deveria ter constatado a revelia, ante a ausência de advogado do réu, e, se fosse o caso, encerrado a instrução, marcando data para a prolação da sentença. Poderia, para tanto, usar uma folha de papel e uma caneta! Poderia usar, caso o computador estivesse funcionando, o Word! O que não poderia ter feito, mas infelizmente fez, era se render ao “sistema”, como se o fato (ausência do reclamado à audiência) simplesmente não tivesse ocorrido. Mas o advogado (aluno) não insistiu. Foi conivente! Não exigiu uma certidão do ocorrido. Nada fez. Ele também não ousou desafiar o “sistema”, rendendo-se à irreflexão.

6.3.1. *Revelia da Pessoa Jurídica de Direito Público*

Comum encontrar doutrinadores defendendo a inaplicabilidade da revelia

e da confissão ficta às pessoas jurídicas de direito público, sob o argumento de que a matéria discutida envolve direito indisponível (inciso II do art. 844 da CLT e inciso II do art. 345 do CPC). No mundo abstrato do “dever ser”, essa posição pode até parecer coerente. Mas como fica a situação no mundo real?

Lá está o juiz do trabalho, depois do terceiro ou quarto pregão, aguardando, pacientemente, a chegada do procurador público, quer municipal, quer estadual, quer federal, e nada. O que fará o juiz?

Adiará a audiência sob o argumento de que não pode constatar a revelia do órgão público? E se, na audiência seguinte, o procurador novamente não comparecer? O juiz voltará a adiar a sessão?

Ficará o Poder Judiciário à disposição da boa vontade da pessoa de direito público?

Tornar-se-á o magistrado refém do advogado público?

Para o TST, o juiz deve sim constatar a revelia, como consta da OJ 152 da SDI-1:

REVELIA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICÁVEL. (ART. 844 DA CLT). Pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia prevista no artigo 844 da CLT.

Eis algumas decisões, também do TST, sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. CONFISSÃO FICTA. APLICAÇÃO A ENTE PÚBLICO. Esta Corte tem o entendimento, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 152 da SBI-1, de que a revelia é aplicável à pessoa jurídica de direito público. 2. (omissis). 3. (omissis). (TST, AIRR: 449-57.2010.5.15.0068, Rel. Valdir Florindo, 2ª Turma, DEJT 30/08/2013).

REVELIA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICÁVEL. A iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que a revelia é aplicável às pessoas jurídicas de direito público. Incidência do Enunciado nº 333/TST. Recurso de Revista não conhecido. (TST, RR: 500128-73.1998.5.20.5555, Relator:

Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, *DJ* 29/06/2001).

E onde fica a indisponibilidade do direito das pessoas jurídicas de direito público?

Importante lembrar, *ab initio*, que a revelia gera a confissão quanto à matéria de fato, não atingindo a matéria de direito. Em segundo plano, sempre é bom destacar a previsão contida na parte final do art. 37, § 6º, da CF, concernente ao direito de regresso das pessoas jurídicas de direito público contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa. Uma vez constatada a revelia e a confissão ficta em face de uma pessoa jurídica de direito público, caber-lhe-á a responsabilidade objetiva do fato, sem prejuízo, porém, da responsabilidade subjetiva do procurador a quem cabia comparecer à audiência.

6.4. Súmula 122 do TST – Cancelamento Tácito

Estudamos, no item anterior, que a Súmula 122 do TST sucumbiu com a entrada em vigor, no dia 11/11/2017, da Lei 13.467/2017, seja pela previsão contida no novo § 5º do art. 844 da CLT, seja pela contundente previsão do § 2º do art. 8º da CLT.

Pensei, por conta disso, em excluir todo este item 6.4, já que, com a Reforma Trabalhista, a Súmula 122 do TST perdeu toda e qualquer eficácia, sucumbindo em sua mediocridade. Mas, pensando bem, seria uma pena a sua eliminação, pois apagaria aquilo que já antevia. Resolvi apenas resumi-lo, para demonstrar ao leitor que este autor já criticava, com unhas e dentes, a dita Súmula.

A Súmula 122 do TST era taxativa ao dizer que de nada adiantava a presença do advogado do reclamado, portando contestação e procuração, se presente não estivesse o seu cliente. Nas edições anteriores no nosso *Manual*, adaptei a redação da Súmula ao PJE, sistema que permite a juntada da contestação antes da realização da audiência, chegando à conclusão “de que de nada serviria a presença do advogado do réu à sessão, informando ao juiz que dos autos já constavam a contestação e a procuração, se não estivesse presente o seu cliente”. A revelia, segundo o TST, não seria elidida (afastada).

O entendimento sumulado levava ao extremo a previsão contida no art. 844 da CLT, ignorando “advogados”, “procurações”, “contestações” e “documentos”.

Observem que as minhas críticas eram contundentes, principalmente pelo fato de a Súmula 122 do TST transformar o advogado num ser “invisível”, num “espectro”, numa “figura a ser desprezada e ignorada” pelo juiz.

O trecho, que já constava da 3ª edição desta obra, do qual mais me orgulho, segue transcrito:

O advogado do “reclamado ausente”, mesmo diante da contundente previsão contida na Súmula 122 do TST, deve cumprir a sua missão e insistir no argumento de que a contumácia (ausência do reclamado à audiência), naquele caso, não pode gerar a constatação da revelia, pois o seu cliente constituiu advogado, que juntou defesa e procuração. Sendo assim, o animus de se defender é inconteste.

Na época do processo físico, quando isso ocorria, muitos juízes nem permitiam a juntada da contestação e dos demais documentos aos autos, tornando “invisível” o advogado do réu.

Defendi, com muito orgulho, na mesma edição do nosso *Manual*, o seguinte:

*O juiz, ao aplicar a Súmula 122 do TST, não receberá a defesa escrita, **mas não poderá impedir a juntada da procuração, dos atos constitutivos da empresa e de outros documentos.** Ora, revelia é ausência de defesa. Pronto. Só isso. O advogado do reclamado está ali, de frente para o juiz. O magistrado tem o dever de enxergá-lo. A recusa judicial à juntada ou à permanência nos autos da procuração, dos atos constitutivos, dos cartões de ponto, dos recibos salariais, dos recibos de férias, do termo de rescisão do contrato de trabalho (TRCT), entre outros documentos, é um ato arbitrário, que contraria a própria Súmula 122 do TST, cuja natureza excepcional atrai interpretação restritiva.*

A Súmula 122 do TST, com a chegada do PJE – Processo Judicial Eletrônico, precisa ser reavaliada, pois a defesa, nesse caso,

provavelmente já estará no “sistema”, antes mesmo do início da audiência.

Revelia é a ausência do animus de se defender. É uma espécie de preclusão temporal: “perda da oportunidade de praticar um ato processual (no caso, apresentação de defesa)”. No PJE, a defesa geralmente é apresentada antes da audiência (isso não é obrigatório, em face da singela redação do art. 847 da CLT). Significa dizer que o reclamado demonstrou, com a juntada antecipada de contestação, inequivocamente, o seu desejo de se defender. Seria lógico o juiz desprezar aquela defesa pelo fato de o reclamado não ter comparecido à audiência? Entendo que não!

Bom, fica então o registro deste humilde autor, premiado, neste aspecto, pela Reforma Trabalhista, que valorizou a figura do advogado de defesa, o qual deixou de ser “invisível” para o juiz do trabalho.

Nosso *Manual de Audiência e Prática Trabalhista*, sem falsa modéstia, exsurgiu, com a Reforma Trabalhista, como uma obra visionária, mediante críticas fundamentadas de dispositivos que foram revistos pela Lei 13.467/2017.

Exemplo disso está no próximo tópico, que trata do preposto.

Isso muito me orgulha!

Por fim, deve o advogado observar, por cautela, a previsão contida no *caput* do art. 12 da IN 41/2018 do TST, que apenas admite a incidência do § 5º do art. 844 da CLT às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017.

6.5. Preposto

Ao empregador é facultado fazer-se substituir, na audiência, pelo “gerente” ou por qualquer outro “preposto” que tenha conhecimento dos fatos (art. 843, § 1º, da CLT).



Na ata de audiência, no depoimento pessoal do empregador, não gosto, particularmente, quando o juiz faz constar “Depoimento Pessoal do Preposto”. *Data venia*, o magistrado deveria registrar “Depoimento Pessoal do Reclamado” (caso o empregador seja o reclamado, evidentemente), afinal, quem falará ou emudecerá será o empregador.

Em momento algum a CLT prevê ou exige que o preposto apresente “Carta de Preposição”. Trata-se de documento não previsto em lei. A sua exigência, portanto, viola o princípio da legalidade, tatuado no inciso II do art. 5º da Lei Maior.

Na prática, no entanto, é comum a exigência da juntada desse documento, o qual não tem natureza de “procuração”, visto que, como já foi dito, preposto não é mandatário do reclamado. A exigência se tornou maquinal e quando uma pessoa começa a agir maquinalmente significa dizer que ela abdicou do seu direito/dever de raciocinar. É o que acontece com a famosa “carta de preposição”, documento insignificante, mas capaz de tirar o sono dos advogados. Incontáveis vezes tive que acalmar sofridos patronos que, de forma constrangida, como se aquilo fosse o documento mais importante do mundo, rogaram por um prazo, mesmo que irrisório, para “juntar carta de preposição”.

Pode o juiz considerar revel o reclamado pelo simples fato de o preposto não estar portando carta de preposição? Entendo que não, afinal, como prevê o art. 5º, II, da Lei Maior, ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Princípio da legalidade. Nada mais, nada menos.

Já estudamos que a revelia não é uma pena a ser infligida pelo magistrado sobre o reclamado, mas um mero fato processual.

Caso o reclamado não apresente carta de preposição, o juiz, de ofício ou a requerimento, pode simplesmente perguntar ao trabalhador se ele conhece a pessoa do “preposto” ali presente. Na maioria das vezes o trabalhador diz que sim, que trabalhou com o preposto etc. A partir daí, em face da inexistência de impugnação/oposição do obreiro e/ou do seu advogado (incidente),

dispensável se tornará a juntada da carta, pois o juiz consignará o fato em ata (é muito importante que tudo conste da ata, já que o juiz do trabalho é apenas a 1ª instância e ninguém sabe como será apreciada a situação no tribunal; a cautela é companheira inseparável do bom advogado).

Caso o advogado do empregado suscite dúvida a respeito do preposto, o juiz, com parcimônia e longe do maquiavélico açodamento, fixará um prazo para a juntada da “Carta de Preposição”.

O TST já se pronunciou sobre a inexigibilidade da carta de preposição, *verbis*:

RECURSO DE REVISTA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS ATOS CONSTITUTIVOS DA SOCIEDADE E DEFEITO NA CARTA DE PREPOSIÇÃO. DESCABIMENTO. Na espécie, inexistiu irregularidade no mandato tácito em questão em face de carta de preposição irregularmente constituída. **Na verdade, inexistente lei que obrigue o empregador a apresentar carta de preposição em sua faculdade de se fazer substituir pelo preposto (art. 843, § 1º, da CLT).** Em face do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 164 desta Corte, dá-se-lhe provimento a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para, afastada a hipótese de irregularidade de representação processual, seja examinado o recurso ordinário empresarial como entender de direito. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR: 5829-40.2011.5.12.0026, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 28/08/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013). (sem grifos no original)

Decisões dos Regionais também ratificam a conclusão:

IRREGULARIDADE NA APRESENTAÇÃO DA CARTA DE PREPOSIÇÃO. REVELIA. INOCORRÊNCIA. **Não há previsão legal com relação à obrigatoriedade de comprovação de investidura de preposto pelo empregador de modo que a não observância desta formalidade não acarreta a irregularidade de**

representação e por consequência não atrai a aplicação da regra do artigo 844 da CLT. (TRT, 1ª Região, RO: 00015423720115010027. Relator: Dalva Amelia de Oliveira. Data de Julgamento: 25/03/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: 16/04/2014). (sem grifos no original)

Mas atenção!

Caso o juiz, diante da ausência de carta de preposição, **fixar um prazo para a sua juntada**, o advogado do empregador **não deve ignorar a determinação judicial**.

Observem esta decisão do TST:

IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO EMPREGADOR EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DA CARTA DE PREPOSIÇÃO NO PRAZO DETERMINADO PELO JUÍZO. APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO. **Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que imponha o dever de comprovação formal da condição de preposto.** Todavia, não obstante o silêncio normativo, o entendimento, há muito, prevalente na doutrina e na jurisprudência, é o de que a não apresentação da carta de preposição, no prazo assinalado pelo Juízo, acarreta, para o empregador, a confissão ficta quanto à matéria fática delineada pela parte autora na sua exordial. Na hipótese destes autos, **incontroverso o fato de que o Juízo de primeiro grau, diante da ausência da carta de preposição, conferiu ao preposto da reclamada prazo para a juntada do documento, sob pena de confissão.** Entretanto, a despeito da determinação judicial, **não cuidou o representante da parte ré de juntar a carta de preposição aos autos no prazo assinalado pelo Juízo, o fazendo posteriormente.** Desse modo, verifica-se que, a despeito da ausência de previsão legal, e, não obstante o entendimento doutrinário a respeito da obrigatoriedade da apresentação da carta de preposição em audiência, o fato é que, no caso destes autos, **ao deixar de cumprir a determinação judicial para a juntada do respectivo documento, sem protesto e sob pena de expressa cominação de confissão no caso de desatendimento, o**

preposto assumiu as consequências do seu ato negligente. E mais, a juntada posterior do documento, ainda que antes da prolação da sentença, não tem o condão de sanar a irregularidade de representação do empregador, diante da preclusão consumativa verificada, na hipótese, consoante determina o artigo 183 do CPC. Nesse contexto, o comparecimento do preposto da reclamada em audiência, sem estar munido da carta de preposição ou apresentação desse documento fora do prazo determinado pelo Juízo, enseja a aplicação da pena de confissão ficta prevista no artigo 844 da CLT, por se tratar de documento indispensável à prova da outorga de poderes ao preposto para atuar em nome do empregador réu na reclamatória trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR: 472100-70.2007.5.09.0872, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 22/05/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/05/2013). (sem grifos no original)

O TST, quanto à figura do preposto, fazia uma exigência estranha à lei. Estou falando dos precedentes consubstanciados na soterrada Súmula 377, *verbis*:

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Segundo a mais alta corte trabalhista, o preposto, em regra, deveria ser empregado do “reclamado”, ficando as ressalvas por conta do empregador doméstico e do micro e pequeno empresário.

Nas edições anteriores deste *Manual*, fiz duras críticas à Súmula 377 do TST, pois jamais enxerguei base legal para a exigência nela contida. Faço questão de transcrever os meus argumentos, deixando claro que o novo § 3º do art. 843 da CLT já cuidou de soterrar a referida Súmula, o que me deixou feliz, pois, mais uma vez, esta obra se mostrou visionária.

O § 1º do art. 843 da CLT não impõe, em trecho algum do seu

corpo, a necessidade de o preposto ser empregado do “empregador”. Fala apenas em “gerente” ou “qualquer outro preposto”. Não diz “gerente” ou “qualquer outro empregado”.

O Código Civil, em diversos momentos, cita o termo “preposto”.

No art. 932, que trata da responsabilidade patronal quanto aos atos praticados pelos seus empregados, o Código Civil, ao que parece, distingue “empregado” de “preposto”: “são também responsáveis pela reparação civil (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir:

Essa redação ajuda a enfraquecer a restrita previsão contida na Súmula 377 do TST.

“Prepor” (prae-ponere) é pôr algo, ou alguém, antes (ou à frente) de algo ou alguém. Preposto é quem foi posto, pelo preponente, em seu próprio lugar, personificando-o.

Entendo que a decisão, quanto à nomeação do preposto, cabe tão somente ao empregador.

Seria o caso, por exemplo, de um trabalhador terceirizado, um estagiário, um contador etc. A depender da situação, um trabalhador terceirizado seria mais qualificado do que um empregado (trabalhava em contato direto com o reclamante, sabendo de todos os detalhes da sua rotina laboral). A exigência, no caso, de o preposto ser necessariamente um empregado da empresa, mediante a aplicação da Súmula 377 do TST, privaria o réu de ser substituído/personificado pela pessoa com maior “qualificação”, exatamente por conhecer, como ninguém, os fatos.

*A Súmula 377 do TST, por outro ângulo, serve para **ratificar a irrelevância da carta de preposição**. Digamos que o preposto de uma grande empresa, portando carta de preposição, não integre o seu*

quadro de empregados. A carta, nos termos da Súmula 377 do TST, não teria serventia. Em sentido contrário, se o preposto fosse empregado, comprovando, no ato, essa condição, a ausência da carta de preposição, por si só, não seria capaz de atrair a revelia e/ou a confissão ficta.

Conforme disse, a Súmula 377 do TST foi cancelada pela Lei 13.467/2017, que entrou em vigor no dia 11/11/2017, mediante a inserção do § 3º ao art. 843 da CLT, **dispondo que o preposto não precisa ser empregado da parte reclamada** (do empregador; da empresa). Observem que a nova norma não faz qualquer ressalva, e onde o legislador não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo. **Sendo assim, a partir do dia 11/11/2017, o empregador, seja ele qual for, poderá se fazer substituir em audiência por qualquer pessoa que tenha conhecimento dos fatos.** Essa liberalidade não retroage, ou seja, é incapaz de sanar vícios ocorridos antes do dia 11/11/2017 – tempus regit actum. Conforme já pontuei, o TST, no § 1º do art. 12 da IN 41/2018, dispôs que essa “liberalidade” se aplica às **audiências** realizadas a partir de 11/11/2017, prestigiando, com isso, o art. 14 do CPC e a boa técnica processual.

Se o preposto não tiver conhecimento dos fatos discutidos no processo, o empregador tornar-se-á confesso (confissão ficta). Eis um alerta aos advogados de defesa. A liberalidade, quanto à figura do preposto, poderá resultar num tiro no próprio pé. De um lado, o § 3º do art. 843 da CLT, que permite que qualquer pessoa figure como preposto. De outro, o § 1º do art. 385 e o art. 386 do CPC, que não perdoam a recusa ou o “não saber” quando do interrogatório (depoimento pessoal).

O “não saber” tem o mesmo efeito da “recusa” a depor, ou seja, faz do depoente confesso quanto àquele fato – inteligência do § 1º do art. 385 e art. 386 do CPC.

A confissão é capaz de tornar incontroverso o fato, situação que pode bastar para o juiz encontrar o seu convencimento – inteligência do art. 374, II e III, do CPC. Ocorrendo isso, o juiz poderá proferir sentença, pois o CPC reza que o juiz julgará antecipadamente o mérito da causa diante da revelia e da confissão ficta – art. 355, II, do CPC. Esse julgamento pode ser integral ou

parcial – art. 356 do CPC.

As pessoas jurídicas de direito público não precisam de preposto, porquanto, à luz do art. 75 do CPC, “cabe ao respectivo procurador a sua representação em juízo” (representação em sentido *lato*, abarcando a personificação e a capacidade postulatória típica do advogado). Neste sentido, a Súmula 436 do TST:

SÚMULA 436 do TST. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PROCURADOR DA UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. JUNTADA DE INSTRUMENTO DE MANDATO.

I – A União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, quando representadas em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, estão dispensadas da juntada de instrumento de mandato e de comprovação do ato de nomeação.

II – Para os efeitos do item anterior, é essencial que o signatário ao menos declare-se exercente do cargo de procurador, não bastando a indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

6.5.1. *Advogado e Preposto – Possibilidade de Cumulação das “Funções”*

Muito se discute sobre a possibilidade de o advogado acumular a função de preposto, ou seja, atuar, em audiência, como advogado e preposto, simultaneamente. Tradicionalmente, os juízes não permitem a cumulatividade, usando, na fundamentação do indeferimento, a previsão contida no art. 3º do Regulamento Geral do Estatuto da OAB e no art. 25 do **Código de Ética e Disciplina da OAB**, *verbis*: “É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente”.

A tese proibitiva ganhou força com a IN 41/2018 do TST, dispondo, no § 3º do art. 12, que: “Nos termos do art. 843, § 3º, e do art. 844, § 5º, da CLT,

não se admite a cumulação das condições de advogado e preposto”.

Entendo que o § 3º do art. 12 da IN 41/2018 é inconstitucional e ilegal, pois viola o inciso II do art. 5º da CF (princípio da legalidade) e o § 2º do art. 8º da CLT (tribunal não pode legislar). O TST não pode “proibir” a cumulação das condições de advogado e preposto, exatamente pelo fato de não existir lei que vede a acumulação. De outra banda, não enxergo qualquer conflito entre o § 3º do art. 843 e § 5º do art. 844 da CLT. No primeiro, o legislador diz que o preposto não precisa ser empregado do reclamado. No segundo, o legislador dispõe sobre aquilo que já conversamos, ou seja, que a contumácia (ausência do réu à audiência) não é mais, por si só, um fato gerador da revelia (ausência de defesa). O legislador, em momento algum, veda a cumulação das funções.

Pois bem.

O advogado do empregador, ao formular o requerimento de cumulação, não deve “renunciar” ao mandato para assumir a função de preposto. O pedido deve ser de **cumulação das funções** e não de renúncia a uma, para assumir a outra.

O requerimento de renúncia é arriscado, pois esta, em regra, não tem efeito imediato – inteligência do art. 112, *caput* e § 1º, do CPC e do art. 5º, § 3º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia):

Art. 112 do CPC. O advogado poderá renunciar ao mandato a qualquer tempo, provando, na forma prevista neste Código, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor. §1º Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

Art. 5º, § 3º, da Lei 8.906/1994. O advogado que renunciar ao mandato continuará, durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo.

Se o advogado fizer esse tipo de requerimento (renúncia ao mandato), o juiz terá outra fundamentação para o indeferimento: “*A renúncia, doutor, não*

tem efeito imediato, mas apenas depois de 10 dias, a contar da ciência do seu cliente, fato que impossibilita o deferimento do requerimento”.

Há uma exceção. A renúncia ao mandato poderá ter eficácia imediata, nos termos do § 2º do art. 112 do CPC, sem a necessidade, inclusive, de comunicação ao cliente, **“quando a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro, apesar da renúncia”**. Neste caso, o juiz não poderia indeferir o requerimento. Essa situação especial pode ser útil se à audiência compareceram dois ou mais advogados representando o empregador, possibilitando, então, a imediata renúncia de um deles para atuar como preposto.

Não existindo mais de um advogado na procuração e na sessão, a única opção seria a da cumulatividade (atuação simultânea), mesmo contrariando o Regulamento Geral do Estatuto da OAB.

O próprio TST já admitiu a atuação simultânea, com base no princípio da legalidade, esculpido no art. 5º, II, CF. Decisão que merece elogios, afinal o Regulamento Geral do Estatuto da OAB não é lei. Segue um resumo da decisão publicada em 14/09/2012 (Processo RR 1555-19.2010.5.09.0651), extraído de notícia estampada no site do TST, e, a seguir, a sua ementa:

Determinado TRT, mantendo a decisão do juiz do trabalho, considerou que *a atuação simultânea como preposta e advogada é prática vedada pelo artigo 3º do Regulamento Geral do Estatuto da OAB*: “Tendo em vista que não houve qualquer revogação dos poderes concedidos à advogada até a abertura da audiência, é inviável sua nomeação como preposta, ainda que ostente a condição de empregada, por se tratar de posições jurídicas incompatíveis”, afirmou o acórdão regional. No recurso ao TST, a empresa *afirmou que não há no ordenamento jurídico dispositivo que inviabilize a atuação concomitante do advogado também como preposto no processo, apontando que a decisão do TRT contrariava o artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. O relator do recurso de revista *relacionou diversos precedentes do TST favoráveis à tese da empresa,*

asseverando: “Este Tribunal tem se orientado no sentido de que, exceto quanto à reclamação trabalhista de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado da empresa reclamada, *não existindo norma legal da qual se possa inferir a incompatibilidade entre as funções de advogado e preposto, ainda que no mesmo processo, desde que o advogado seja empregado*”. A decisão foi unânime. (Decisão publicada em 14/09/2012. Processo: RR 1555-19.2010.5.09.0651(sem grifos no original))

RECURSO DE REVISTA. PREPOSTO. ADVOGADO. ATUAÇÃO SIMULTÂNEA. REVELIA. Este Tribunal tem se orientado no sentido de que é possível a atuação simultânea nas funções de advogado e preposto, ainda que no mesmo processo, desde que o advogado seja empregado da reclamada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 2ª Turma, AIRR 1555-19.2010.5.09.0651, Rel. Caputo Bastos, *DJ* 14/09/2012). (sem grifos no original)

O referido processo envolvia uma grande empresa e a advogada era sua empregada. A exigência da Súmula 377 do TST, portanto, à época, foi atendida (preposto tinha que ser empregado do empregador). Com a “queda” da Súmula 377 do TST, em face do novo § 3º do art. 843 da CLT, a possibilidade de o advogado acumular as duas funções tornou-se um direito, pois não há mais qualquer requisito de validade para isso.

O advogado, ao atuar simultaneamente como preposto, pode ser punido pela OAB?

Sim, pois se trata de prática vedada pelo Regulamento Geral do Estatuto da OAB e pelo Código de Ética e Disciplina da OAB. A apuração (processo disciplinar) é de competência exclusiva da OAB, afinal o juiz do trabalho não tem poder legal para aplicar qualquer sanção sobre o advogado.

A Lei 13.467/2017 inseriu na CLT os arts. 793-A a 793-D, que dispõem sobre a Responsabilidade por Dano Processual. O legislador usou o mesmo título dos arts. 79 a 81 do CPC. Essas normas tratam da litigância de má-fé e das suas sanções.

A Reforma Trabalhista, mais uma vez, copiou a previsão contida no CPC, salvo o art. 793-D da CLT, que, por sinal, é inconstitucional, como será demonstrado ao final deste Capítulo.

A responsabilidade por dano processual não é uma novidade para o processo do trabalho, pois as penas por litigância de má-fé já eram infligidas aos litigantes, mediante a aplicação subsidiária do CPC.

Na IN 41/2018 do TST, especificamente nos seus arts. 8º e 9º, a nossa superior corte estipulou que “a condenação de que trata o art. 793-C, caput e §§ 2º e 3º, da CLT, aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017”.

A “foice” do TST voltou a atuar, “rasgando” e “fatiando” a norma processual trabalhista, à revelia de toda a segurança jurídica que deságua do art. 14 do CPC, como se um tribunal pudesse atropelar a imediata aplicação da nova regra processual, em claro desapego à separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito (ninguém está acima da lei). Não há justificativa para que as penalidades por litigância de má-fé sejam aplicadas apenas aos processos de ações ajuizadas depois da Reforma Trabalhista, porquanto, como já dito, os órgãos da Justiça do Trabalho já a aplicavam antes de 11/11/2017, mediante a incidência subsidiária do CPC. Ao comparar o art. 7º com o art. 8º da IN 41/2018, vejo-me forçado a concluir que a

discrepância da Instrução Normativa não tem fim, pois, no primeiro, o TST diz que toda a previsão sobre litigância de má-fé tem aplicação autônoma e imediata, para, no segundo, dizer que a condenação por litigância de má-fé se aplica apenas às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017, ignorando o fato de já aplicarmos as referidas penalidades, mediante o uso subsidiário do CPC, antes da Reforma Trabalhista, e, principalmente, o fato de ser impossível a aplicação “autônoma” e “imediata” das normas sobre litigância de má-fé sem a existência da “condenação” insculpida no caput do art. 793-C da CLT, afinal, lei sem sanção é luz que não alumia, é fogo que não queima, é coração sem paixão! O art. 9º da IN 41/2018 apenas corrobora a macambúzia sina do “fatiamento incompreensível” que o TST deseja impor à aplicação da nova legislação processual no tempo, como se jamais um órgão jurisdicional trabalhista tivesse condenado autor e/ou réu por litigância de má-fé. Aparentemente, o TST deseja que nós esqueçamos as antigas condenações, numa espécie de “amnésia jurisprudencial”, e passemos a repetir que só depois da Reforma Trabalhista é que reclamante e reclamado poderão ser reputados litigantes de má-fé. O Direito não convive bem sem a Lógica, pois eles se amam e um precisa do outro para viver.

Pois bem.

Nos termos do art. 793-B da CLT (ou art. 80 do CPC), considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I. Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II. Alterar a verdade dos fatos;
- III. Usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV. Opor resistência injustificada ao andamento do processo;
- V. Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI. Provocar incidente manifestamente infundado;
- VII. Interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Raramente o juiz do trabalho aplicava a multa por litigância de má-fé e,

quando aplicava, geralmente o TRT afastava a sanção no julgamento do recurso ordinário. Tratava-se de postura “cultural” da Justiça do Trabalho, talvez “incentivada” pela ausência de previsão específica na legislação processual trabalhista.

A litigância de má-fé, além de ser fato gerador de multa no sentido estrito, também impõe ao apenado a obrigação de indenizar a parte contrária dos prejuízos sofridos e de todas as despesas efetuadas.

Observem que a “mentira”, por si só, já atrai a incidência da punição. E ela pode ser desvendada, por exemplo, no depoimento pessoal. Digamos que o juiz tenha perguntado ao reclamante sobre a sua carga horária e este tenha confessado que laborava de segunda a sábado, folgando nos domingos. Na petição inicial, entretanto, o reclamante diz que não tinha folga semanal, requerendo, por conta disso, a condenação do réu no pagamento do repouso semanal em dobro. Findado o interrogatório, deveria o advogado pedir a palavra para renunciar ao referido pedido, demonstrando, com isso, a boa-fé do seu cliente. Isso não acontecia, por conta da **impunidade**.

Empregados e empregadores se acostumaram a mentir descaradamente na Justiça do Trabalho, “incentivados” pela impunidade!

Com a Reforma Trabalhista, e a inclusão da responsabilidade por dano processual na CLT, essa postura sofrerá mudanças, principalmente nos tribunais.

A pena por litigância de má-fé pode ser aplicada de ofício ou a requerimento da parte interessada, abarcando multa, que deve ser superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa, além de indenização pelos prejuízos sofridos, pagamento dos honorários advocatícios e de todas as despesas efetuadas, nos termos do art. 93-C da CLT (ou art. 81 do CPC). O crédito será revertido em favor da parte adversa. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – § 2º do art. 793-C da CLT.

Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz poderá condená-

los proporcionalmente ou solidariamente – § 1º do art. 793-C da CLT.

A pena de litigância de má-fé só poderá ser aplicada sobre a parte, não alcançando o seu advogado.

A apuração da conduta do advogado e sua eventual responsabilização devem ocorrer em ação própria, assegurando ao profissional o direito ao devido processo legal, permitindo-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa. A ação, inclusive, pode ser movida pela parte reputada litigante de má-fé, quando se considerar prejudicada por ato praticado pelo seu patrono (direito de regresso).

Se o advogado for um profissional liberal, a ação regressiva será de competência da Justiça Estadual – inteligência da Súmula 363 do STJ (a relação entre o advogado autônomo e o cliente é uma relação de consumo).

Caso o advogado responsável seja empregado da parte condenada por litigância de má-fé, a ação regressiva será de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I e VI, da CF c/c Súmula 392 do TST).

O art. 32, parágrafo único, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) prevê que o advogado pode ser responsabilizado solidariamente pelos atos praticados no exercício de sua profissão, mas a apuração deve ocorrer em ação própria, sendo incabível a responsabilização do profissional na própria ação trabalhista na qual constatada a litigância de má-fé.

Em decisões recentes, o TST vem ratificando o entendimento, *verbis*:

O TST, em 3/10/2012, excluiu a responsabilidade solidária de um advogado pelo pagamento de multa por litigância de má-fé, ratificando posicionamento consolidado da corte, no sentido de que a condenação de advogado por ato prejudicial à dignidade da justiça deve observar o devido processo legal, com garantia do contraditório e da ampla defesa, nos termos do parágrafo único do artigo 32 da Lei 8.906/94, sendo indispensável que a apuração da conduta do advogado e a eventual responsabilização solidária com seu cliente ocorram em ação própria, perante o juízo competente. O artigo 32, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94

autoriza a responsabilização solidária do advogado por atos que praticar com dolo ou culpa no exercício de sua profissão, no entanto, a conduta temerária deverá ser apurada em ação própria, não cabendo ao magistrado impor ao advogado responsabilidade solidária pelo pagamento da multa infligida à parte, mas apenas determinar a extração de peças e a respectiva remessa à Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil para as providências cabíveis. (RR 211-27.2011.5.15.0028 – notícia extraída do site do TST – sem grifos no original)

Em janeiro de 2013, um advogado conseguiu reverter, na Oitava Turma do TST, decisão que o havia condenado solidariamente ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé juntamente com um trabalhador que ele representava em juízo. A decisão, porém, manteve a condenação imposta ao trabalhador. Na Turma, a relatora do caso, ministra Dora Maria da Costa, constatou que a decisão regional deveria ser reformada em relação à condenação solidária imposta ao advogado, devendo ser mantida em relação ao autor da ação. Em seu voto a relatora destacou que, **conforme interpretação literal do artigo 32, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para que se apure a prática de litigância de má-fé temerária realizada por advogado deve-se utilizar ação própria.** Em seu voto, a ministra transcreveu precedentes do TST no mesmo sentido. (RR 813-76.2011.5.05.0034 – notícia extraída do site do TST – sem grifos no original)

Em 26/06/2013, a 7ª Turma do TST afastou a responsabilidade de uma advogada condenada por litigância de má-fé pelo TRT da 4ª Região (RS) por simulação de lide. Na decisão, o relator, ministro Vieira de Mello Filho, explicou que **a jurisprudência pacífica do TST não admite a condenação de advogado nos próprios autos em que se constata a litigância de má-fé: sua condenação, isolada ou solidariamente, em caso de lide temerária, depende de apuração em ação própria.** Após excluir a condenação por danos morais coletivos por prática de ato atentatório à dignidade da Justiça,

os ministros determinaram a expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, para que sejam adotadas as providências cabíveis. A decisão foi unânime. (RR 205-43.2011.5.04.0281 – notícia extraída do site do TST – sem grifos no original)

Em 25/09/2013, a 5ª Turma do TST reformou decisão do TRT da 18ª Região (GO) que condenou um advogado em litigância de má-fé por alteração dos fatos relativos à doença profissional de seu cliente. Os ministros concordaram que, embora haja previsão para a aplicação da pena, a má conduta do profissional deve ser apurada em ação própria. O relator do recurso, ministro Caputo Bastos, explicou que o artigo 32, parágrafo único, da Lei 8906/1994 prevê que o advogado pode ser responsabilizado solidariamente pelos atos praticados no exercício de sua profissão. **Contudo, a prática de ato reprovável deve ser apurada em ação própria.** Dessa forma, ressaltou, é incabível a responsabilização do profissional pelo pagamento de multa na própria ação trabalhista na qual constatada a litigância de má-fé. Isso porque dever ser assegurado ao acusado o direito ao devido processo legal, em ação específica, que permita o exercício do contraditório e da ampla defesa. A decisão foi unânime. (RR 1060-75.2010.5.18.0181 – notícia publicada no site do TST – sem grifos no original).

7.1. Multa sobre testemunha que “Mentir” – Inconstitucionalidade do Art. 793-D da CLT

O art. 793-D da CLT dispõe que a multa “por litigância de má-fé” será também aplicada à **testemunha** que intencionalmente mentir ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa. Trata-se, *data maxima venia*, de norma natimorta!

A referida regra nasceu morta e em estado avançado de putrefação, ante a sua **manifesta inconstitucionalidade**. Como visto, o artigo prevê a possibilidade de o juiz do trabalho aplicar a multa esculpida no art. 793-C da CLT “à *testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa*”. A anomalia da regra é tão

latente que chega a provocar ânsia de vômito ao jurista abençoado por um mínimo de bom senso.

Ora, sabemos que a testemunha que mente em juízo comete um crime, previsto no art. 342 do Código Penal. Pois bem. Eis a premissa maior. De outra banda, sabemos que a Justiça do Trabalho, como já pacificou o STF, não tem competência criminal. Pois bem. Eis a premissa menor. Diante dessas duas premissas, a única conclusão possível é a seguinte: **O juiz do trabalho não pode punir testemunhas.**

Seguem os dispositivos constitucionais violados pelo art. 793-D da CLT.

- 1) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha **viola o inciso LV do art. 5º da CF**, que garante, a qualquer acusado, o direito ao contraditório e à ampla defesa.
- 2) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha **viola o inciso XXXVII do art. 5º da CF**, pois cria um juízo de exceção, já que a Justiça Laboral não tem competência para “julgar e condenar testemunhas”.
- 3) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha **viola o inciso LIII do art. 5º da CF**, que garante que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.
- 4) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha **viola o inciso LIV do art. 5º da CF**, que assegura que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

No art. 10 da IN 41/2018, o TST nada disse a respeito da inconstitucionalidade do dispositivo, fixando apenas a sua aplicação no tempo, asseverando que só ocorrerá a partir de 11/11/2017 (início da vigência da Lei 13.467/2017). Além disso, o TST, no parágrafo único do art. 10 da IN 41/2018, “criou” um procedimento para a incidência da multa, na tentativa (sem sucesso) de viabilizá-la, dizendo o seguinte: *“Após a colheita da prova oral, a aplicação de multa à testemunha dar-se-á na sentença e será precedida de instauração de incidente mediante o qual o juiz indicará o ponto ou os pontos controvertidos no depoimento, assegurados o contraditório, a defesa, com os meios a ela inerentes, além de possibilitar a retratação”*.

Sinceramente, imaginar o juiz do trabalho retardando a prolação de uma sentença, para “apurar”, mediante “incidente próprio”, o suposto crime cometido por determinada testemunha, já sabendo que a Justiça do Trabalho não tem competência para puni-la, é o mesmo que despencar na depressão sem fim da insensatez.

Capítulo 8

ATRASSO DO JUIZ E ATRASSO DAS PARTES À AUDIÊNCIA

A CLT prevê uma tolerância de 15 minutos para o atraso do **juiz**, especificamente no art. 815, parágrafo único.

Art. 815, parágrafo único, da CLT. Se, até 15 (quinze) minutos após a hora marcada, o juiz ou presidente não houver comparecido, os presentes poderão retirar-se, devendo o ocorrido constar do livro de registro das audiências.

A previsão celetista se refere exclusivamente ao atraso do juiz em comparecer ao local da realização da audiência, não se estendendo aos costumeiros “atrasos no andamento da pauta”. Significa dizer que se o juiz estiver realizando normalmente as audiências, o atraso quanto ao horário previsto não justifica a retirada das partes.

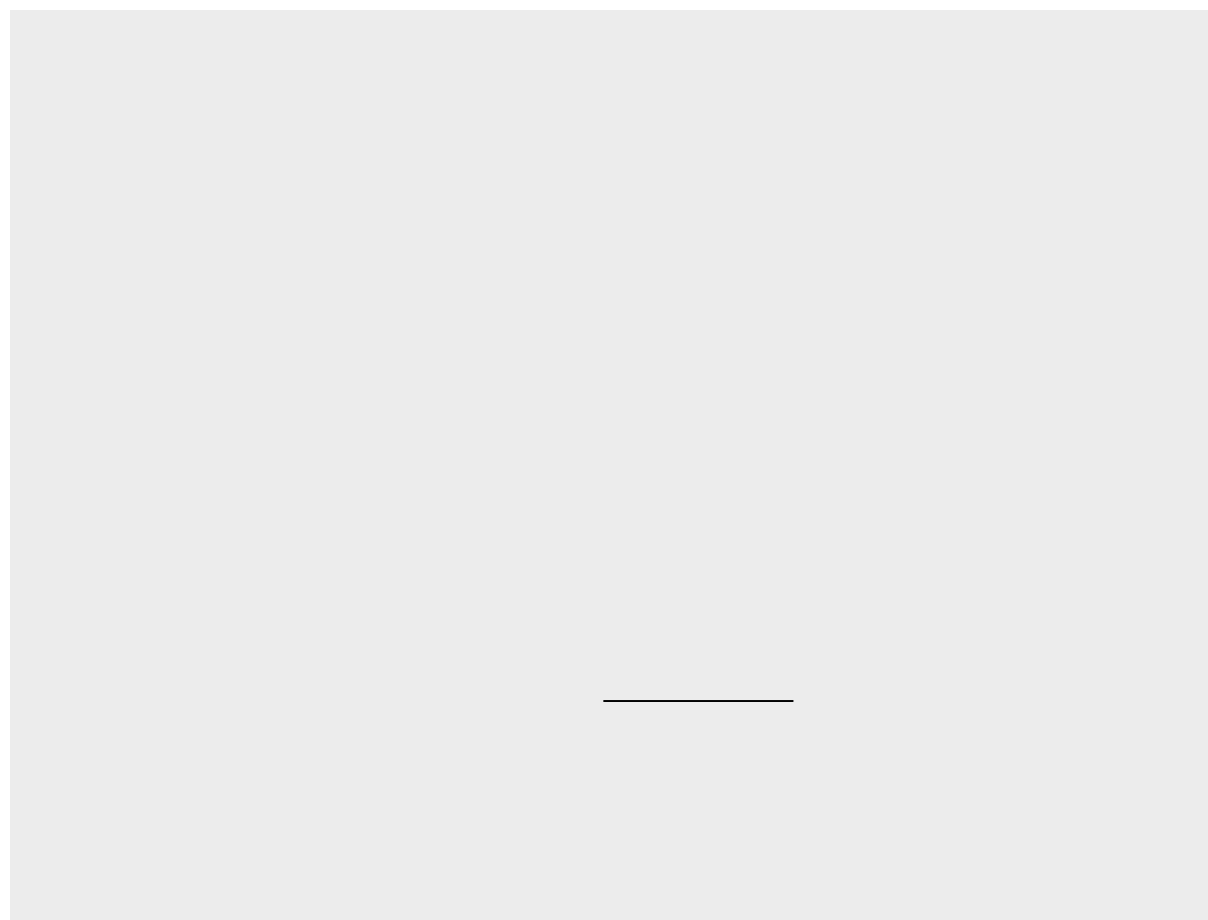
O inciso III do art. 362 do CPC trouxe uma novidade interessante, prevendo que, por atraso injustificado de seu início, em tempo superior a 30 minutos do horário marcado, a audiência poderá ser adiada. Observem que a regra não restringe o retardo ao “atraso da chegada do juiz à unidade jurisdicional”, fixando, com isso, uma interpretação ampliadora àquela da CLT.

Digamos que o juiz chegou com uma hora de atraso, sem qualquer justificativa plausível, à unidade jurisdicional, provocando, com isso, o atraso de toda a pauta. De acordo com o CPC, o advogado de um processo que está no meio da pauta poderia, constatando que a sua audiência foi impactada com atraso superior a 30 minutos, pleitear o adiamento, com base na norma citada.

O TST, entretanto, na IN 39/2016, especificamente no seu art. 2º, VI,

entende inaplicável o inciso III do art. 362 do CPC ao processo trabalhista, por existir previsão específica sobre o tema, no parágrafo único do art. 815 da CLT. Com a devida *venia*, não há, no processo do trabalho, “previsão similar” àquela do processo civil. Com efeito, a previsão celetista é bem mais restrita, pois fixa a tolerância de 15 minutos **apenas quando o juiz não tiver ainda comparecido à unidade jurisdicional**, ou seja, a partir da chegada do juiz, nenhuma audiência mais poderá ser adiada por retardo temporal, mesmo que o atraso injustificado do magistrado tenha provocado um significativo **atraso por cadeia**. Entendo que há espaço sim para a aplicação supletiva do CPC ao processo laboral.

Vamos exemplificar?



A legislação processual, **quanto aos litigantes**, não prevê qualquer tolerância.

Os precedentes jurisprudenciais, com fulcro na ausência de previsão legal, terminaram consagrando a disposição exarada na OJ 245 da SDI-1, *verbis*:

REVELIA. ATRASO. AUDIÊNCIA. Inexiste previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte na audiência.

Se o atraso for justificado, o juiz, respaldado pelo bom senso e pelo inciso II, § 1º do art. 775 da CLT e também pelo inciso II do art. 362 do CPC, deverá, mediante decisão fundamentada, tolerá-lo, adiando a sessão. Além das bases legais citadas, temos o § 1º do art. 844 da CLT.

Motivo justo é motivo de força maior (motivo relevante), que, acima de tudo, é um fato **imprevisível** e para o qual a parte não tenha contribuído direta ou indiretamente. Um protesto organizado por movimentos sociais, interditando a rodovia que dá acesso à Unidade Jurisdicional, é um justo motivo para o atraso, pela sua imprevisibilidade. O mesmo se diga de um acidente ou de uma doença. Já o trânsito caótico de uma grande cidade não justifica qualquer atraso, ante a sua natural previsibilidade.

O novo inciso I do art. 775 da CLT é, no mínimo, curioso, pois simplesmente arremata que os prazos processuais podem ser prorrogados “*quando o juiz entender necessário*”. Ao intérprete precipitado, pode parecer que a Lei 13.467/2017 repassou ao magistrado total liberdade para dilatar qualquer prazo “por mero desejo ou capricho”, e isso é o que se chama de conduzir a interpretação ao abismo do absurdo. Em primeiro lugar, a referida norma só se aplica aos prazos judiciais (que são, por sua natureza, dilatórios), não incidindo sobre os prazos legais (que são, por sua natureza, peremptórios). Em segundo lugar, a dita norma, uma vez utilizada pelo magistrado, exigirá deste uma fundamentação robusta, capaz de justificar a prorrogação do prazo, nos termos dos arts. 11 do CPC e 93, IX, da CF, sob pena de nulidade (art. 794 da CLT).

O § 1º do art. 362 do CPC não prestigia a equidade e afronta a razoabilidade e a boa-fé, ao exigir a comprovação do justo motivo (força maior) até a abertura da audiência. Ora, o motivo ensejador do atraso ou da impossibilidade de comparecimento pode ter ocorrido naquele mesmo dia, exigindo do magistrado o equilíbrio necessário para conceder prazo para a comprovação do fato.

A tolerância a “atraso ínfimo” ainda é um tema espinhoso, pois a parte contrária nem sempre concordará com a decisão judicial de indulgência ao retardo. Há decisões baseadas no princípio da insignificância. Eis o teor de uma delas:

I. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CABIMENTO. REVELIA. ATRASO ÍNFIMO. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA MELHOR EXAME DO RECURSO DE REVISTA. II. RECURSO DE REVISTA. REVELIA. ATRASO ÍNFIMO. De acordo com a disciplina legal aplicável, devem as partes comparecer à audiência, independentemente da presença de seus representantes, sob pena de – arquivamento – ou revelia e confissão ficta, caso ausente, respectivamente, o Reclamante ou o Reclamado (CLT, art. 844). Nesse sentido, *não havendo tolerância legal expressa para ausências injustificadas ou eventuais atrasos das partes à audiência, atrasos que não sejam resultantes de razões de força maior, a aplicação das sanções legais cominadas será imperativa, sob pena de violação à literalidade do art. 844, caput, da CLT*. A aplicação dessas sanções legais, entretanto, quando em discussão *atrasos de inexpressiva duração – no caso, um minuto –, há de se processar com bom senso e razoabilidade, tendo presente os fins visados pela norma jurídica considerada (LICC, art. 5º) e o próprio objetivo maior da jurisdição, que consiste em conferir a cada um o que lhe pertence*. Mas a jurisdição, enquanto expressão da soberania do Estado, há de ser exercitada *com ponderação, razoabilidade e equilíbrio (CF, art. 5º, LIV)*, não se mostrando aceitável que o processo – método oficial de solução de conflitos – possa se prestar à construção de situações iníquas, absolutamente divorciadas do próprio sentido ético de justiça. *Assim, verificado o comparecimento da parte demandada e de seu advogado quando ainda não praticado qualquer ato processual que pudesse configurar a preclusão do instante processual para o oferecimento da resposta, não há contrariedade à OJ 245 da SDI-I do TST e conseqüentemente revelia a ser decretada*. (Desembargador Douglas Alencar Rodrigues). Recurso de revista não

conhecido. (TST, RR: 225000-65.2009.5.18.0102, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 14/12/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011). (sem grifos no original)

A decisão acima reflete precedentes que usam a previsão contida no art. 847 da CLT, pertinente ao prazo de 20 minutos para a apresentação de defesa oral, como “álibi” para a tolerância ao atraso do reclamado. Se este chegou dois, três, quatro minutos depois do início da audiência, esse “pequeno lapso”, diante do prazo legal previsto para a defesa oral, torna-se irrelevante. Mas o tema é bastante controverso, até mesmo porque essas decisões contrariam a OJ 245 da SDI-1.

Observem esta decisão do TST, publicada em 30/05/2012 (Processo RR-626385-60.2005.5.12.0014), transcrita com base em notícia publicada no seu site, *verbis*:

O atraso de oito minutos do preposto à audiência foi suficiente para o TST reconhecer a revelia e, conseqüentemente, aplicar a pena de confissão ficta. Iniciada a audiência na qual seriam tomados os depoimentos das partes, a empregada respondia ao juiz questões sobre sua contratação, função, duração da jornada e local do trabalho quando o preposto adentrou na sala, justificando que havia se envolvido numa confusão de trânsito. O magistrado entendeu que a chegada do preposto durante o depoimento pessoal da empregada, embora tardia, não implicaria a penalização do reclamado com a pena de confissão, pois, naquele momento, estava em curso a fase de colheita dos depoimentos pessoais. A sentença foi confirmada pelo TRT e os autos vieram ao TST por meio de recurso de revista da empregada. Ao examinar os autos, o relator entendeu de forma diversa das instâncias anteriores. Para ele, a diretriz da OJ 245 da SDI-1 não permite tolerância com atraso no horário de comparecimento da parte em audiência, por falta de previsão legal. No julgamento foi destacado que, *a despeito de precedentes admitindo impontualidades de um e três minutos, o fato de a tomada do depoimento da empregada ter sido iniciada pelo juiz configura*

prática de ato processual que atrai a preclusão (perda do direito de agir) para o comparecimento do réu. Para a relatora, admitir a tolerância nessa hipótese seria afrontar o princípio da igualdade de tratamento das partes. “É de se exigir delas o rigor na observância do horário previamente estabelecido para a audiência, sob pena de aplicação do previsto no artigo 844 da CLT”, concluiu. (Decisão publicada em 30/05/2012. Processo: RR-626385-60.2005.5.12.0014 – sem grifos no original).

Segue a Ementa:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ATRASO DE OITO MINUTOS DO PREPOSTO DO RECLAMADO EM AUDIÊNCIA. DEPOIMENTO PESSOAL JÁ INICIADO. EFEITOS. Discute-se se o atraso de oito minutos do preposto do reclamado à audiência, quando a reclamante já se encontrava prestando depoimento pessoal, pode elidir a revelia. A diretriz firmada na Orientação Jurisprudencial 245 da SBDI-1 não permite tolerância com atraso no horário de comparecimento da parte em audiência à míngua de previsão legal. Nesse cenário, reputa-se inviável a elisão da revelia e de suas consequências legais. *Registre-se que a hipótese de mitigação da referida Orientação Jurisprudencial efetuada por esta Subseção só foi levada a efeito quando ocorreram atrasos de um minuto e de três minutos sem a prática de qualquer ato processual que pudesse configurar a preclusão do instante processual para o oferecimento da resposta, caso diverso da espécie em debate.* Recurso de embargos conhecido e provido (TST, SDI-1, RR 626385-60.2005.5.12.0014, Rel. Ministra Delaíde Miranda Arantes, DJ 11/05/2012) (sem grifos no original).

Na decisão, o TST admite a existência de precedentes a favor da “tolerância de impropriedades insignificantes”, “desde que não se tenha praticado qualquer ato processual capaz de atrair a preclusão”.

São precedentes que servem para acudir o advogado da parte ausente, proporcionando-lhe uma via alternativa àquela exposta na OJ 245 da SDI-1.

O TST, no julgamento proferido no Processo RR-141200-73.2007.5.04.0014, ratificou a regra prevista na OJ 245 da SDI-1. Eis o teor da notícia publicada no seu site, e, a seguir, a ementa:

Determinada empresa foi julgada à revelia porque o preposto chegou um minuto após o encerramento da audiência. A audiência foi marcada para as 9h20, começou às 9h22 e encerrou-se às 9h28. No entanto, os representantes da empresa chegaram à sessão às 9h29, depois de o juiz haver assinado a ata em que registrou a revelia. A empresa pediu a nulidade da sentença alegando que a presença dos seus representantes à audiência antes de o empregado ter assinado a ata comprovava seu interesse em se defender das acusações. TRT manteve a sentença com o entendimento de que a ausência da empresa na audiência “não pode, de qualquer forma, ser imputada ao juízo de primeiro grau”. Para o Regional, a empresa simplesmente não estava na audiência, que foi apregoada várias vezes, inclusive por meio da OAB, não se cogitando, portanto, de cerceamento de direito de defesa. A Oitava Turma do TST afirmou que a decisão estava em conformidade com o ordenado na Orientação Jurisprudencial nº 245 da SDI-1, no sentido de que não existe previsão legal sobre tolerância a atraso no horário de comparecimento da parte em audiência. Também para a Turma, não houve cerceamento de defesa, pois a empresa é que não foi diligente o suficiente, pois não compareceu à audiência no horário previsto. Decisão unânime. (Decisão publicada em 16/03/2012. Processo: RR-141200-73.2007.5.04.0014).

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. REVELIA. CONFISSÃO. Trata-se da hipótese em que a Reclamada, embora notificada para audiência que se realizaria às 9h20, mas que teve início às 9h22 e encerrou-se às 9h28, compareceu às 9h29, quando a ata já havia sido assinada pelo juiz, com o registro da revelia e confissão quanto à matéria de fato. Segundo o Regional, “a parte simplesmente não estava na audiência e, como certificado, foi apregoada várias vezes, inclusive por meio da OAB. Quando

ingressaram na sala, a parte e seu advogado, o ato já se havia encerrado e o fato de o reclamante e o procurador estarem assinando a ata não inibe a confissão aplicada, pois o ato formal da audiência estava encerrado, não tendo a parte comparecido no momento oportuno.” Incólumes os dispositivos tidos por violados, na medida em que, segundo a Orientação Jurisprudencial 245 da SBDI-1 do TST, não há previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte na audiência. Recurso de Revista não conhecido. (TST, 8ª Turma, ARE 141200-73.2007.5.04.0014, Márcio Eurico Vitral Amaro – *DJ* 16/03/2012).

Impossível esgotar aqui todas as situações que podem gerar atrasos de reclamante e reclamado, sendo difícil também cravar entendimento uniforme que contemple objetivamente as inúmeras circunstâncias, amplitude que termina por fortalecer o único precedente jurisprudencial uniforme, que se encontra consubstanciado na OJ 245 da SDI-1. Fica fácil para o juiz simplesmente aplicá-lo.

O advogado, entretanto, deve marcar presença, requerendo a palavra para constar na ata de audiência todos os fatos que cercaram a ocorrência. Caso a audiência já tenha sido encerrada, antes mesmo da chegada da parte e do seu advogado, cabe a este peticionar o mais rápido possível, juntando documentos que respaldem a sua argumentação, requerendo a reconsideração da decisão de encerramento da instrução e o retorno do processo ao *status quo ante*.

Em sede de recurso ordinário o advogado também poderá pleitear a nulidade da sentença, demonstrando que o atraso (ou a própria ausência) ocorreu por motivo justificado, estando autorizado a acostar documentos com o recurso (Súmula 08 do TST).

O princípio da conciliação se confunde com a própria Justiça do Trabalho. Chego a afirmar que esse princípio retrata a face do processo trabalhista, influenciando a atuação de advogados e magistrados.

A tentativa de conciliação é obrigatória e pode ocorrer em qualquer fase do processo – argúcia do art. 764 da CLT, *verbis*:

Art. 764 da CLT. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

Vamos analisar o art. 764 da CLT?

No *caput*, o legislador exagerou ao dizer que “todos os dissídios serão sempre sujeitos à conciliação”. Na verdade, todos os dissídios estarão sempre sujeitos à “tentativa de conciliação”. Na década de 1940 a CLT já se mostrava visionária. Hoje a comunidade jurídica clama por advogados e juízes aptos a conciliar, porém, inexplicavelmente, a nossa formação acadêmica, com raras exceções, ainda não despertou para a imperiosa necessidade de “formar” juristas conciliadores.

No § 1º, o legislador se dirige diretamente ao juiz do trabalho, cobrando deste uma postura pacificadora, aconselhando-o a sempre empregar os seus bons ofícios, a sua maturidade, a sua experiência, o seu conhecimento, a sua cultura, enfim, o seu poder de persuasão no sentido de buscar uma solução conciliatória dos conflitos, deixando a entender que a sentença deve ser a última alternativa do Poder Judiciário.

O § 2º é mais uma herança da época em que a Justiça do Trabalho não integrava o Judiciário, desmerecendo demais delongas.

O § 3º dispõe sobre a inexistência de preclusão temporal para a conciliação, sendo lícito celebrar acordo **em qualquer tempo e grau de jurisdição**.

A CLT, quando trata da audiência no rito ordinário, prevê duas tentativas de conciliação, a primeira antes da defesa e a segunda após as razões finais (arts. 846 e 850).

No rito sumaríssimo, pela inexistência de razões finais, não há previsão específica para a “segunda” tentativa de conciliação, mas o legislador dispõe que o juiz, ao abrir a audiência, informará aos litigantes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência (art. 852-E CLT).

No sumário, o art. 2º, *caput*, da Lei 5.584/1970 também destaca que a tentativa de conciliação deve ocorrer no início da audiência.

A primeira tentativa de conciliação é fruto de uma magnífica previsão legal.

O legislador, em momento sublime, estabeleceu a busca pelo acordo antes da instalação da *litiscontestatio*, ou seja, antes da apresentação da defesa. Com a Reforma Trabalhista, a instalação da *litiscontestatio* deixou de ocorrer exclusivamente na audiência, podendo surgir mediante a apresentação da contestação nos autos do PJE, sem sigilo, antes da sessão, à luz do parágrafo único do art. 847 da CLT c/c § 3º do art. 841 da CLT. Essa novidade impacta diretamente na possibilidade ou não de desistência unilateral da ação, de aditamento da inicial e de complementação/aditamento da contestação, diante

da estabilização do processo, mas não altera a tentativa de acordo.

Mesmo que a contestação já esteja nos autos, sem sigilo, o sentimento que deve irradiar magistrado, advogados e partes, naquela primeira tentativa de conciliação, é o da informalidade, do desapego a filigranas jurídicas, deixando de lado o mundo jurídico abstrato e trazendo à baila o mundo real, cabendo principalmente ao juiz estimular a conversa, o desabafo e a busca por um entendimento amigável. Afinal, é conversando que se entende!

As longas pautas, cada vez mais entupidas de audiências, terminam ofuscando o brilho da previsão legal, transformando, rotineiramente, a primeira tentativa de conciliação numa pergunta maquinal feita pelo juiz (“existe possibilidade de conciliação?”) e em resposta também instintiva dos advogados (“não”).

O atual CPC, soprando a amena brisa da juventude, nos brinda com o belíssimo texto do art. 166, *verbis*: “*A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada*”.

Independência significa que não cabe ao juiz “decidir” se o acordo é bom ou ruim, decisão que pertence unicamente às partes, assistidas que estão por seus advogados. O juiz aconselha, adverte, tira dúvidas, enfim, usa toda a sua sabedoria na tentativa de acalmar os ânimos naquele momento tão importante do processo. Infelizmente ainda há uma cultura (sim, é cultural) de que o magistrado deve tudo comandar, deve tudo decidir, deve tudo carregar, deve tudo suportar, como se ali estivesse sozinho e a sua palavra desaguasse de um poder divino. Infelizmente ainda há uma cultura (sim, é cultural) de que os direitos trabalhistas de um empregado são intocáveis, sagrados, imaculados, como se não fossem direitos patrimoniais, mas “beatificados”. Daí o magistrado, diante de um acordo praticamente selado, põe o dedo na ferida quase fechada, reabrindo-a, tornando-se, naquele momento, parcial. A parcialidade é um pecado mortal a qualquer julgador.

A imparcialidade é um princípio que também deve estar presente na tentativa de conciliação (art. 166 do CPC).

O juiz do trabalho deve entender que não é tutor do trabalhador.

Mediar é bem diferente de intimidar. Informar é bem diferente de proibir. A imparcialidade é a principal artéria do corpo jurisdicional. O magistrado, sem ela, não sobrevive.

A audiência de conciliação passou a integrar o processo civil, mediante previsão contida no art. 334 do CPC.

A previsão legal do art. 850 da CLT, conhecida como “segunda” ou “derradeira” tentativa de conciliação, deve ser vista como mais uma tentativa de acordo. Não será, necessariamente, a “segunda” (pode ser a “terceira”, a “quarta”, a “quinta” etc.), nem tampouco a “última”, porquanto o § 3º do art. 764 da CLT prevê que a conciliação pode ser realizada a qualquer tempo, mesmo depois de prolatada a sentença.

O juiz deve, ao longo da audiência, buscar, a todo o momento, conciliar o litígio.

Depois do depoimento de uma das partes, o juiz, analisando o material colhido, pode tentar conciliar, mostrando, por exemplo, as contradições entre o que foi dito e o que foi narrado na petição inicial ou na contestação. A mesma postura pode ser adotada depois da oitiva de uma, de algumas ou de todas as testemunhas. O juiz não precisa ouvir as partes e todas as testemunhas para, depois das razões finais, quando a audiência já alcançou mais de 3h de duração, desprezando os princípios da celeridade, da economia e da simplicidade, buscar a conciliação, interpretando, erroneamente, o art. 850 da CLT, como se a tentativa ali prevista fosse de fato a “segunda”.

O juiz deve registrar em ata todas as tentativas de conciliação realizadas, incluindo os valores das propostas e contrapropostas, a forma de pagamento, entre outros detalhes.

Mesmo quando o juiz encerra os trabalhos e marca a data da sentença, a conciliação pode ser realizada. Prolatada a sentença, a conciliação também pode ser realizada. O acordo também pode ser feito no TRT, já na fase recursal, ou até mesmo no TST.

Transitando em julgado a sentença, o juiz, de ofício ou a requerimento de uma das partes, pode incluir o feito em **pauta de tentativa de conciliação**, sem prejuízo do andamento da execução.

Não há limite temporal (preclusão) para a tentativa de conciliação!

A ausência de tentativa de conciliação durante a audiência é considerado um “ato” prejudicial às partes, e, como tal, capaz de gerar nulidade processual – arts. 794 e 764 CLT.

A timidez do magistrado, a exagerada preocupação em não revelar o seu entendimento, o desprezo quanto à importância do exercício da psicologia naquele momento, a falta de experiência de vida, o excesso de formalismo, tudo isso contribui para o baixo índice de conciliação que ainda incomoda o nosso Judiciário. Alguns juízes supervalorizam a sentença, como se ela fosse capaz de solucionar um conflito. A sentença, em regra, acirra ainda mais a disputa, levando o sucumbente a recorrer e, com isso, a prolongar a lide.

Supervalorizar a sentença nada mais é do que um gesto de pura vaidade, acreditando, o magistrado, que apenas ele, mediante a sua sabedoria, é capaz de resolver a contenda.

Em consonância com o processo trabalhista, o CPC colocou, no ápice do desígnio processual, a busca pela conciliação, pela solução amigável da contenda, permitindo, no seu art. 3º, a arbitragem, a promoção da mediação, da conciliação e de outros métodos de solução consensual de conflitos, estimulando juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a se empenharem na busca pela solução pacífica da lide, não importando o estágio processual (art. 3º do CPC, em harmonia com o art. 764 da CLT).

O leitor poderia perguntar: qual o meio ideal para se buscar a conciliação?

Resposta: qualquer meio lícito de persuasão é válido!

Cabe não só ao magistrado, mas também aos advogados, a adoção de

inovações que frutificam da criatividade. Cada caso é um caso. Não existe uma fórmula mágica para o procedimento de tentativa de acordo. Naquele momento, todos devem atuar como mediadores. Todos. O que o advogado do reclamante sabe da causa foi o que o seu cliente contou. O que o advogado do reclamado sabe da causa foi o que o seu cliente contou. Os advogados não presenciaram os fatos. O mesmo acontece com o juiz. Na tentativa de conciliação, que deve ocorrer informalmente, longe daquele clímax excessivamente formal do Poder Judiciário, composto por juízes carrancudos e advogados “armados” para a “batalha”, as partes devem ser estimuladas a falar, a desabafar, a conversar.

9.1. Transação e Renúncia

A conciliação deve nascer de uma transação (negociação).

A transação está definida no art. 840 do Código Civil como um ato marcado por concessões mútuas (concessões recíprocas).

Teoricamente, portanto, a transação envolve necessariamente uma *res dubia* (coisa duvidosa), conhecida, na linguagem processual, como “fato controvertido” ou “fato controverso”.

A controvérsia representa um risco para ambas as partes. Cabe ao juiz, nas tentativas de conciliação, usar esse mote, mostrando aos contendores a temeridade que paira no prolongamento da lide. Não pode o juiz, entretanto, utilizar-se de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (art. 165, § 2º, do CPC).

Sendo controvertido o fato, a transação encontra o jardim ideal para florescer, exatamente porque as “concessões recíprocas” são a marca da transação.

Transação = concessões recíprocas (ambas as partes cedem em suas pretensões).

Inexistindo controvérsia (*res dubia*), não há que se pensar em transação.

Caso um acordo seja realizado, mesmo não existindo controvérsia, ele não terá sido fruto de transação, mas de renúncia, que é a concessão unilateral,

afinal, diante de fatos inconcussos, apenas uma parte cedeu, já que a outra não tinha o que conceder.

Renunciar é abandonar, largar, abrir mão, abdicar!

No processo trabalhista, o “termo de conciliação judicial”, homologado pelo juiz, é válido, seja oriundo de uma transação, seja nativo de uma renúncia.

Essa afirmação pode doer nos sensíveis ouvidos de juristas que insistem em viver no mundo abstrato, no mundo das ideias, no mundo do “dever ser”. Mas a dor é um dos principais efeitos da verdade. Uma coisa é dizer: “isso não pode acontecer”. Outra coisa é dizer: “isso acontece”. A primeira frase habita o plano contemplativo. A segunda, o mundo real. Trata-se de falsa devoção dizer que na Justiça do Trabalho todos os acordos proveem de uma transação.

Diante do juiz, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas pelo obreiro pode ser mitigado, prevalecendo o princípio da conciliação.

Não estou aqui defendendo, nem tampouco criticando, a prática da conciliação sem limites, mas apenas constatando um fato rotineiro que ocorre na Justiça Obreira.

O próprio TST, na OJ 132 da SDI-2, ratifica a irrelevância prática da diferença entre transação e renúncia, *verbis*:

AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. ALCANCE. OFENSA À COISA JULGADA. Acordo celebrado – homologado judicialmente – em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista.

A CLT, ignorando se o fruto da conciliação é maduro ou podre, reza que o “termo de conciliação” é um ato irrecorrível para as partes (art. 831, parágrafo único).

Sendo a conciliação fruto de uma árvore envenenada (fraude, simulação, dolo, coação etc.), restará à parte prejudicada a alternativa de ajuizar ação rescisória (tema abordado no item 2.5.3. desta obra), nos termos da Súmula 259 do TST, *verbis*:

TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

O juiz não pode simplesmente dizer, desprovido de justificativa, que não vai realizar determinado acordo, pois tem o dever constitucional de fundamentar todas as suas decisões (art. 93, IX, CF e art. 11 do CPC). Imaginem o juiz olhar para o trabalhador e dizer que não vai homologar o acordo porque determinada verba não foi contemplada, ignorando inclusive o fato de o obreiro se encontrar ao lado do seu advogado. O empregado, em resposta, diz que quer fazer o acordo de todo jeito, pois seu empregador o ajudou quando a sua filha estava doente, ou pelo fato de já ter recebido valores que compensariam a verba, ou porque vai viajar e não deseja mais retornar àquele lugar etc. **Ficará o magistrado aprisionado a doutrinas e crenças incompatíveis com a mitigação temporal da hipossuficiência obreira? Desprezará o magistrado, em postura grosseira e deseducada, ferindo normas basilares do Código de Ética da Magistratura, a atuação do advogado como conselheiro do trabalhador?**

Estudamos que o CPC, em seu art. 166, dispõe que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da **independência**, da **imparcialidade**, da **autonomia da vontade**, da **confidencialidade**, da **oralidade**, da **informalidade** e da **decisão informada**.

Deve o magistrado, quando das tentativas de acordo, despir-se do excesso de formalismo, agindo com neutralidade, desnudado do autoflagelo de pensar que carrega sozinho o pesado escudo da proteção ao hipossuficiente.

Juiz do trabalho não é “juiz do trabalhador”. Se assim agir, deixa de ser juiz, e passa a ser justiceiro!

Deve o juiz respeitar a autonomia da vontade. Se, porventura, detectar a presença do fétido odor do vício de consentimento (dolo, simulação, coação,

fraude), terá fundamentos para extinguir, sem resolução meritória, o feito (art. 142 do CPC). Não pode, entretanto, presumir vício de vontade. Não pode presumir a má-fé. Não pode ignorar que, ao lado das partes, estão os seus advogados (há uma cultura na Justiça do Trabalho de rotineiramente tornar invisível o advogado, como se não fosse ele essencial para a realização da Justiça – art. 133 da Lei Maior).

As pessoas jurídicas de direito público, mesmo imperando a regra da “indisponibilidade dos bens e do interesse público”, também podem conciliar. O STF já se pronunciou sobre o tema, *verbis*:

Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. (RE 253.885, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 04/06/2002, DJ 21/06/2002).

A Lei 9.469/97, em seu art. 1º (Redação dada pela Lei 13.140/2015), diz o seguinte: “*O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais*”.

9.2. Termo de Conciliação Judicial

O Termo de Conciliação Judicial tem natureza de “decisão judicial”, transitando em julgado, para as partes, no momento de sua homologação (assinatura do juiz do trabalho) – inteligência do art. 831, parágrafo único, da CLT e das Súmulas 100, V, e 259 do TST. Para reclamante e reclamado, portanto, o Termo de Conciliação Judicial é uma “decisão irrecorrível”.

À luz da Súmula 259 do TST, caso uma das partes deseje pleitear a

nulidade do Termo de Conciliação Judicial, terá que ajuizar, no prazo de dois anos, ação rescisória, com fulcro no rol taxativo do art. 966 do CPC – inteligência do art. 975 do CPC.

O art. 975 do CPC dispõe que os dois anos serão contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. O TST, no item I da Súmula 100, esclarece que o prazo é contado do “dia seguinte” ao trânsito em julgado. O CPC é mais preciso do que a Súmula, pois o trânsito em julgado ocorre exatamente no “dia seguinte” ao último dia para a interposição do recurso ou ao dia da publicação da derradeira decisão, considerada, como tal, irrecorrível. O mal do TST, no item I da Súmula 100, foi considerar como trânsito em julgado o último dia do prazo recursal, daí a imprecisão de dizer que o prazo decadencial da ação rescisória será contado do dia seguinte ao trânsito em julgado.

O termo de conciliação homologado por juiz do trabalho tem força de título executivo judicial (art. 876 da CLT). Logo, em caso de descumprimento, será objeto de execução (art. 878 da CLT). Se o reclamante estiver representado por advogado, a execução precisa ser requerida, dentro do prazo de dois anos, sob pena de preclusão (Súmula 150 do STF). Se não possuir advogado, a execução se processará de ofício (inovação da Reforma Trabalhista, presente na nova redação do art. 878 da CLT).

Digamos que a empresa W, depois de instalada a audiência, faça uma proposta de R\$ 20.000,00 em dez parcelas de R\$ 2.000,00 e que o reclamante aceite, sendo lavrado e homologado o termo de conciliação. A empresa pagou as duas primeiras parcelas, não quitando a terceira. Nos termos do art. 891 da CLT, nas prestações sucessivas por tempo determinado, a execução pelo não pagamento de uma prestação compreenderá as que lhe sucederem (previsão similar pode ser encontrada no § 5º do inciso I do art. 916 do CPC). Deve o juiz, diante da inadimplência, executar, a requerimento do advogado do autor, o título, determinando a aplicação da multa, prevista no próprio termo. Caso o demandante não esteja representado por advogado, caberá ao juiz iniciar de ofício a execução.

Importante destacar que a execução alcançará apenas aqueles que firmaram o acordo, pois o termo de conciliação só aproveita ou prejudica os

que dele façam parte, afinal trata-se de uma transação e, como tal, não pode alcançar pessoa que dela não tenha participado. Neste sentido, o *caput* do art. 844 do CCB:

A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

Situação comum diz respeito a reclamações trabalhistas envolvendo terceirização, quando o reclamante aciona a empresa prestadora de serviços terceirizados (antes chamada de “fornecedora”) e o contratante (antes chamado de “tomador de serviços”), pleiteando a condenação subsidiária deste último, nos moldes do § 5º do art. 5º-A da Lei 6.019/1974.

Digamos que a empresa prestadora de serviços terceirizados, na qualidade de empregadora do reclamante e responsável principal, faça uma proposta envolvendo pagamento parcelado e o trabalhador aceite. A partir daí, pode surgir um impasse: **o contratante se nega a participar do acordo**. Ora, ninguém pode obrigá-lo a assinar o termo de conciliação para, então, responder subsidiariamente pela quantia acordada – argúcia do inciso II do art. 5º da CF. O juiz, buscando “viabilizar” a conciliação, diz que constará do termo a seguinte cláusula: “O acordo foi firmado pelo reclamante e pelo primeiro reclamado, porém, em caso de descumprimento, a execução se voltará contra os dois reclamados”. **Essa cláusula é ilegal, e, por conseguinte, nula**. Sobre a transação envolvendo o credor e o devedor principal, eis o que reza o § 1º do art. 844 do CCB: “*Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador*”. O contratante, numa terceirização, nada mais é do que o fiador da empresa prestadora de serviços terceirizados.

O mesmo raciocínio se aplica aos casos de trabalho temporário, espécie de terceirização também prevista na Lei 6.019/1974, envolvendo a empresa de trabalho temporário, o tomador e o trabalhador, assim como à relação envolvendo empreiteiro principal, subempreiteiro e empregado deste (art. 455 da CLT) e à relação entre o dono da obra, o empreiteiro e o empregado deste (OJ 191 da SDI-1), pois, nos termos do § 3º do art. 844 do CCB, **sendo a transação efetuada por um dos devedores solidários e seu credor, ela extinguirá a dívida em relação aos codevedores** (previsão também aplicável aos casos de responsabilidade subsidiária).

A previsão do § 3º do art. 844 do CCB não se aplica às empresas que integram o mesmo grupo econômico, pois a solidariedade, no caso, é dual (passiva e ativa), à luz do § 2º do art. 2º da CLT e da Súmula 129 do TST, tese pacífica que levou o TST a cancelar a Súmula 205, e que não foi atingida pela Reforma Trabalhista. Sendo assim, mesmo que a reclamação seja ajuizada apenas em face de uma das empresas do grupo, a execução pode alcançar todas elas. Logo, se o acordo envolver apenas uma das empresas, em caso de descumprimento, a execução do termo de conciliação pode sim alcançar as demais. Com a Lei 13.467/2017, aquilo que eu já falava sobre grupo econômico foi concretizado na CLT, especificamente no § 3º do art. 2º. O grupo nada mais é do que uma “sociedade empresarial”, e, como tal, está marcado pela *affectio societatis* (interesse integrado + comunhão de interesses + atuação conjunta). Ora, se as empresas integrantes de um grupo econômico são “sócias”, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica torna-se compatível, por analogia, seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução (art. 855-A da CLT c/c arts. 133 a 137 do CPC).

Caso o Termo de Conciliação tenha sido fruto de simulação ou colusão (conluio, arranjo, conchavo) das partes, a fim de fraudar a lei, o Ministério Público do Trabalho terá legitimidade para ajuizar ação rescisória – inteligência do art. 967, III, “b”, do CPC/2015.

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. NULIDADE PROCESSUAL. COLUSÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. A ausência de notificação às partes para se manifestarem acerca dos documentos juntados pelo Ministério Público do Trabalho não implica nulificar o feito, máxime quando os fatos denunciados dão conta de ato simulado. Atuação singular da D. Procuradoria do Trabalho, de cunho investigativo. Inteligência do art. 129 do Código de Processo Civil. Desarrazoado arguir a ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho, pois este não é partícipe da relação jurídico-processual. Aplicação do *caput* do art. 127 da Constituição Federal, combinado com o art. 83, inciso II da Lei Complementar nº 75/93. Execução fundada em título executivo extrajudicial, produto de

acordo entabulado perante Comissão de Conciliação Prévia. Conjunto da prova que atesta o menoscabo e a vil conduta das “partes” que, valendo-se do processo trabalhista, almejam a chancela do Poder Judiciário a fim de validar suas práticas espúrias. Dados precisos que conspiram para que se conclua pela prática da colusão, perfectibilizada pelo claro escopo do exequente em, simulando lide, constituir crédito privilegiado, a fim de lesar terceiros de boa-fé, tais como o sem-número de ex-empregados e a Fazenda Pública. Exequente carecedor de ação, por ausência de interesse processual (art. 267, IV do CPC), face a não visualização de nenhum antagonismo de interesses – lide. A precariedade do título exequendo advindo de ato nulo (inciso II, § 1º, do art. 167 do Código Civil), torna-o inexigível, retirando-lhe condições de validade e eficácia. Além disso, sendo o exequente sócio da empresa executada, configura-se a hipótese versada no art. 381 do Código Civil – confusão. Aplicação do inciso X do art. 267 do CPC. Sentença que extingue a execução, sem julgamento do mérito, que se confirma. Recurso não provido. (TRT, 4ª Região, 8ª Turma, RO 01159-2002-029-04-00-1, Rel. Des. Maria Helena Mallmann, DOE-RS 27.04.2005).

O TST entende que a legitimidade do Ministério Público do Trabalho não se restringe às hipóteses previstas no CPC, vislumbrando, nesta norma, rol meramente exemplificativo. Eis a Súmula 407 do TST, *verbis*:

ACÇÃO RESCISÓRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE “AD CAUSAM” PREVISTA NO ART. 967, III, “A”, “B” E “C” DO CPC DE 2015. Art. 487, III, “A” E “B”, DO CPC DE 1973. HIPÓTESES MERAMENTE EXEMPLIFICATIVAS. (Nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. A legitimidade “ad causam” do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do art. 967 do CPC de 2015 (art. 487, III,

“a” e “b”, do CPC *de 1973*), uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas. (ex-OJ nº 83 da SBDI-2 – inserida em 13.03.2002).

9.3. Colusão e Simulação

Na colusão, **as partes agem de comum acordo**, buscando **fraudar a lei** ou **prejudicar terceiros**.

É o caso, por exemplo, de um preposto acertar um alto valor com o reclamante para a conciliação, sem a autorização do reclamado, fixando, por fora, a percepção de uma “comissão”. Preposto e reclamante se juntaram para prejudicar a empresa.

A colusão é chamada, pelo CPC, de “ato simulado”, especificamente no art. 142: *“Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”*.

Na Justiça do Trabalho, o termo “simulação” tem outro fato gerador, além daquele previsto no CPC. Estou falando da colusão envolvendo o empregador e os advogados das partes. O conluio, no caso, não tem como partícipe o trabalhador (uma das partes), pelo contrário, este é a vítima da “simulação”. Exemplificando.

O empregador, ao dispensar o empregado, já o encaminha a um advogado, o qual “simula” uma reclamação trabalhista apenas com o objetivo de obter a quitação total e irrevogável de todas as verbas decorrentes do contrato (o que é conhecido como “quitação do contrato”), mediante o firmamento de um “acordo”.

Lavrado o termo de conciliação e homologado pelo juiz, o empregador realiza o seu sonho: “não encontrar mais aquele empregado na Justiça do Trabalho”.

Esse tipo de simulação ocorre diariamente na Justiça do Trabalho.

Essa nefasta prática não pode ser confundida com aquele pré-acordo que

atende aos anseios de ambas as partes, mas que, por “segurança”, termina sendo levado à Justiça do Trabalho, em forma de reclamação, na busca da tão sonhada “homologação judicial”.

No pré-acordo, empregado e empregador estão satisfeitos com os termos da conciliação, mas o patrão se sente inseguro em realizar o pagamento “fora da Justiça do Trabalho”, temendo que o empregado, depois do pacto, ajuíze reclamação trabalhista. Esse temor do empregador decorre da inexistência de uma instância administrativa que garanta, de forma absoluta e irrevogável, a eficácia do ajuste.

O legislador pátrio, no ano de 2000, buscou preencher essa “lacuna”, inserindo, na CLT, o “Título VI-A” (arts. 625-A a 625-H), criando as Comissões de Conciliação Prévia.

A CLT tornou obrigatória, na época, a submissão de qualquer demanda trabalhista à comissão de conciliação prévia. Mas o art. 625-D, neste aspecto, teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, no dia 01/08/2018, decisão que apenas ratificou a liminar concedida no ano de 2009. Com efeito, o STF, por unanimidade, deu procedência parcial aos pedidos contidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nos 2.139, 2160 e 2237, à luz de interpretação conforme ao art. 625-D, § 1º a § 4º, da CLT, assentando que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, **mas não obrigatório**, de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente.

Importante frisar que o acordo realizado em comissão de conciliação prévia, **cuja demanda é facultativa**, à luz da citada decisão do STF, tem o condão de quitar todas as verbas decorrentes do contrato, basta que do termo não conste qualquer ressalva. Existindo título ressalvado, poderá o obreiro reclamar o seu pagamento na Justiça do Trabalho – vide parágrafo único do art. 625-E da CLT.

Necessário, pois, distinguir a faculdade de submeter uma demanda à comissão de conciliação prévia, da eficácia do acordo ali realizado. Ninguém mais discute que a ida do trabalhador à comissão é meramente facultativa, ou

seja, não se trata, desde 2009, de condição da ação trabalhista. De outra banda, caso o empregado procure a comissão e firme um termo de conciliação, este terá eficácia liberatória plena, geral e irrevogável, salvo quanto às verbas expressamente ressalvadas.

O número de reclamações trabalhistas vinha aumentando também por conta da resistência, cada vez mais comum, do sindicato em homologar termos de rescisão. Esse problema acabou, depois da Reforma Trabalhista, já que a homologação sindical ou ministerial deixou de ser obrigatória, independentemente do tempo de serviço do empregado, a partir do dia 11/11/2017, com a revogação do § 1º do art. 477 da CLT pela Lei 13.467/2017. Importante frisar que a “homologação sindical” permanece obrigatória para fins de “quitação anual” de obrigações trabalhistas, faculdade de empregados e empregadores, e que pode ocorrer na vigência ou não do contrato de emprego, nascendo o Termo de Quitação Anual de Obrigações Trabalhistas, sendo certo que essa quitação não terá eficácia ampla, geral e irrevogável, já que o termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual com eficácia liberatória apenas dos valores e das parcelas nele especificadas. A previsão se encontra no novo art. 507-B da CLT.

Nas anteriores edições desta obra, já defendia, como meio de solução para as “lides simuladas”, a aplicação, no processo trabalhista, da “Ação de Homologação de Acordos Extrajudiciais”, prevista no art. 57 da Lei 9.099/1995 e no art. 515, III, do CPC. Fiz menção, inclusive, ao esclarecedor artigo publicado pelo juiz do trabalho, professor e amigo Marcílio Florêncio Mota, *verbis*:

No que respeita à adoção da homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho, vislumbramos que ela servirá ao fim de proporcionar aos interessados a segurança que a homologação judicial proporciona, ou seja, a impossibilidade de questionamento do ajuste e do possível pagamento, como regra.

Veja-se, por oportuno, que essa possibilidade de homologação terá o condão de acabar com as ações simuladas, em especial naquelas hipóteses em que a simulação não é com o objetivo de violar direitos

do trabalhador.

Chamava a atenção o fato de o próprio PJE considerar compatível a homologação de acordo extrajudicial com o processo do trabalho, já que tal procedimento fazia parte do seu rol de ações.

Com a Reforma Trabalhista, mais uma vez me senti premiado, exatamente porque esta obra já se mostrava visionária desde o seu nascedouro. A Lei 13.467/2017 inseriu os arts. 855-B a 855-E na CLT, consagrando definitivamente a compatibilidade da Ação de Homologação de Acordo Extrajudicial com o processo do trabalho. A análise do procedimento encontra-se neste Capítulo, especificamente no item 9.5.

Pois bem.

A adesão do empregado a PDV (plano de demissão voluntária) ou PIDV (plano de incentivo à demissão voluntária) não tinha o condão, mesmo diante da existência de cláusula neste sentido, de quitar todas as verbas decorrentes da relação empregatícia, ou seja, a adesão não impedia o empregado de buscar, na Justiça do Trabalho, títulos e valores não abrangidos no plano/programa de demissão. Imperava a OJ 270 da SDI-1 (vide também, sobre o tema, a OJ 356 da SDI-1, que não permite a compensação da indenização paga pela adesão; e a OJ 207 da SDI-1, que consagra a não incidência de imposto de renda sobre a indenização oriunda de PDV). Hoje, entretanto, a quitação geral e irrevogável de todas as verbas em PDV é possível, em consonância com a decisão do STF, do ano de 2015, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 590.415, que passou a considerar válida a quitação geral e irrevogável de todas as verbas decorrentes do contrato, à luz de cláusula prevista no termo de PDV assinado por empregado e empregador, desde que o Programa de Demissão esteja **previsto em convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho**. A Reforma Trabalhista veio apenas ratificar a decisão do STF. Com efeito, a Lei 13.467/2017 incluiu o art. 477-B na CLT, dispondo que o Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

9.4. Discriminação da Natureza das Verbas

O § 3º do art. 832 da CLT reza que as sentenças e os termos de conciliação deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação (sentença) ou do acordo (termo de conciliação). É o que se chama de “discriminação das verbas”.

O art. 114, VIII, da CF fixa a competência da Justiça do Trabalho para **executar** (cobrar) as contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões. A competência se restringe, portanto, à fase executória, sendo uma típica “competência acessória”.

Na Justiça Laboral não há espaço para o pedido de condenação do empregador, na fase de conhecimento, em sede de reclamação trabalhista, no recolhimento de contribuições previdenciárias, exatamente por conta da sua absoluta incompetência cognitiva – Súmula Vinculante 53, art. 114, VIII, da CF e Súmula 368 do TST. O tema será abordado com mais detalhes quando do estudo da contestação.

O termo de conciliação é uma decisão judicial. Logo, o juiz também executará as contribuições previdenciárias oriundas do acordo. Para tanto, terá que “discriminar as verbas”, ou seja, atribuir natureza remuneratória e/ou indenizatória às parcelas constantes do termo, exatamente pelo fato de as contribuições incidirem apenas sobre as verbas remuneratórias.

Na sentença, convenhamos, a discriminação torna-se redundante, inexpressiva, cansativa, e, evidentemente, dispensável, pois deriva, com singela naturalidade, da própria condenação.

Bem diferente é a discriminação das verbas no termo de conciliação.

A discriminação pode integrar a negociação que precede o acordo?

A discriminação das verbas pode ser negociada entre as partes?

Entendo que sim, afinal, a prioridade é solucionar o conflito entre reclamante e reclamado, tendo, a contribuição previdenciária, natureza meramente secundária (acessória). Inadmissível seria um acordo não se concretizar por conta de uma subsidiária discussão acerca da natureza dos títulos. Alguns juízes, entretanto, não admitem a negociação sobre a

discriminação, atuando, *data venia*, como se auditores fiscais fossem.

Interessante é perceber que juízes do trabalho que tomam para si a responsabilidade de discriminar as verbas em acordo judicial, vedando a livre disposição das partes, ignoram, além dos princípios da autonomia da vontade, da independência e da imparcialidade, consagrados no art. 166 do CPC, “orientação” do próprio credor previdenciário, ou seja, da União Federal, já que existe, na AGU, desde o final do ano de 2012, Súmula que garante a **“liberdade de discriminação da natureza das verbas pelas partes”**. Eis o teor da Súmula 67 da AGU:

SÚMULA Nº 67 DA AGU DE 03 DE DEZEMBRO DE 2012
(Publicada no DOU Seção I, de 04/12, 05/12 e 06/12/2012). “Na Reclamação Trabalhista, até o trânsito em julgado, **as partes são livres para discriminar a natureza das verbas objeto do acordo judicial** para efeito do cálculo da contribuição previdenciária, **mesmo que tais valores não correspondam aos pedidos ou à proporção das verbas salariais constantes da petição inicial.**”
(sem grifos no original)

Os litigantes e os seus advogados são livres, portanto, para consagrar quais são as verbas que integram o acordo, **mesmo que os títulos não sejam objeto da reclamação**, já que o termo de conciliação pode quitar todas as verbas daquela relação de emprego ou de trabalho, como dispõe a já citada Súmula 67 da AGU, e a OJ 132 da SDI-2, ora transcrita:

OJ 132 da SDI-2. AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. ALCANCE. OFENSA À COISA JULGADA (DJ 04.05.2004) Acordo celebrado – homologado judicialmente – em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, **alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho**, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista. (sem grifos no original)

Sendo assim, a discriminação das verbas pode alcançar títulos que não integram o objeto da lide, ou seja, pedidos não formulados pelo reclamante,

principalmente quando a intenção das partes for a quitação de todas as verbas/obrigações decorrentes da relação, o que se costuma chamar de “quitação do contrato de trabalho” (OJ 132 da SDI-2).

Há magistrados que não homologam acordo com a “quitação do contrato”. Jamais perguntei aos colegas o motivo, mas garanto que não é jurídico. Se motivação existe, ela é doutrinária, cultural (crença cultivada por décadas). Quebrar paradigmas é um grande desafio dentro do Poder Judiciário Trabalhista, principalmente porque o embate atrai um inimigo robusto, gerado por “carga hereditária” que faz o magistrado trabalhista sentir-se como protetor do obreiro. A doutrinação é tão contundente que leva o órgão jurisdicional a simplesmente não enxergar que o “protetor” do obreiro é o seu advogado, mais ninguém.

Vamos exemplificar?

Digamos que o reclamante esteja pedindo a condenação do reclamado no pagamento de horas extras (verba de natureza remuneratória) e de uma indenização por dano moral (verba de natureza indenizatória). O reclamado, em audiência, faz uma proposta considerada irrecusável pelo reclamante, sob uma condição: “a de que o reclamante confesse a não realização de horas extras, e, com isso, que o valor do acordo tenha, em sua totalidade, natureza indenizatória”. Poderia o juiz se imiscuir na negociação, a ponto de ignorar a confissão do reclamante e bloquear o firmamento do acordo? Poderia o juiz impedir a franca admissão da parte autora de que não laborava em sobrejornada?

Não consigo imaginar, no caso, como o juiz do trabalho poderia “bloquear” o ato conciliatório, mediante “decisão fundamentada”.

Sempre é bom lembrar que toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade – inteligência do art. 93, IX, da CF e do art. 11 do CPC. Não basta, portanto, que o juiz simplesmente diga que “não homologará o acordo” ou que afirme “não concordar com a discriminação proposta pelas partes”. Ele tem, por dever de ofício, sombreado pela Lei Maior e pelo CPC, que externar fundamentação convincente a respeito do

tema. A fundamentação não é uma faculdade, mas um dever do magistrado!

Deferir ou indeferir, qualquer pessoa é capaz de fazer. A excelência do juiz está em sua fundamentação!

Para aqueles que entendem que a discriminação das verbas, em um termo de conciliação, é um mero ato discricionário do magistrado, vale citar, neste ponto do nosso estudo, que “quanto maior o grau de discricionariedade de um ato, mais relevante e indispensável se torna a sua fundamentação”.

Juiz do trabalho não é um “órgão arrecadador” do INSS, não é um “fiscal” do INSS. Juiz do trabalho é um órgão do Poder Judiciário (art. 111, III, da CF), com autoridade e independência suficientes para decidir, sob a flâmula indeclinável do princípio da livre persuasão racional e na latitude necessária à pacificação e resolução do conflito.

Voltando ao art. 832 da CLT, caso conste verba de natureza indenizatória no Termo de Conciliação Judicial, o juiz intimará a União Federal, abrindo-lhe prazo para recorrer (a União poderá interpor recurso ordinário no prazo de 16 dias, ante a incidência do art. 183 do CPC – prazo em dobro) – inteligência do art. 832, §§ 4º e 5º, da CLT. Essa intimação só será necessária quando o valor do acordo ultrapassar o limite de prévia renúncia fiscal fixado pela União – § 7º do art. 832 da CLT.

Lembro-me bem de uma questão elaborada pelo CESPE/UNB, mais ou menos assim: “Qual o recurso cabível contra Termo de Conciliação Judicial homologado por juiz do trabalho?”. A vivacidade do questionamento está, principalmente, na palavra “recurso”. A pergunta não se refere a “remédio”, mas a “recurso”. Caso o termo “remédio” fosse utilizado, o candidato responderia, sem titubear, pelo cabimento de ação rescisória, nos termos do art. 831, parágrafo único, da CLT c/c Súmulas 100, V, e 259 do TST. Mas a pergunta foi “qual o recurso cabível”.

Eis a resposta:

“O recurso cabível é o Recurso Ordinário, a ser interposto exclusivamente pela União Federal, caso conste, do Termo de Conciliação, verba de natureza indenizatória, como reza o art. 832,

§§ 3º e 4º, da CLT, merecendo destaque o fato de que as partes não poderão recorrer do Termo de Conciliação, pois este, depois de homologado pelo juiz do trabalho, transita em julgado, tornando-se irrecurável para os litigantes, aos quais restará tão somente a opção de ajuizamento de ação rescisória, à luz das previsões contidas no art. 831, parágrafo único da CLT e nas Súmulas 259 e 100, V, do TST”.

Não custa lembrar que o recurso ordinário da União Federal tem que guardar pertinência temática com o seu interesse recursal, restrito apenas à discriminação das verbas. Fora isso, a União não pode questionar mais nada. Depois da publicação da Súmula 67 da AGU, já citada anteriormente, temos que a União praticamente externou verdadeira renúncia recursal.

Nos dissídios coletivos de competência do TST, o Termo de Conciliação Judicial ali firmado pode ser objeto de recurso pelas partes, desde que a decisão homologatória não seja unânime (decisão por maioria). O recurso cabível é o de “Embargos Infringentes” (ou “Embargos à SDC”), previsto no art. 894, I, “a”, CLT, com redação dada pela Lei 11.496/2007, *verbis*:

Art. 894 da CLT. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias:

I – de decisão não unânime de julgamento que:

a) conciliar, julgar ou *homologar conciliação* em dissídios coletivos que excedam a competência territorial dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever as sentenças normativas do Tribunal Superior do Trabalho, nos casos previstos em lei; (sem grifos no original).

Os Embargos Infringentes também estão previstos no art. 2º, II, “c”, da Lei 7.701/1988, mas esta previsão está incompleta quando comparada com a do inciso I do art. 894 da CLT.

Voltando aos dissídios individuais, pode acontecer de o juiz do trabalho **não discriminar as verbas no Termo de Conciliação**. Não estou no “mundo do dever ser”, caro leitor. Estou no mundo do “ser”.

Eis o fato: as partes assinaram e o juiz homologou o termo de conciliação, sem qualquer discriminação quanto à natureza das verbas.

O termo de conciliação foi omissivo.

Recordo de uma questão de concurso para Advogado da União (AGU), cuja prova também foi elaborada pelo CESPE/UNB, que dizia mais ou menos o seguinte: “O juiz do trabalho homologou termo de conciliação judicial sem definir a natureza das verbas. Cabem embargos de declaração para suprir a omissão?”. Questão de admirável incubação, exigindo o máximo de atenção do candidato.

Eis a resposta:

“Não cabem embargos de declaração, porquanto o termo de conciliação judicial transita em julgado, para as partes, no momento de sua homologação, tornando-se, pois, irrecurável, nos termos do art. 831, parágrafo único, da CLT e Súmulas 100, V e 259 do TST. Em relação à União Federal, também não cabem embargos de declaração ou recurso ordinário, por falta de interesse recursal, visto que, quando omissivo o termo de conciliação, no que concerne à discriminação das verbas, o TST, mediante a OJ 368 da SDI-1 (que apenas traduz previsão contida no § 1º do art. 43 da Lei nº 8.212/1991), entende que o juiz, no caso, atribuiu natureza remuneratória a todo o valor do acordo, ou seja, a União Federal nem sequer será intimada da decisão homologatória – inteligência do art. 832, § 3º, da CLT”.

Preciosa lição àqueles que advogam para empregadores: ler atentamente o termo de conciliação antes de sua assinatura pelo cliente e posterior homologação judicial. Caso não conste a discriminação das verbas, o advogado orientará seu cliente a não assinar o termo, procurando, imediatamente, o magistrado, para que a omissão seja sanada. Do contrário, entender-se-á que a contribuição previdenciária incidirá sobre “todo o valor do acordo”.

Segue, na íntegra, o teor da OJ 368 da SDI-1 e do § 1º do art. 43 da Lei 8.212/1991 (a OJ foi publicada em 2008, antes da alteração do art. 43 da Lei

8.212/1991, ocorrida um ano depois, mediante a Lei 11.941/2009; o parágrafo único do art. 43 já não mais existe, mas o seu inteiro teor hoje se encontra no § 1º):

OJ 368 da SDI-1. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PARCELAS INDENIZATÓRIAS. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR TOTAL. É devida a incidência das contribuições para a Previdência Social sobre o valor total do acordo homologado em juízo, independentemente do reconhecimento de vínculo de emprego, desde que não haja discriminação das parcelas sujeitas à incidência da contribuição previdenciária, conforme parágrafo único do art. 43 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, e do art. 195, I, “a”, da CF/1988.

Art. 43, § 1º, da Lei 8.212/91. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurem, discriminadamente, as parcelas legais relativas às contribuições sociais, estas incidirão sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado (Redação dada pela Lei 11.941/2009).

Insisto em dizer que a “discriminação” das verbas em sentença é um ato maçante e desnecessário, posto que, na decisão, o juiz já se pronuncia sobre todas as parcelas que compõem a condenação, sendo notória a natureza de cada uma delas. Ademais, a execução do crédito previdenciário é matéria de ordem pública, tanto assim que se processa *ex officio*, como determina o art. 114, VIII, da CF. Se o juiz, no entanto, afastar, na sentença, a incidência tributária, quer do imposto de renda, quer da contribuição previdenciária, como no caso, por exemplo, da condenação em indenização por dano moral, o *decisum* não comportará dedução fiscal. Neste sentido a Súmula 401 do TST, *verbis*:

SÚMULA 401 DO TST. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONTOS LEGAIS. FASE DE EXECUÇÃO. SENTENÇA EXEQUENDA OMISSA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA.

Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária.

E como fica a discriminação das verbas no caso de acordo celebrado depois da prolação da sentença condenatória?

Caso um acordo seja feito após o trânsito em julgado da sentença ou mesmo já na fase de execução, em valor menor do que a quantia da dívida, as contribuições previdenciárias também serão afetadas pela redução, pois incidirão apenas sobre o valor do acordo. Dizemos que, no caso, “o acessório seguirá o principal”.

Digamos que o valor da dívida era de R\$ 50.000,00, sendo R\$ 40.000,00 do trabalhador e R\$ 10.000,00 da União, a título de contribuições previdenciárias. Se o trabalhador fizer um acordo no valor de R\$ 20.000,00 (50%), a dívida previdenciária passará a ser de R\$ 5.000,00 (50%).

A previsão se encontra na OJ 376 da SDI-1 e no § 5º do art. 43 da Lei 8.212/1991. **O § 6º do art. 832 da CLT, portanto, encontra-se revogado!**

A execução do crédito previdenciário se restringe às verbas de natureza remuneratória constantes das decisões, inclusive homologatórias de acordos, proferidas pelos órgãos da Justiça do Trabalho, **não alcançando contribuições do período clandestino.**

A competência previdenciária da Justiça do Trabalho é uma competência meramente acessória, limitando-se à fase de execução. O juiz do trabalho não tem competência para condenar o empregador a recolher as contribuições previdenciárias de um contrato de trabalho. O juiz do Trabalho não tem competência para averbar tempo de serviço para fins de aposentadoria. A competência previdenciária da Justiça do Trabalho não incide na fase de conhecimento.

O STF já tinha pacificado o entendimento antes mesmo da publicação da

Súmula Vinculante 53.

SÚMULA VINCULANTE 53. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE DO Art. 114, VIII, DA CF. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da CF, alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir. (RE 569.056, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 11/09/2008, Plenário, DJe 12/12/2008, com repercussão geral). No mesmo sentido: AI 760.826-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15/12/2009, 2ª Turma, DJe 12/02/2010; AI 757.321-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20/10/2009, 1ª Turma, DJe 06/08/2010; RE 560.930-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28/10/2008, 1ª Turma, DJe 20/02/2009. (sem grifos no original)

São verbas de natureza remuneratória, para fins de contribuição previdenciária: salário, comissões, gratificações, prêmios habituais, abonos, salário *in natura*, adicionais, diárias para viagem em valor maior do que a metade do salário, gorjetas, gueltas, aviso prévio trabalhado, 13º salário etc.

São verbas de natureza indenizatória: férias indenizadas + 1/3 (pagas na rescisão contratual), diárias para viagem (desde que limitadas a 50% do salário), ajuda de custo, FGTS, indenização de 40% sobre o FGTS, indenização do art. 479 CLT, multa do art. 477, § 8º, CLT, multa do art. 467 CLT, indenização por dano (moral, material, estético, existencial etc.), ressarcimento com despesas resultantes da transferência de localidade (art. 470 CLT), indenização substitutiva do seguro-desemprego e do PIS, vale-transporte ou auxílio-transporte, utilidades previstas no § 2º do art. 458 CLT, aviso prévio indenizado etc.

O **aviso prévio indenizado**, apesar de ser computado como tempo de serviço, inclusive para fins de baixa do contrato na CTPS (OJ 82 SDI-1), contagem da prescrição bienal (OJ 83 SDI-1), recolhimento do FGTS (Súmula 305 TST) e aquisição da estabilidade gestante (art. 391-A CLT), não tem natureza remuneratória para fins de contribuição previdenciária.

Assim já decidiu o TST:

RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O aviso prévio indenizado, como demonstra a própria denominação, tem natureza jurídica indenizatória, pelo que não incide a contribuição previdenciária sobre a parcela. Recurso de revista a que se nega provimento. (TST, 6ª Turma, RR: 124400-18.2009.5.06.0022, Rel. Kátia Magalhães Arruda, *DJ* 07/08/2012).

O STJ também consolidou o mesmo entendimento, excluindo o aviso prévio indenizado da base contributiva previdenciária, sendo relevante citar os precedentes:

- STJ – REsp 1221.665-PR (2010/0211433-0) – 1ª T. – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – *DJe* 23/02/2011;
- STJ – REsp 812.871-SC – 2ª T. – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – *DJe* 25/10/2010;
- STJ – REsp 1.198.964-PR – 2ª T. – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – *DJe* 04/10/2010.

Aproveitando o ensejo, o aviso prévio indenizado, apesar de incidir no FGTS (Súmula 305 do TST), não repercute no cálculo da indenização de 40% sobre o FGTS, como prevê o item II da OJ 42 da SDI-1.

O STJ tem apreciado diversas ações sobre contribuição previdenciária de verbas trabalhistas. A tendência é afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade pago pelo INSS (tema ainda pendente de uniformização, diante de cautelar incidental apresentada pela Procuradoria da Fazenda Nacional no REsp 1.230.957/RS – vide também REsp 1.322.945/DF). O STJ também entende que não incide a contribuição

previdenciária sobre as férias usufruídas. O empregador, nas duas situações, deve recolher a contribuição, evitando sanções, para, depois, ajuizar ação na Justiça Federal, pleiteando a devolução/compensação dos valores.

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS USUFRUÍDAS. AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREGADO. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA QUE NÃO PODE SER ALTERADA POR PRECEITO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE CARÁTER RETRIBUTIVO. AUSÊNCIA DE INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO DO TRABALHADOR. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARECER DO MPF PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE E AS FÉRIAS USUFRUÍDAS. 1. Conforme iterativa jurisprudência das Cortes Superiores, considera-se ilegítima a incidência de Contribuição Previdenciária sobre verbas indenizatórias ou que não se incorporem à remuneração do Trabalhador. 2. O salário-maternidade é um pagamento realizado no período em que a segurada encontra-se afastada do trabalho para a fruição de licença maternidade, possuindo clara natureza de benefício, a cargo e ônus da Previdência Social (arts. 71 e 72 da Lei 8.213/91), não se enquadrando, portanto, no conceito de remuneração de que trata o art. 22 da Lei 8.212/91. 3. Afirmer a legitimidade da cobrança da Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade seria um estímulo à combatida prática discriminatória, uma vez que a opção pela contratação de um Trabalhador masculino será sobremaneira mais barata do que a de uma Trabalhadora mulher. 4. A questão deve ser vista dentro da singularidade do trabalho feminino e da proteção da maternidade e do recém-nascido; assim, no caso, a relevância do benefício, na verdade, deve reforçar ainda mais a necessidade de sua exclusão da base de cálculo da Contribuição Previdenciária, não havendo razoabilidade para a exceção estabelecida no art. 28, § 9º, a

da Lei 8.212/91.5. O Pretório Excelso, quando do julgamento do AgRg no AI727.958/MG, de relatoria do eminente Ministro Eros Grau, *DJe* 27.02.2009, firmou o entendimento de que o terço constitucional de férias tem natureza indenizatória. O terço constitucional constitui verba acessória à remuneração de férias e também não se questiona que a prestação acessória segue a sorte das respectivas prestações principais. Assim, não se pode entender que seja ilegítima a cobrança de Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional, de caráter acessório, e legítima sobre a remuneração de férias, prestação principal, pervertendo a regra áurea acima apontada. 6. O preceito normativo não pode transmutar a natureza jurídica de uma verba. Tanto no salário-maternidade quanto nas férias usufruídas, independentemente do título que lhes é conferido legalmente, não há efetiva prestação de serviço pelo Trabalhador, razão pela qual, não há como entender que o pagamento de tais parcelas possuem caráter retributivo. Consequentemente, também não é devida a Contribuição Previdenciária sobre férias usufruídas. 7. Da mesma forma que só se obtém o direito a um benefício previdenciário mediante a prévia contribuição, a contribuição também só se justifica ante a perspectiva da sua retribuição futura em forma de benefício (ADI-MC 2.010, Rel. Min. Celso de Mello); destarte, não há de incidir a Contribuição Previdenciária sobre tais verbas. 8. Parecer do MPF pelo parcial provimento do Recurso para afastar a incidência de Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade. 9. Recurso Especial provido para afastar a incidência de Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade e as férias usufruídas. (STJ, REsp 1322945-DF 2012/0097408-8, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 27/02/2013, S1 – Primeira seção, *DJe* 08/03/2013).

Sobre as férias indenizadas (aquelas pagas na rescisão contratual), a Lei 8.212/1991, no seu art. 28, § 9º, “d”, já prevê a não incidência de contribuição previdenciária.

O STJ entende que não incide Contribuição Previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado durante *os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença* (prazo mantido pela Lei 13.135/2015) – (AgRg no REsp 88.704/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 22/05/2012).

9.5. Homologação de Acordo Extrajudicial

Nos arts. 855-B a 855-E da CLT, encontramos o Processo de Jurisdição Voluntária Para Homologação de Acordo Extrajudicial. Voluntária pelo fato de não existir lide ou, em outras palavras, pelo fato de o conflito de interesses já ter sido solucionado sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário. O leitor fica desde já advertido que não pode confundir a Homologação de Acordo Extrajudicial com a “rescisão por mútuo acordo”, prevista no art. 484-A da CLT, tampouco com a possibilidade de quitação anual, perante o sindicato, de obrigações anuais, prevista no art. 507-B da CLT.

Interessante observar que não se aplica o *jus postulandi* à ação de homologação de acordo extrajudicial. O legislador está de parabéns, mas bem que poderia ter acabado de vez com essa anomalia para toda e qualquer ação ou meio de impugnação, ou, pelo menos, restringido a sua aplicação a causas de pequeno valor, como acontece na justiça comum.

O *caput* do art. 855-B da CLT dispõe que é obrigatória a representação das partes por advogado, que pode ser o do sindicato de sua categoria (§ 2º). Mas as partes não poderão ser representadas por advogado comum (§ 1º).

A necessidade do patrono imprime maior segurança ao ato processual, cuja petição deve ser assinada pelas partes e por seus advogados e escaneada no PJE. As procurações devem acompanhar a petição, já que não se trata de “ato urgente” (art. 104 do CPC).

Apenas para reforçar, em face da vedação expressa do § 1º do art. 855-B da CLT, as partes não podem ser representadas pelo mesmo advogado ou escritório de advocacia. O profissional deve ficar atento à proibição, preservando-se contra denúncias que podem chegar à OAB.

A ação de homologação de acordo extrajudicial não tem o condão de alijar

a incidência das multas previstas na CLT, nem de afastar os prazos ali previstos, principalmente aquele pertinente ao pagamento das verbas rescisórias, que é de dez dias – art. 855-C da CLT.

Ajuizada a ação, o juiz poderá homologar o acordo, sem a necessidade da presença das partes e dos advogados, no prazo de quinze dias – art. 855-D da CLT. Trata-se de ato meramente discricionário do magistrado. A decisão de homologação transita em julgado imediatamente (item V da Súmula 100 do TST), sendo, portanto, irrecorrível para as partes (parágrafo único do art. 831 da CLT). Existindo verba de natureza indenizatória na decisão, o juiz intimará a União, que poderá interpor recurso ordinário, à luz dos §§ 4º e 5º do art. 832 da CLT.

Caso o juiz entenda necessário, poderá designar audiência, intimando as partes e os advogados (caso os advogados possuam, nas respectivas procurações, poderes especiais para transigir, renunciar, dar quitação etc. pode o juiz restringir a intimação a eles). Trata-se de mera faculdade do juiz, cuja fundamentação é legal – parte final do art. 855-D da CLT. Realizada a audiência, caso o juiz decida acolher a ação, não proferirá sentença, mas uma mera decisão homologatória de acordo, com trânsito em julgado imediato para as partes e que terá natureza de título executivo judicial. Importante destacar que, durante a audiência, as bases do acordo poderão ser alteradas, com a participação direta do juiz.

O juiz não pode alterar as bases do acordo unilateralmente.

Nos termos da Súmula 418 do TST, sombreada pelo princípio da livre persuasão racional, o juiz não é obrigado a homologar qualquer acordo ou ação de homologação extrajudicial, podendo, portanto, se recusar a chancelar o ato, lançando, necessariamente, a fundamentação (seu convencimento) na decisão de indeferimento (inciso IX do art. 93 da CF e art. 11 do CPC).

Se o juiz indeferir o pedido de homologação, estará proferindo uma sentença de improcedência, decisão esta que desafia recurso ordinário, no prazo de oito dias, à luz do inciso I do art. 895 da CLT. O TRT, apreciando o recurso, poderá homologar o acordo.

Convencendo-se o juiz de que as partes se serviram do processo para

praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, proferirá sentença terminativa, extinguindo o processo sem resolução meritória, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé, nos termos do art. 142 do CPC. Também caberá recurso ordinário contra esse tipo de sentença.

O art. 855-E da CLT decreta a suspensão prescricional, a partir do protocolo da petição, quanto ao objeto da ação, cujo prazo voltará a fluir, de onde parou, a partir do dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negou a homologação do acordo.

A ação de homologação de acordo extrajudicial poderá ser ajuizada na vigência do contrato, visando à sua rescisão ou não. Isso mesmo. Nada impede que as partes, ainda na constância da relação de emprego, busquem na Justiça do Trabalho a homologação de um acordo, para dar quitação a algumas ou a todas as verbas decorrentes daquele pacto, escolhendo se a relação continuará ou findará a partir da homologação.

A ação também poderá ser ajuizada depois da ruptura contratual, com a quitação restrita às verbas especificadas na petição, ou com quitação geral (quitação do contrato de trabalho).

Todos os termos do acordo extrajudicial deverão constar da petição, tais como a forma de pagamento (parcela única ou parcelas sucessivas), o meio de pagamento (depósito judicial; depósito em conta bancária etc.), as obrigações de fazer ou de não fazer, a multa em caso de descumprimento (que pode ser proporcional ao tempo de atraso), os efeitos para o caso de mora de uma parcela (se as demais já vencerão antecipadamente), entre outros pontos. Os advogados das partes poderão usar todo o arsenal de criatividade.

Honorários advocatícios poderão ser acordados e compor a petição, com todos os detalhes cabíveis.

Já disse, mas vou repetir. **O juiz do trabalho não pode alterar unilateralmente os termos e os detalhes do acordo esculpidos na petição.** Caso o magistrado não concorde com um ou alguns pontos, designará audiência, intimando os advogados, exatamente para discuti-los.

9.5.1. Modelo de Ação de Homologação de Acordo Extrajudicial

EXMO. SR. JUIZ DO TRABALHO DA ____ VARA DO TRABALHO DE ____

NOME DO TRABALHADOR, qualificação e endereço, ora denominado EX-EMPREGADO, e NOME DO EMPREGADOR, qualificação e endereço, ora denominado EX-EMPREGADOR, por seus respectivos advogados ao final firmados, com procurações anexas, vêm requerer a HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL, com fulcro nos arts. 855-A a 855-E da CLT, nos termos abaixo especificados.

DAS INTIMAÇÕES E NOTIFICAÇÕES

Os patronos dos acordantes requerem que todas as intimações/notificações expedidas sejam exclusivamente realizadas em nome dos seguintes advogados: (colocar aqui os nomes dos advogados e os respectivos números de inscrição na OAB), nos termos da Súmula 427 do TST e do § 5º do art. 272 do CPC.

DO CONTRATO DE TRABALHO

Os acordantes mantiveram relação empregatícia, mediante contrato de trabalho firmado no dia ____ e rescindido, sem justa causa, no dia ____, ocorrendo, no dia ____, a quitação tempestiva das verbas rescisórias, à luz do TRCT anexo, com baixa do pacto em CTPS (cópia anexa), sendo certo que o obreiro exerceu a função de ____, mediante remuneração mensal de R\$ ____.

DO TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

- 1) Os acordantes, mediante transação livre e espontânea, estipularam que o EX-EMPREGADOR pagará ao EX-EMPREGADO a importância líquida de R\$ ____.
- 2) O pagamento ocorrerá da seguinte forma (colocar aqui a periodicidade do pagamento – se em uma parcela, em duas, em três etc. – especificando, no caso de parcelamento, se este será semanal, quinzenal, mensal etc.).
- 3) O pagamento será realizado na(s) seguinte(s) data(s)

(colocar aqui a data ou as datas, especificando, no caso de parcelamento, o valor de cada parcela).

- 4) O pagamento dar-se-á mediante depósito/transferência em dinheiro, na conta bancária do EX-EMPREGADO, cujos dados são os seguintes: (colocar aqui o nome do banco e o seu número; o nome da agência e o seu número; o tipo de conta e o seu número completo).
- 5) O EX-EMPREGADOR pagará ao advogado do EX-EMPREGADO o valor de R\$ ____, a título de honorários advocatícios, correspondente a ____% do acordo, da seguinte forma: (especificar se o pagamento será em uma parcela, em duas, em três etc., informando a data ou datas e as parcelas, se for o caso). O pagamento será efetuado mediante depósito/transferência em dinheiro, na conta bancária do referido advogado, cujos dados são os seguintes: (colocar aqui o nome do banco e o seu número; o nome da agência e o seu número; o tipo de conta e o seu número completo; e o CPF do advogado).
- 6) O presente acordo abarca as seguintes verbas: (discriminar verba por verba, cada qual acompanhada do seu respectivo valor, devendo, a soma dos valores discriminados, corresponder exatamente à totalidade da quantia líquida acordada).
- 7) Os recolhimentos fiscais e previdenciários, decorrentes do presente acordo, serão suportados e efetuados pelo EX-EMPREGADOR, no prazo de (colocar aqui o prazo acordado, a contar da data final de quitação).
- 8) O recolhimento das custas ficará a cargo do EX-EMPREGADOR, nos termos do § 3º do art. 789 da CLT, a ser efetuado no prazo de (colocar aqui o prazo acordado, a contar da data final de quitação), à razão de 2% sobre o valor líquido do acordo, na quantia de (colocar aqui o valor

das custas, observando o limite máximo atualmente previsto no *caput* do art. 789 da CLT).

- 9) No caso de descumprimento do presente acordo, incidirá multa proporcional à quantidade de dias em atraso, calculada da seguinte forma: (a) multa de 10%, até 10 dias de mora; (b) 20%, de 11 até 20 dias de mora; (c) 50%, de 21 até 30 dias de mora; e (d) 100%, em caso de mora superior a 30 dias (os percentuais da multa e os prazos de tolerância representam apenas um exemplo, não vinculando o modelo), abarcando o crédito principal e os honorários advocatícios.
- 10) O atraso superior a 30 dias acarretará no vencimento antecipado de todas as parcelas vincendas, inclusive as dos honorários advocatícios, sobre as quais também incidirá a multa de 100% (item desnecessário no caso de pagamento em parcela única).
- 11) No caso de descumprimento do presente acordo, caberá ao EX-EMPREGADO e/ou ao seu ADVOGADO requerer o início da execução, nos termos do art. 878 da CLT, no prazo de até dois anos – Súmula 150 do STF c/c art. 11 da CLT.
- 12) O presente acordo quita, de forma ampla, total, irrestrita e irrevogável, com eficácia liberatória geral, as verbas trabalhistas e não trabalhistas, salariais, remuneratórias e indenizatórias, decorrentes da relação empregatícia mantida entre os acordantes, nos termos da OJ 132 da SDI-2.
- 13) Homologado, o presente Termo de Acordo Extrajudicial tornar-se-á irrecorrível para os acordantes e seus advogados, transitando em julgado no momento de sua homologação, como dispõem o parágrafo único do art. 831 da CLT e o item V da Súmula 100 do TST, provocando a resolução meritória de toda e qualquer pretensão, à luz da alínea *b* do inciso III do art. 487 do CPC.

14) Esta petição, a partir do seu protocolo, suspenderá a prescrição quanto aos direitos nela especificados – art. 855-E da CLT.

Diante do exposto, os acordantes requerem a HOMOLOGAÇÃO DO PRESENTE TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL, contemplando todas as suas cláusulas, no prazo de até quinze dias, previsto no art. 855-D da CLT.

Em pedido subsidiário, calcado no já citado art. 855-D da CLT c/c *caput* do art. 326 do CPC, requer a designação de audiência, caso Vossa Excelência entenda extremamente necessário.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Local ____ e data ____.

(Assinatura do EX-EMPREGADO)

NOME DO EX-EMPREGADO

(Assinatura do advogado do EX-EMPREGADO)

NOME DO ADVOGADO DO EX-EMPREGADO

OAB Nº ____.

(Assinatura do EX-EMPREGADOR)

NOME DO EX-EMPREGADOR

(Assinatura do advogado do EX-EMPREGADOR)

NOME DO ADVOGADO DO EX-EMPREGADOR

OAB Nº ____.

Capítulo 10

DEFESA

O reclamado dispõe de 20 minutos para ofertar oralmente a sua defesa durante a audiência, depois de frustrada a tentativa de conciliação (*caput* do art. 847 da CLT). Não havia previsão na CLT sobre outra forma de apresentação da defesa, mas, na prática, esta já vinha sendo ofertada por escrito, prestigiando a celeridade.

A Reforma Trabalhista, corporificada na Lei 13.467/2017, atualizou a legislação, inserindo o parágrafo único ao art. 847 da CLT, “permitindo” ao reclamado a apresentação de defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico (PJE) até a audiência, rotina que já era comum no dia a dia da Justiça do Trabalho.

A juntada de defesa escrita, contudo, nada mais é do que uma faculdade do advogado do réu, pois o *caput* do art. 847 da CLT não foi alterado, permanecendo intacto, por conseguinte, o direito de o advogado do demandado ofertar defesa na própria audiência, inclusive oralmente.

Pode parecer que nada mudou com a Reforma Trabalhista e que o legislador apenas regulamentou aquilo que já ocorria na prática. Ledo engano.

Antes da Reforma, a instalação da *litiscontestatio* e, consequentemente, a estabilização do processo, ocorria necessariamente na audiência, depois da tentativa de conciliação, mesmo que a defesa já tivesse sido juntada aos autos, com ou sem sigilo. Isso mudou. A partir de 11/11/2017, **o advogado do reclamado pode instalar a *litiscontestatio* antes da audiência**, estabilizando o processo e, com isso, impedindo a desistência, total ou parcial, da ação pelo reclamante, de forma unilateral (§ 3º do art. 841 da CLT) e o aditamento da petição inicial. Para tanto, **basta juntar a contestação antes da audiência, sem sigilo.**

O advogado do reclamado, por conseguinte, tem agora três opções:

- 1) Apresentar contestação **sem sigilo** antes da audiência, mediante a sua juntada aos autos do PJE, instalando a *litiscontestatio* e estancando, a partir daí, a possibilidade de aditamento da petição inicial, e condicionando a desistência, total ou parcial, da ação à sua concordância (§ 3º do art. 841 da CLT).
- 2) Apresentar contestação **em sigilo** antes da audiência, mediante a sua juntada aos autos do PJE, ato que não instalará a *litiscontestatio* e não estabilizará o processo, pois o sigilo da peça revela a intenção de o réu só exalar o seu conteúdo na própria audiência, tornando possível o aditamento da inicial e/ou a desistência unilateral da ação logo depois de findada a tentativa de acordo, **salvo se o advogado do reclamado solicitar ao juiz, antes da audiência, a retirada do sigilo** (*caput* do art. 847 da CLT c/c § 4º do art. 27 da Resolução 185/2013 do CNJ).
- 3) Apresentar contestação **na audiência**, oralmente, por escrito ou por meio digital, tornando possível ao reclamante aditar a inicial e/ou desistir unilateralmente da ação logo depois da tentativa de conciliação (*caput* do art. 847 da CLT).

Para o advogado do réu, a primeira opção surge como a mais lúcida, pois, quanto mais rápido ofertar contestação escrita sem sigilo nos autos do PJE, mais rápido “algemará” o advogado do reclamante, impedindo-o, a partir da juntada da defesa, de aditar a petição inicial e de desistir unilateralmente da ação. Porém, “pau que dá em Chico, dá em Francisco”. Ofertada a contestação antes da audiência, sem sigilo, operar-se-á, para o reclamado, **a preclusão consumativa do ato contestatório**, nos termos do art. 342 do CPC, **inclusive para a reconvenção** (art. 343 do CPC). Significa dizer que o advogado do réu não mais poderá “complementar” ou “aditar” a contestação, salvo se for para corrigir algum erro material, ou nos estritos casos previstos nos incisos do referido art. 342 do CPC.

Pois bem.

Sabemos que o CPC unificou toda a antiga “resposta” do réu na

contestação – arts. 65, 337, II e 343, soterrando, como peças autônomas, a exceção de incompetência territorial e a reconvenção.

No processo do trabalho, a reconvenção, por não estar prevista na legislação processual trabalhista, seguiu o caminho traçado pelo CPC, passando a corporificar a contestação, perdendo, com isso, a qualidade de peça autônoma.

A Exceção de Incompetência Territorial, entretanto, continua viva, como peça específica (apartada; autônoma), no nosso processo, ratificada, inclusive, pela nova redação do art. 800 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017. Sendo assim, não há que se pensar na aplicação da parte final do inciso II do art. 337 do CPC ao processo laboral.

No nosso processo, portanto, temos duas peças de defesa. A contestação (“pura” ou “com reconvenção”) e a exceção de incompetência territorial.

Normas internas, prevendo que a defesa deve ser juntada no PJE até 24 horas antes do início da audiência, são inconstitucionais, pois os tribunais não podem revogar legislação processual trabalhista, nem modificar procedimentos previstos expressamente em lei (arts. 22 e 96, I, *a*, da CF). Já estudamos, inclusive, que o advogado do reclamado tem três opções para apresentar defesa. Pode acontecer, por exemplo, de o advogado, na audiência, dizer ao juiz que a defesa está no seu *pen drive*. Isso ocorrendo, o assistente do juiz baixará o documento no sistema. Pode até acontecer de a defesa chegar ao juiz por escrito, na própria audiência, quando então o magistrado terá duas opções: deixar o réu ler a defesa em 20 minutos e impor ao pobre assistente o trabalho de digitar tudo na ata ou determinar que o documento seja escaneado e anexado aos autos (prefiro a segunda opção). “*Mas não cabe ao juiz escanear o documento e sim ao advogado*”, poderiam alardear alguns colegas. Entendo que cabe sim à unidade jurisdicional efetuar o procedimento, pois ela existe para servir ao público (constituída por servidores públicos) e, além disso, estaria o magistrado prestigiando a celeridade, a economia e o espírito de cooperação. Se, por falta de verba, inoperância ou qualquer outro motivo, as varas do trabalho não contam com equipamentos indispensáveis ao exercício judicante, como, por exemplo, as máquinas de autoatendimento das instituições bancárias, não pode

hipocritamente o órgão jurisdicional negar-se a prestar o devido atendimento ao advogado e/ou ao jurisdicionado, negativa que provocaria manifesto prejuízo à parte interessada e fulminaria de nulidade o ato – art. 794 da CLT. Meu entendimento encontra suporte no § 3º do art. 22 da Resolução 185/2013 do CNJ: *“Faculta-se, quando o rito processual autorizar, a apresentação de resposta oral e a entrega de documentos em audiência, hipótese em que será reduzida a termo e lançada, juntamente com os documentos, no sistema”*.

O reclamado, pessoalmente ou mediante preposto, em situação de orfandade contestatória, usará o *caput* do art. 847 da CLT, requerendo o prazo de 20 minutos para a apresentação da defesa oral. Se o juiz indeferir, estará cerceando, arbitrariamente, o direito à ampla defesa, tatuando de nulidade os atos processuais praticados a partir dali (arts. 794 e 798 da CLT). O juiz do trabalho é obrigado, quer no processo físico, quer no PJE, a conceder, se necessário, o prazo para apresentação da defesa oral, pois, do contrário, estará proferindo, naquele momento, decisão interlocutória *contra legem*, violando, além do art. 5º, LV, da CF, o *caput* do art. 847 da CLT. Os 20 minutos, reservados à defesa oral, não podem sofrer redução, tampouco o magistrado e/ou a parte contrária têm o direito de “pressionar” o reclamado para que seja “rápido”. É um tempo imaculado, abençoado e protegido pelo princípio da ampla defesa.



Com a “ponderação de valores”, o jurista resolverá um aparente conflito principiológico. Imagine uma balança com duas bandejas. Numa delas coloque o princípio da celeridade. Na outra, o princípio da ampla defesa. A bandeja que guarda este último mostrará o peso do seu conteúdo, baixando até a superfície. Quando o aplicador do direito encontrar uma colisão entre valores (princípios) utilizar-se-á do princípio da proporcionalidade para elidir o choque.

Certa vez, num caso concreto, o preposto, diante da ausência do seu advogado, fez o requerimento, e, evidentemente, eu acatei o pedido,

concedendo 20 minutos para a apresentação da defesa oral. Ele ficou 10 minutos estudando os autos, sem nada dizer. Eu poderia forçá-lo a falar? Claro que não! Permanecemos calados (juiz, reclamante, advogado do reclamante e preposto). De repente o advogado do reclamante perdeu a paciência, dizendo que aquilo era um absurdo e que tinha mais o que fazer, pedindo que eu pusesse um fim à “procrastinação” e “aplicasse” de vez a “pena” de revelia. Apenas ouvi, para depois dizer ao advogado do reclamante que ele poderia se retirar da sala de audiência se assim desejasse e que isso constaria da ata de audiência, mas quanto à defesa, nada poderia ser feito, pois o prazo para a sua apresentação ainda fluía, nos termos do *caput* do art. 847 da CLT. Diante da expressão de perplexidade do patrono autoral, completei: “Doutor, em que pese toda a força da hermenêutica jurídica, encontro-me, junto com o senhor, algemado à norma que prevê a concessão de 20 minutos para a apresentação da defesa; não são 10, 12, 15, 18, 25, 30 minutos; são exatamente 20 minutos; só posso constar a revelia depois desse tempo, pois revelia não é pena, não é sanção, não é punição; revelia é um mero fato processual, cuja marca é a ausência do *animus* de defesa; se o silêncio perdurar até o final, a revelia tornar-se-á inafastável; porém, enquanto o tempo não se exaurir, nada posso fazer a não ser respeitar o princípio da ampla defesa”. Quando faltava pouco tempo para o prazo acabar, o reclamado, na pessoa do seu preposto, apresentou finalmente a sua defesa, devidamente registrada em ata. Para encurtar a história e talvez surpreender burocratas de plantão, o reclamado venceu a causa, conseguindo, na instrução, comprovar a veracidade dos fatos alegados naquela surreal defesa.



A concessão, a requerimento do reclamado ou do seu advogado, do prazo para apresentação de defesa oral gera preclusão consumativa para a apresentação da defesa escrita. Digamos que o reclamado, tal como no exemplo anterior, diante da ausência do seu advogado, requeira a

oportunidade para apresentar defesa oral. Concedido o prazo de 20 minutos, se porventura aparecer no sistema uma contestação escrita, enviada pela internet, ela deverá ser desentranhada, pois ninguém é capaz de garantir que o seu conteúdo comportaria o prazo máximo para a defesa oral. Ademais, a preclusão, quanto à contestação escrita, já se operou. O mesmo acontecerá se o advogado do reclamado entrar na sala de audiências, no decorrer do prazo da defesa oral. Poderá o profissional, a partir dali, tomar a palavra para ofertar ou continuar a contestação verbal, não sendo admitida, entretanto, a juntada de defesa escrita.

Para finalizar essa introdução, faço questão de reforçar que a juntada de defesa escrita e sem sigilo, nos autos do PJE, antes da audiência, como prevê o parágrafo único do art. 847 da CLT, atrairá a preclusão consumativa sobre o ato contestatório, nos termos do art. 342 do CPC, impedindo o advogado do réu de complementar a defesa, inclusive em audiência, só podendo aditar a contestação no caso de: I – direito ou fato superveniente; II – matéria de ordem pública (aquela que o juiz deve apreciar de ofício); III – matéria que, por expressa autorização legal, puder ser formulada em qualquer tempo e grau de jurisdição.

A preclusão consumativa atingirá a contestação no seu todo, incluindo a reconvenção. Podemos dizer que a preclusão consumativa gerada pela oferta de contestação sem reconvenção (sem sigilo), deságua na preclusão temporal da ação reconvenicional, ou seja, na perda da oportunidade de praticar um ato processual (reconvir), já que este deveria corporificar a contestação (art. 334 do CPC). Caso o reclamado junte reconvenção depois de apresentada, sem sigilo, a contestação, aquela será excluída dos autos, de ofício ou a requerimento do advogado do reclamante.

10.1. Exceção de Incompetência Territorial

Nas edições anteriores, defendi a unificação da “resposta” do réu na contestação, à luz do CPC, porém, com a manutenção da Exceção de Incompetência Territorial, pela Reforma Trabalhista, fui forçado a recuar. A reconsideração já pôde ser vista na introdução ao presente Capítulo.

De outra banda, mais uma vez este *Manual* se mostrou visionário, pois,

em sua terceira edição, já defendia o direito de o excipiente (réu) discutir a competência territorial sem a necessidade de se deslocar ao local de tramitação do processo, como prevê o CPC, prerrogativa esta que terminou consagrada na nova redação do art. 800 da CLT, fruto da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Prestigiando esse marco, segue transcrito um pequeno trecho da terceira edição:

A especial previsão do art. 340 do CPC/2015 pode ser aplicada ao processo trabalhista, principalmente no rito ordinário, pois guarda consonância com os seus princípios (art. 769 da CLT). A norma representa um alento ao reclamado que deseja suscitar objeção de incompetência territorial, mas não tem preposto na localidade em que foi ajuizada a reclamação. Reza o referido artigo: “Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, **a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu**, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico”. Com o PJE tudo fica ainda mais simples, já que o protocolo seria realizado diretamente no juízo da causa. Bom, uma vez alegada a preliminar de incompetência territorial, a realização da audiência será suspensa (§ 3º do art. 340 do CPC/2015) e, depois de decidido o incidente, com a definição da competência, o juízo competente designará nova data para a realização da audiência (§ 4º do art. 340 do CPC/2015). Tudo isso evitaria o inócuo deslocamento do reclamado para a realização de uma audiência desprovida de lógica.

O art. 800 da CLT foi muito bem alterado pela Reforma Trabalhista, prevenindo deslocamentos inúteis de reclamados que desejem, preliminarmente, discutir a competência territorial. A nova regra, entretanto, não alterou a previsão contida no *caput* do art. 847 da CLT, ou seja, o reclamado continua podendo opor exceção de incompetência territorial na audiência, inclusive oralmente.

Caso o reclamado queira discutir a questão “a distância”, sem se deslocar ao local de tramitação do processo, seu advogado precisará observar o prazo preclusivo para a apresentação da exceção de incompetência territorial, que é

de cinco dias, a contar do dia útil imediatamente subsequente ao recebimento da citação. Trata-se de prazo processual, logo, será contado apenas em dias úteis. Esse prazo “não é preclusivo para a apresentação da exceção”. Ele é preclusivo para “a discussão da matéria sem a necessidade de deslocamento do excipiente”.

Juntada aos autos, **sem sigilo**, exceção de incompetência territorial, no prazo de até cinco dias, a contar do dia útil imediatamente subsequente ao da citação, o excipiente (reclamado) não precisará se deslocar, pois o **processo será suspenso e a audiência adiada**, nos termos do § 1º do art. 800 da CLT.

Suspenso o processo e adiada a audiência, os autos serão conclusos ao juiz, que intimará o excepto (reclamante) para manifestação (impugnação) no prazo de cinco dias – § 2º do art. 800 da CLT. O silêncio do excepto resultará na sua ficta confissão dos fatos narrados na exceção.

Caso o juízo entenda necessária a produção de prova oral, será designada audiência específica para esse fim, **com a garantia de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos por carta precatória, no juízo indicado como competente na exceção** – § 3º do art. 800 da CLT.

O novo procedimento de instrução “a distância” da exceção de incompetência territorial deve ser aplicado a todos os ritos processuais (ordinário, sumaríssimo, sumário, inquérito judicial para apuração de falta grave, consignação em pagamento etc.). O art. 852-G da CLT continua vivo, mas deixa de ser absoluto quanto a essa objeção.

No caso de a exceção de incompetência territorial não ter sido ofertada dentro do prazo de cinco dias, o reclamado terá que comparecer à audiência, pois esta não será adiada, podendo o seu advogado juntar a exceção aos autos antes da audiência, com ou sem sigilo, ou até apresentá-la na própria sessão, oralmente, por escrito ou por meio digital.

O art. 800 da CLT, antes da Reforma Trabalhista, fixava prazo de 24 horas para o excepto impugnar a exceção. Esse prazo desapareceu e o legislador “esqueceu” de fixar um novo. Considerando a mudez legal, o prazo passou a ser judicial, ou seja, será “fixado pelo juiz”. Destarte, apresentada a exceção de incompetência territorial depois dos cinco dias previstos no *caput* do art.

800 da CLT, o magistrado fixará livremente o prazo para o excepto impugnar a defesa indireta. No caso de rito sumaríssimo, incidirá o art. 852-G da CLT, cabendo ao advogado do excepto impugnar a exceção de plano, na própria sessão.

Aplica-se o § 5º do art. 844 da CLT à exceção de incompetência territorial, já que ela integra o complexo defensivo do réu. Sendo assim, ainda que ausente o excipiente (reclamado), se o seu advogado estiver presente à audiência, será aceita a exceção e todos os documentos eventualmente apresentados. Se da citação tiver constado a advertência quanto à cominação da ficta confissão fática, nos termos do § 1º do art. 385 do CPC, a presença do advogado, diante da ausência do excipiente, não será capaz de elidir a dita confissão, tornando inócua a aceitação da exceção, quando então prevalecerão os fatos narrados pelo excepto em sua manifestação. O magistrado, entretanto, na formação do seu convencimento, não se torna “escravo” da confissão ficta, devendo levar em conta todos os elementos que habitam os autos – itens II e III da Súmula 74 do TST.

A decisão que acolhe ou rejeita a exceção de incompetência territorial tem natureza de decisão interlocutória, irrecorrível, portanto, de imediato, como dispõe o § 1º do art. 893 da CLT, salvo se o acolhimento da exceção gerar a ordem de remessa dos autos a uma vara do trabalho de TRT diferente, quando, então, o excepto poderá interpor de imediato recurso ordinário, cujo prazo é de oito dias, à luz da consagrada ressalva esculpida na alínea c da Súmula 214 do TST.

SÚMULA 214 DO TST. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) *que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para **Tribunal Regional distinto** daquele a que se vincula o*

juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT. (sem grifos no original)

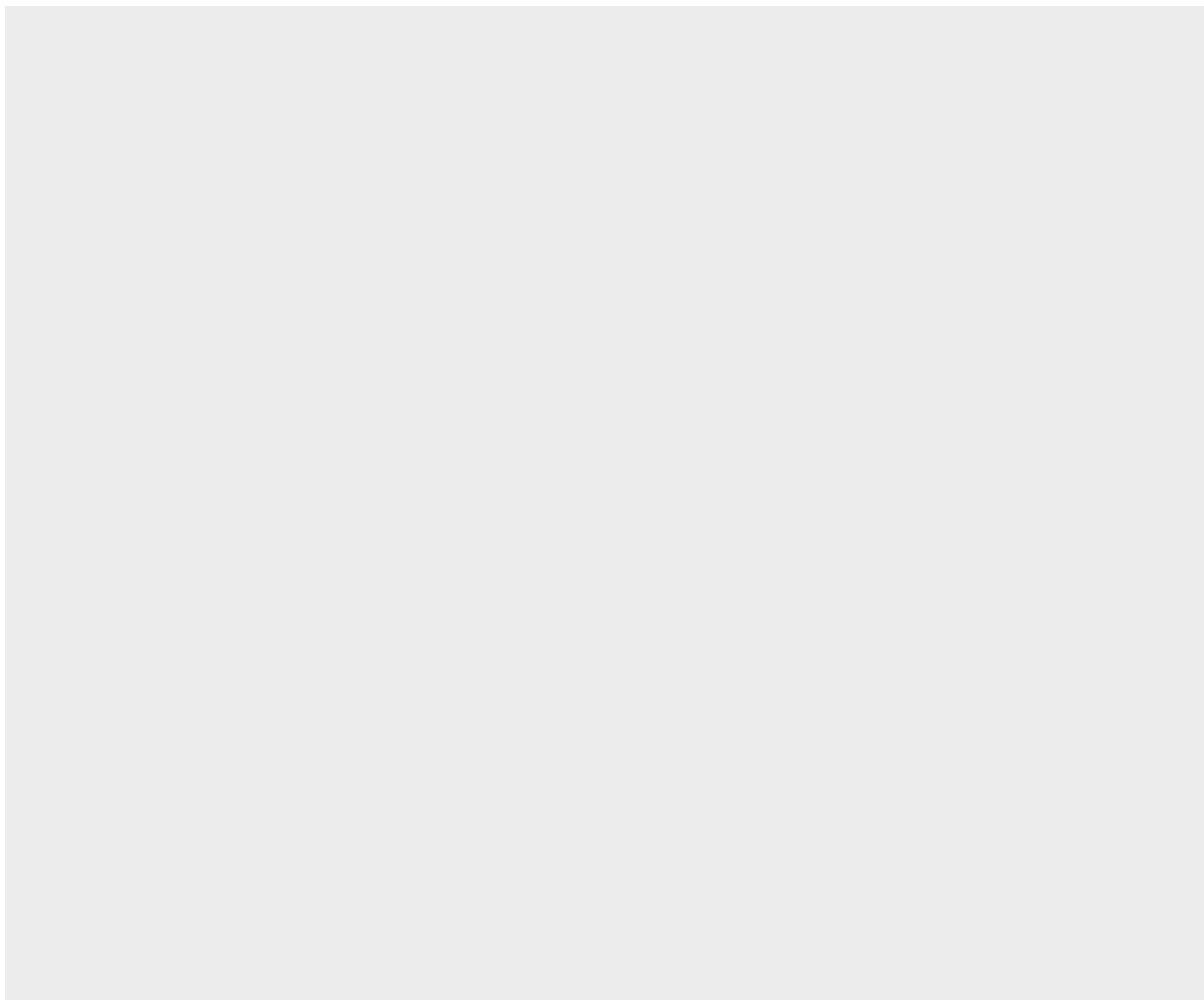
A competência territorial é uma competência relativa, não podendo ser analisada de ofício pelo órgão jurisdicional. Logo, se o reclamado não opuser exceção de incompetência, no prazo do caput do art. 847 da CLT, precluirá o seu direito de discutir essa questão – § 5º do art. 337 do CPC.

10.1.1. Conflito de Competência

A Justiça do Trabalho tem competência para processar e julgar os **conflitos de competência** entre órgãos com jurisdição trabalhista, como prevê o art. 114, V, da CF.

O conflito de competência, positivo ou negativo, pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz (art. 951 do CPC).

A competência territorial pode gerar conflito negativo. Eis um exemplo.



A prevenção, no processo trabalhista, em face da inexistência de despacho saneador, ocorre pela data do ajuizamento da ação. Caso as ações tenham sido ajuizadas na mesma data, o critério será o horário em que a petição inicial foi protocolada. O CPC/2015 adotou o mesmo critério – art. 59.

Também ocorre prevenção no caso de arquivamento da reclamação – inciso II do art. 286 do CPC. Digamos que o reclamante não tenha comparecido à audiência na 444ª Vara do Trabalho de determinada localidade, sendo a reclamação arquivada. Caso o seu advogado ajuíze nova reclamação, em face do mesmo réu, que contenha pelo menos um pedido idêntico à daquela, terá que optar pela distribuição por dependência, direcionando-a ao mesmo órgão jurisdicional (444ª Vara do Trabalho). Caso não o faça, e a reclamação seja distribuída à outra vara, o reclamado deverá requerer na contestação, em preliminar de incompetência absoluta, a remessa dos autos ao juízo prevento.

A competência absoluta é inderrogável (inegociável) por convenção das partes, já que se trata de matéria de ordem pública – art. 62 do CPC.

A competência territorial, segundo o art. 63 do CPC, pode ser modificada pela eleição do foro, que deve constar de instrumento escrito e poderá ser reputada ineficaz pelo juiz quando considerada abusiva. O TST, no inciso I do art. 2º da IN 39/2016, não admite a aplicação da modificação da competência territorial por eleição de foro, ou seja, **rejeita a incidência do art. 63 do CPC no processo trabalhista**.

Conforme disse na edição anterior desta obra, a posição do TST, *data maxima venia*, mostra-se precipitada, porquanto parte do pressuposto da “hipossuficiência do trabalhador”, ignorando que nem todos os trabalhadores são hipossuficientes, atropelando, ainda, relações de trabalho que não são relações de emprego. O equívoco do TST está na generalização, como se todas as ações de competência da Justiça do Trabalho envolvessem necessariamente um empregado comum e hipossuficiente. Com a Reforma Trabalhista, este *Manual* mais uma vez se mostrou à frente do seu tempo, pois foi inserido o parágrafo único ao art. 444 da CLT, definindo o empregado “hipersuficiente” (aquele que possuir diploma de curso superior e receber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social). Eis o exemplo que já constava desta obra, na terceira edição.

Digamos que um empregado, superintendente de um grande banco, com mestrado, doutorado, MBA e larga experiência, tenha firmado, por escrito, um pacto de eleição de foro. Com todo o respeito que a IN 39/2016 merece, não vislumbro fundamento jurídico para, aprioristicamente, decretar a nulidade da cláusula. Não temo em dizer que, no caso, a IN 39/2016 não encontra suporte fático, devendo o juiz, a priori, acatar a eleição de foro, cláusula que poderá ser anulada, se abusiva for (de ofício ou a requerimento).

O empregado hipersuficiente, definido pela Lei 13.467/2017, pode estipular diretamente com o seu empregador aquilo que o sindicato pode negociar para a categoria (art. 611-A da CLT). Também pode renunciar à Justiça do Trabalho, optando pela arbitragem como meio de solução de conflitos (art. 507-A da CLT). Ora, se para ele a cláusula compromissória arbitral é válida, nada impede que também sobre ele se torne aplicável o art.

63 do CPC, afinal “*in eo quod plus est semper inest et minus*” (quem pode o mais, pode o menos).

A competência absoluta também pode gerar conflito.

Um caso clássico diz respeito às ações entre profissional liberal e cliente. Alguns entendiam que a relação entre eles era uma típica relação de trabalho (competência da Justiça do Trabalho), enquanto outros vislumbravam a presença de uma típica relação de consumo (competência da Justiça Estadual). Surgiram, a partir daí, inúmeros conflitos de competência entre juízes do trabalho e juízes de direito. De tanto julgar esses conflitos, o STJ publicou a Súmula 363, definindo a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ações de cobrança de honorários movidas por profissionais liberais em face dos clientes.

Competência para julgamento do conflito:

- Juiz do Trabalho x Juiz do Trabalho integrantes do mesmo TRT = competência deste TRT;
- Juiz do trabalho x Juiz do trabalho de TRTs diferentes = competência do TST;
- TRT x TRT (tribunais regionais diferentes) = competência do TST;
- Juiz do trabalho x Juiz de direito = STJ;
- Juiz do trabalho x Juiz federal = STJ;
- TRT x TJ = STJ;
- TRT x TRF = STJ;
- TST x qualquer outro tribunal = STF (art. 102, I, “o”, CF).

O TST, na Súmula 420, “inspirado” no ditado “manda quem pode, obedece quem tem juízo”, não admite conflito de competência entre TRT e Juiz do Trabalho a ele vinculado, *verbis*:

COMPETÊNCIA FUNCIONAL. CONFLITO NEGATIVO. TRT E VARA DO TRABALHO DE IDÊNTICA REGIÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não se configura conflito de competência

entre Tribunal Regional do Trabalho e Vara do Trabalho a ele vinculada.

A decisão do conflito de competência é irrecurável, como definem os regimentos internos dos tribunais, inclusive do TST, *verbis*:

Art. 208 do RITST. Da decisão de conflito não caberá recurso, não podendo a matéria ser renovada na discussão da causa principal.

10.2. Contestação

A contestação é a peça clássica de defesa, na qual o reclamado, depois de suscitar, se for o caso, questões preliminares, enfrenta o mérito, bloqueando a pretensão do reclamante, mediante o enfrentamento de todos os fatos narrados na petição inicial.

O processo trabalhista é marcado pela simplicidade. Está no seu DNA. Logo, a parte final do art. 336 do CPC não se aplica ao processo laboral. O reclamado, portanto, não precisa especificar na contestação as provas que pretende produzir. O mesmo se diga do reclamante na petição inicial. A CLT, no seu art. 845, dispõe de forma singela que todas as provas serão produzidas em audiência, espancando, inclusive, a indecifrável e desprezível previsão do art. 787 da própria CLT.

Compete ao reclamado, na contestação, impugnar, rechaçar, enfrentar todos os fatos descritos pelo reclamante em sua petição inicial. Eis a verdadeira missão do advogado de defesa. Não adianta “colorir” a contestação com preliminares infundáveis, até mesmo porque as questões preliminares são de ordem pública (salvo a convenção de arbitragem – § 5º do art. 337 do CPC). O que importa é o **enfrentamento fático**, pois ele **precluirá se não for realizado na contestação**. O profissional da advocacia tem que ter em mente que “fato não contestado é fato incontroverso”; “fato não contestado é fato admitido como verdadeiro”; “fato não contestado é fato **confessado**”. Isso está no art. 341 do CPC. Consumada a “apresentação da contestação”, a sombra da preclusão passa a cobrir o réu. O art. 342 do CPC decreta que “depois da contestação” só é possível ao reclamado deduzir novas alegações quando “*relativas a direito ou a fato superveniente*” (vide também o art. 493

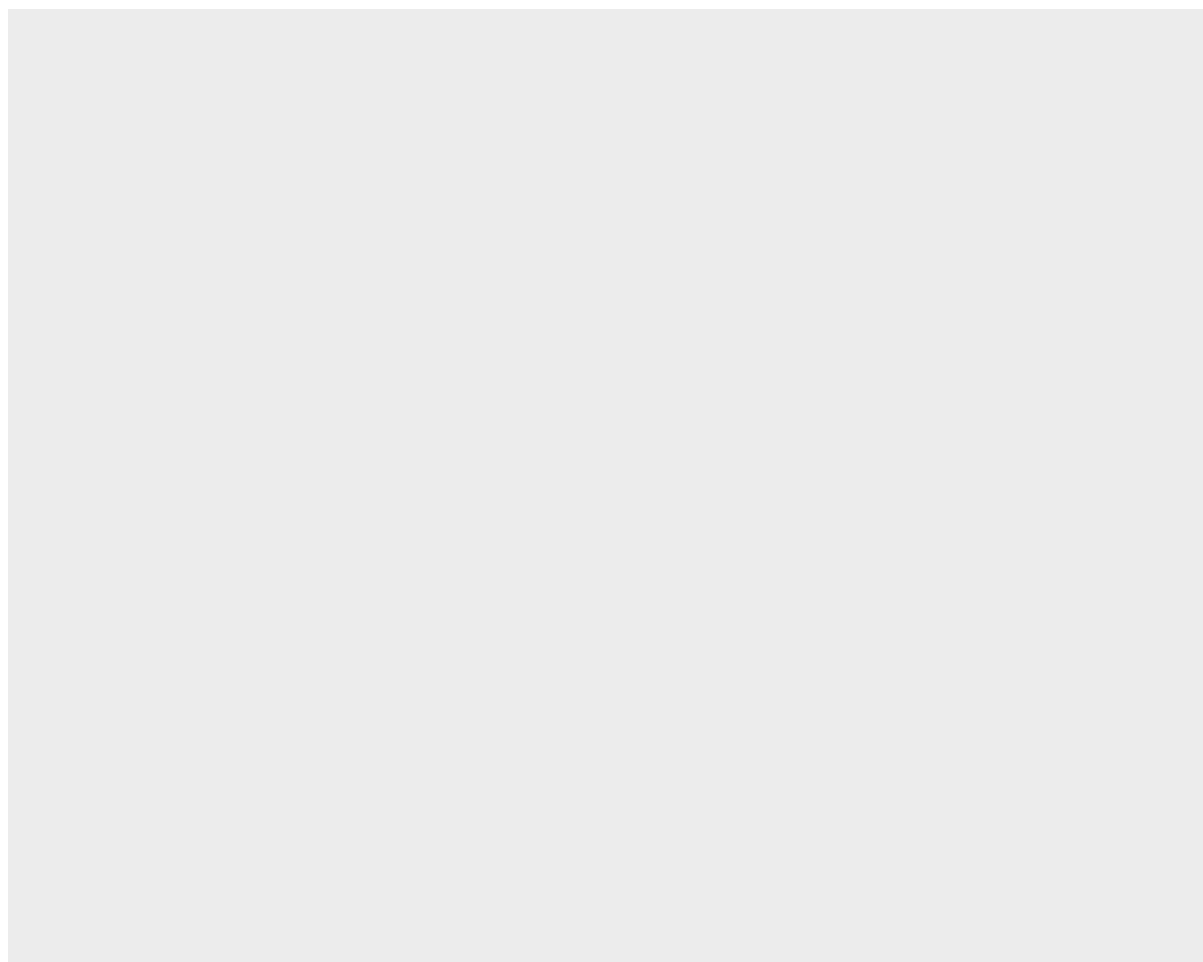
do CPC e a Súmula 394 do TST), quando “*competir ao juiz conhecê-las de ofício*” (matérias de ordem pública), ou quando “*por expressa previsão legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição*”.

Não custa lembrar que a defesa no processo do trabalho pode ser ofertada após a frustração da tentativa de conciliação, inclusive oralmente, nos termos do *caput* do art. 847 da CLT.

Com a Reforma Trabalhista, a partir de 11/11/2017 (início da vigência da Lei 13.467/2017), se a contestação for apresentada **sem sigilo**, antes da audiência, o processo, a partir da sua juntada, estará estabilizado, não podendo mais o reclamado complementar ou aditar a sua peça contestatória, salvo nos casos previstos nos incisos do art. 342 do CPC.

Presumir-se-á verdadeiro o fato não “contestado” pelo reclamado. A lacuna contestatória corresponde à confissão ficta, tornando incontroverso o fato – argúcia do art. 374 do CPC.

O motivo ensejador da rescisão contratual é um bom exemplo.



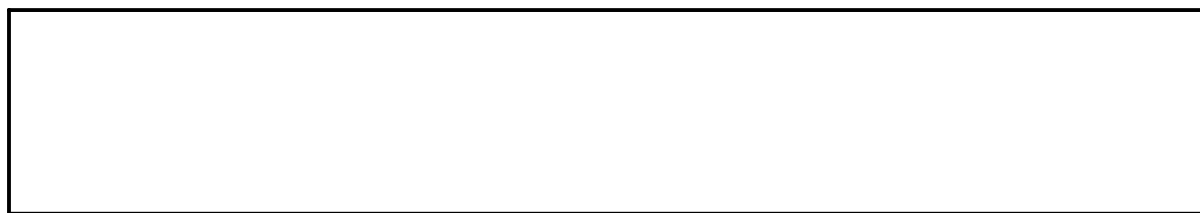
10.2.1. *Questões Preliminares (Objecções)*

Incumbe ao reclamado, **antes de discutir o mérito**, suscitar as questões elencadas no art. 337 do CPC. Trata-se da chamada “defesa indireta”, porque não é dirigida ao mérito da causa, mas contra o processo ou a ação (“defeitos” que maculam o processo ou a ação).

Digamos que um servidor público estatutário ajuíze reclamação trabalhista em face de um município, pleiteando diferenças salariais por desvio de função, com fulcro na Súmula 378 do STJ. Na contestação, o procurador do município, antes de discutir o “desvio de função” (mérito), deve suscitar a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho (art. 337, II, do CPC), trazendo à baila a liminar concedida pelo STF, na ADIN 3.395-6, em 2005, que afastou, da competência da Justiça Laboral, as causas envolvendo o Poder Público e seus servidores a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Imaginem o surrealismo de o procurador, nas primeiras laudas da contestação, enfrentar, meritoriamente, o desvio de função, para, depois, já no final da peça, arguir a incompetência da Justiça do Trabalho, como se dissesse ao magistrado: *“tudo o que Vossa Excelência leu a respeito do desvio de função não era para ser lido, pois Vossa Excelência não tem competência*

para apreciar o tema”.



As “preliminares” ou “objeções” podem ser meramente **dilatórias** (não conduzem à extinção do processo) ou **peremptórias** (capazes de gerar decisão sem resolução do mérito – art. 485 do CPC). Na visão do advogado de defesa, assim ficaria a classificação das questões preliminares (objeções), tomando por base o art. 337 do CPC:

- Inexistência ou nulidade da citação (objeção dilatória).
- Incompetência absoluta (objeção peremptória).
- Incorrecção do valor da causa (objeção dilatória).
- Inépcia da petição inicial (objeção peremptória).
- “Perempção Trabalhista” (objeção peremptória).
- Litispendência (objeção peremptória).
- Coisa julgada (objeção peremptória).
- Conexão (objeção dilatória).
- Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização (objeção peremptória).
- Convenção de arbitragem (objeção peremptória).
- Ausência de legitimidade ou de interesse processual (objeção peremptória).
- Falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar (objeção peremptória).
- Indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça (objeção dilatória).

Sendo peremptória, o advogado do reclamado deve requerer, ao final da

arguição, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485 do CPC.

A nulidade ou inexistência de citação foi abordada no item que trata do tema “citação”.

O leitor deve atentar para o fato de o art. 337 do CPC inserir, como preliminar de contestação, a “incompetência relativa”. No processo trabalhista, existe apenas um caso de competência relativa, que é a territorial. O reclamado, no processo laboral, não deve arguir a incompetência territorial em preliminar de contestação, mas em peça própria, nominada de Exceção de Incompetência Territorial, à luz de previsão específica contida no art. 800 da CLT.

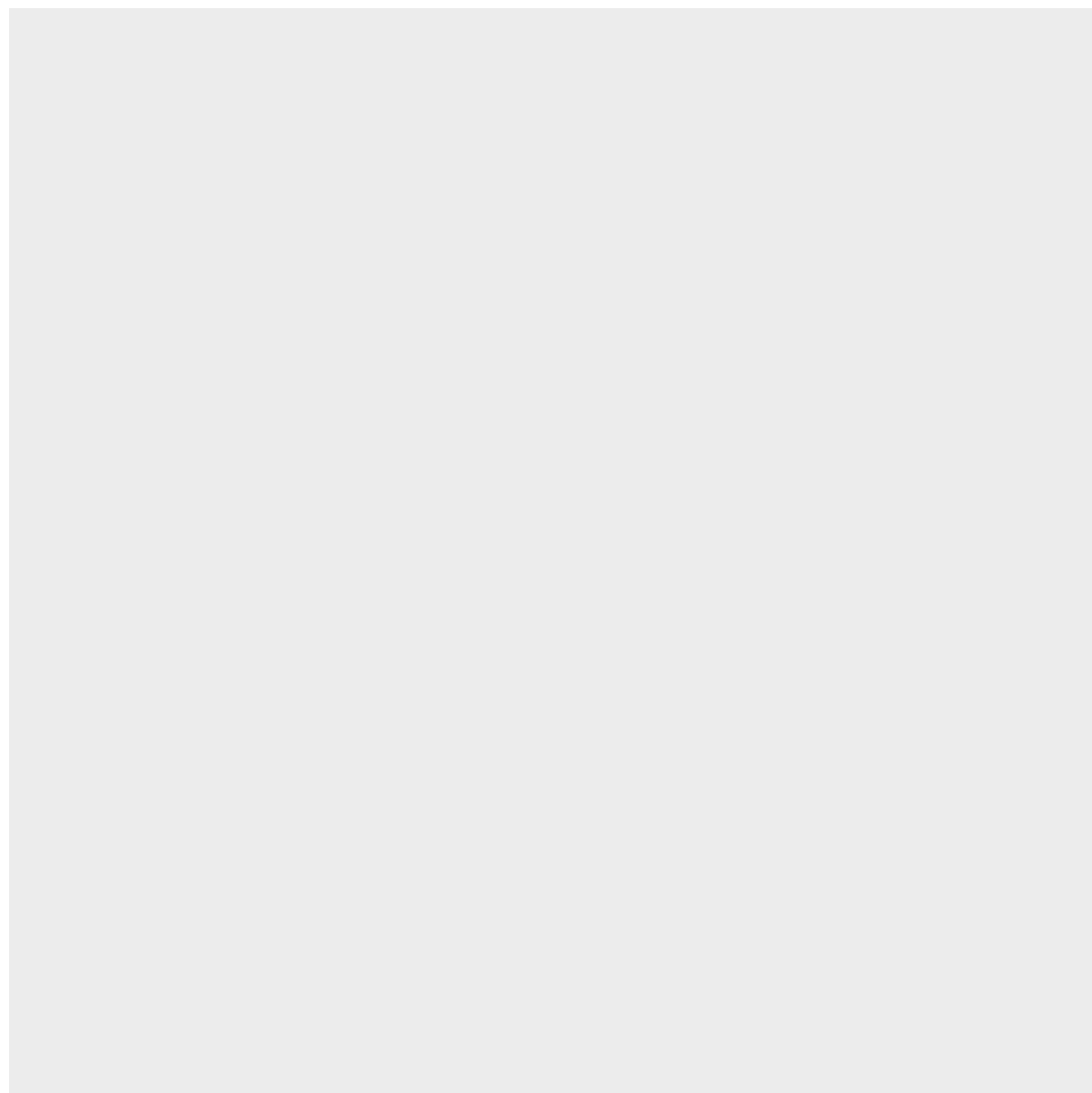
A incorreção do valor da causa está no rol de preliminares (art. 337, III, do CPC). A matéria está prevista nos arts. 291 a 293 do CPC e tem grande relevância para o processo civil, pois nele o recolhimento das custas ocorre antecipadamente, bem diferente do processo trabalhista, em que o pagamento só é exigível ao final, seja no preparo recursal, seja após o trânsito em julgado da decisão – § 1º do art. 789 da CLT. Com a Reforma Trabalhista, o pedido, no rito ordinário, além de certo e determinado, tem que indicar o valor correspondente, nos termos do § 1º do art. 840 da CLT. O rito ordinário passou a exigir a liquidação dos pedidos, igualando-se, nesse aspecto, aos ritos sumário e sumaríssimo. O reclamado, observando alguma incorreção, seja no valor do pedido, seja no valor da causa, arguirá a questão em preliminar de contestação.

Classifiquei a “inépcia da petição inicial” como objeção peremptória pelo fato de alguns juízes assim a enxergarem, diante da inexistência, no processo trabalhista, do despacho saneador. Mas tenho o dever de dizer que uma parcela dos magistrados trabalhistas opta, acertadamente, por aplicar subsidiariamente o art. 321 do CPC, concedendo prazo preclusivo de 15 dias para que o reclamante emende ou complete a exordial, antes de considerá-la inepta.

Tribunais Regionais e o próprio TST já chegaram a decretar a nulidade da sentença que extingue o processo sem resolução do mérito (sentença

terminativa), por inépcia da inicial, sem a concessão do respectivo prazo para a emenda.

“Mas isso é uma grande bobagem”, poderia o leitor pensar, já que bastaria ao reclamante ajuizar uma nova reclamação. Será? Acompanhem o exemplo.



Retomando o raciocínio, é bom que se diga que as questões preliminares são consideradas de ordem pública, salvo a “incompetência territorial” e a “convenção de arbitragem” – inteligência do § 5º do art. 337 do CPC.

Matéria de ordem pública é aquela que deve ser analisada de ofício pelo juiz, ou seja, independentemente de arguição da parte interessada. Sendo assim, caso uma preliminar (salvo convenção de arbitragem) não seja

suscitada em contestação, poderá ser levantada ao longo da audiência, já que, por ser matéria de ordem pública, não é passível de preclusão, podendo compor, inclusive, o corpo do recurso ordinário. Isso não deve servir de estímulo para que o advogado de defesa relaxe e deixe de cumprir a sua missão, pois a cautela sempre acompanha o previdente patrono. Lembrando que a incompetência territorial não é uma questão preliminar de contestação no processo do trabalho, possuindo peça específica, nos termos do art. 800 da CLT, e, caso não apresentada, até a audiência (inclusive nela – *caput* do art. 847 da CLT), precluirá o direito de o reclamado discutir a questão (chamamos de “prorrogação de competência”).

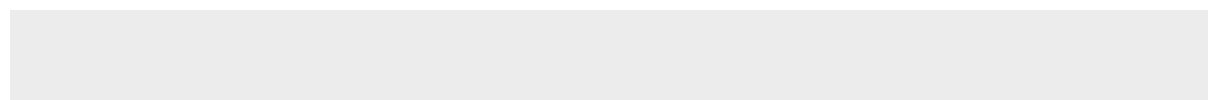
Nosso estudo acerca das preliminares, assim como do mérito e outros pontos importantes da contestação, continuará mais adiante, na parte concernente à prática trabalhista.

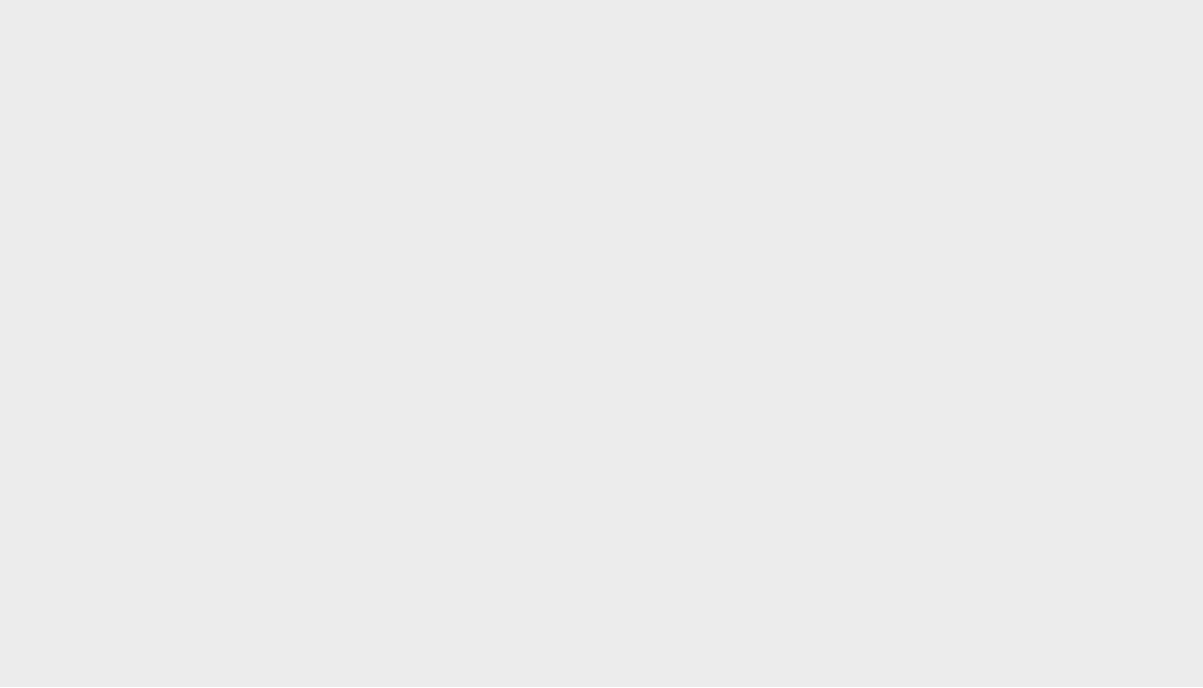
10.3. Reconvenção

A reconvenção é um dos meios de “resposta” do reclamado. Ela continua existindo, não mais como peça autônoma (apartada), mas **integrada ao corpo da contestação** (art. 343 do CPC). O reclamado, portanto, se desejar reconvir, abrirá, depois de contestar o mérito, um tópico específico para a reconvenção, expondo, a partir dali, os fatos que alicerçam a sua pretensão, e realizando o pedido. Basta fechar os olhos e imaginar duas peças inseridas em um só instrumento processual. A contestação com reconvenção, apesar de se chamar “contestação”, carregará em suas linhas uma “petição inicial”, já que a reconvenção tem natureza de ação movida pelo réu em desfavor do autor.

O advogado do reclamado tem que ficar atento, pois a preclusão consumativa gerada pela apresentação da contestação sem sigilo pelo PJE resultará na preclusão temporal da reconvenção. Significa dizer que, se a reconvenção não estiver inserida no corpo da contestação, não será admitida a sua apresentação depois de praticado o ato contestatório.

A conexão da reconvenção com a ação principal ou com o fundamento da defesa, exigida no art. 343, *caput*, do CPC, é mitigada no processo trabalhista.





O reclamado pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação, como prevê o § 6º do art. 343 do CPC. Nesse caso, já que o réu não vai ofertar contestação, a reconvenção terá “vida própria”, assumindo o nome da peça.

Porém, o reclamado não pode apresentar contestação sem sigilo no PJE e depois reconvir em peça própria.

Caso na contestação exista reconvenção, a audiência será suspensa, para que o reclamante, ora reconvindo, tenha a oportunidade de apresentar contestação à reconvenção, devendo ser observado, para tanto, o quinquídio mínimo previsto no art. 841 da CLT (prazo mínimo para a elaboração de defesa).

A reconvenção também pode compor a contestação ofertada no rito sumaríssimo e no rito sumário. Não há incompatibilidade. O pedido contraposto, inclusive, está previsto na Lei dos Juizados Especiais.

A reconvenção, apesar de integrar a contestação, tem vida própria. A desistência da ação principal ou o seu “arquivamento” não paralisa o prosseguimento da ação reconvenicional – inteligência do art. 343, § 2º, do CPC.

Na Segunda Parte deste *Manual*, o leitor encontrará uma abordagem mais

completa sobre a reconvenção, incluindo o modelo de CONTESTAÇÃO COM RECONVENÇÃO.

10.4. Defesa Direta (Mérito)

A “defesa direta” é aquela direcionada ao mérito da causa.

O enfrentamento meritório sempre constituiu a principal missão do advogado de defesa, responsabilidade que se tornou ainda mais impactante com o Novo CPC, cujas normas intencionalmente espancaram o “culto ao formalismo”, criando, em suas linhas, vias que, preferencialmente, conduzem o magistrado à decisão de mérito.

O art. 339 do CPC demonstra que a “impunidade” do ato de “atirar para todos os lados”, com o escopo de “tumultuar o andamento do feito” e “confundir adversário e juiz”, está em processo de banimento:

Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

Advogados, procuradores e magistrados devem compreender que o CPC/2015 foi concebido sob o manto dos princípios da boa-fé, do contraditório, da instrumentalidade das formas, da cooperação, da efetividade, dentre outros, elegendo, como prioridade, o enfrentamento do mérito.

Os pressupostos processuais e as condições da ação estão em segundo plano. São “atores coadjuvantes”. O escopo maior está no exame do mérito, à luz dos arts. 4º e 6º do CPC.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A abordagem completa do tema se encontra no capítulo específico que trata da contestação.

Na instrução, as provas serão apresentadas pelas partes e livremente avaliadas pelo magistrado (art. 371 do CPC), independentemente de quem as tiver produzido. As provas, por conseguinte, são **comuns e indivisíveis**.

O conjunto probatório deve ser avaliado sob a luz dos princípios da comunhão e da indivisibilidade das provas, pois elas pertencem ao Estado-Juiz, seu único destinatário.

Os advogados, portanto, antes de requerer a produção de uma determinada prova, devem avaliar que, depois de produzida, ela passará a habitar os autos, tornando-se ingênua a ideia de que o juiz só levará em conta o fragmento que venha a favorecer o seu cliente.

O juiz é o destinatário das provas, utilizando-as para alcançar a sua persuasão (convencimento).

O juiz também pode “produzir” provas, afinal ele tem ampla liberdade na condução do processo, podendo determinar a realização de qualquer diligência necessária ao esclarecimento dos fatos. Ao juiz cabe também indeferir requerimento de produção probatória que considere desnecessária (oitiva das partes, de testemunhas, realização de perícia etc.), mediante clara e precisa fundamentação, conforme dispõem os arts. 765 e 852-D da CLT c/c 370 e 11 do CPC e 93, IX, da CF.

A atuação do magistrado, na condução do processo, fica restrita **aos limites da lide** – arts. 141 e 492 do CPC.

No processo trabalhista, feito o pregão e comparecendo as partes, o juiz tentará conciliar o litígio, como prevê o art. 846 da CLT. Não sendo possível a conciliação, o reclamado apresentará a sua defesa, como dispõe o *caput* do

art. 847 da CLT. Caso a defesa já conste dos autos, sem sigilo, a *litiscontestatio* já terá sido instalada desde a sua juntada. Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução processual, nos termos do art. 848 da CLT.

A CLT, como já estudamos, foi construída sob a égide da audiência una. Além disso, o órgão de primeira instância na Justiça do Trabalho foi definido como um colegiado, formado por um juiz togado e dois juízes classistas, que integravam a “Junta de Conciliação e Julgamento”. Eis o motivo pelo qual o *caput* do art. 848 da CLT decreta:

Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

Observem que a redação ainda se reporta à antiga constituição da primeira instância, chamada de “Junta de Conciliação e Julgamento”. A “Junta” era constituída por três juízes, um concursado, chamado de “togado”, e dois “classistas”, que eram “temporários”, sendo certo que cada “juiz classista” representava uma das partes (juiz classista representante da categoria profissional e juiz classista representante da categoria econômica). Podemos concluir que a redação do *caput* do art. 848 da CLT, inspirada no *jus postulandi*, garantia ao juiz do trabalho togado e também a qualquer juiz temporário a faculdade de interrogar os litigantes.

A representação classista foi soterrada pela Emenda Constitucional nº 24/1999. Com isso, a primeira instância da Justiça do Trabalho deixou de ser um colegiado, passando a ser composta por um juízo monocrático, à luz do inciso III do art. 111 da Constituição Federal. A partir daí, concluí que, com a supressão da representação classista, quem herdou o direito de requerer o interrogatório das partes, previsto no *caput* do art. 848 da CLT, foram os advogados.

O leitor encontrará uma abordagem completa sobre o depoimento pessoal no item 11.1 do presente Capítulo.

O art. 848 da CLT também nos leva à constatação de que a CLT não prevê a suspensão dos trabalhos e a remarcação da audiência. Ela não trabalha com a clássica divisão da “audiência inicial” e da “audiência de instrução”. Essa

fragmentação, porém, como já analisamos, é comum no rito ordinário. Tornou-se tão corriqueira a ponto de o TST publicar as Súmulas 09 e 74, *verbis*:

SÚMULA 09 do TST. AUSÊNCIA DO RECLAMANTE. A ausência do reclamante, quando adiada a instrução após contestada a ação em audiência, não importa arquivamento do processo.

SÚMULA 74 do TST. CONFISSÃO.

I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 ? art. 400, I, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

III – A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

Infelizmente, a exemplo de muitos atos processuais, não há, na Justiça do Trabalho, uma padronização capaz de assegurar o mínimo de segurança jurídica aos litigantes e advogados.

Essa “miscelânea procedimental” é fruto da falta de um Código de Processo do Trabalho.

O art. 848 da CLT, se mal interpretado, pode conduzir o intérprete a entender que o interrogatório das partes é uma mera faculdade do magistrado, bem diferente da previsão do *caput* do art. 385 do CPC, que espelha norma mais moderna, facultando aos advogados o requerimento para que seja colhido o depoimento pessoal da parte contrária. Isso tudo termina gerando uma acirrada discussão, pois há quem diga que a CLT deve ser prestigiada, sob o fundamento de inexistência de omissão (art. 769 da CLT), assim como há quem prestigie a previsão do processo comum, por considerar o

depoimento pessoal como típico meio probante.

Sigo esta última corrente, reconhecendo a força do interrogatório, que pode gerar a rainha das provas (confissão expressa) ou a princesa das provas (confissão ficta). Não por acaso, o CPC inseriu o depoimento pessoal no Capítulo das Provas, cuidando, logo em seguida, da confissão (Capítulo XIII – Seção IV e Seção V).

Observem que não estamos discutindo se o juiz é obrigado ou não a colher os depoimentos de reclamante e reclamado. Não se trata disso, já que o juiz é livre para, mediante decisão fundamentada, especificar as provas necessárias para o julgamento da demanda. Discute-se apenas o direito de o advogado requerer ou não a oitiva da parte contrária. Só isso.

Bom, já estudamos que a ausência do reclamante à audiência gera o arquivamento da reclamação, enquanto que a ausência do reclamado gera a revelia e a confissão ficta quanto à matéria fática – *caput* do art. 844 da CLT (ressalvando aquela hipótese do § 5º do art. 844 da CLT, na qual a revelia não ocorrerá). Esses efeitos são aplicados à audiência una e à “audiência inicial”.

A ausência das partes à “audiência de instrução”, nas varas que trabalham com o fracionamento da sessão, não vai gerar nem o arquivamento, nem a revelia. O efeito, no caso, será o mesmo para ambas as partes: “confissão ficta quanto à matéria de fato”.

A ausência de uma das partes à “audiência de instrução” traduz a sua recusa em prestar depoimento pessoal, atraindo, assim, a incidência do art. 385, § 1º, do CPC. O TST cuida do assunto na Súmula 74.

Aplica-se a confissão à parte que, *expressamente intimada com aquela cominação*, não comparecer à audiência de instrução – item I da Súmula 74 do TST c/c § 1º do art. 385 do CPC.

A confissão ficta, portanto, incidirá tanto sobre o reclamante, como sobre o reclamado. Ambos sofrerão a mesma “pena”. Para que isso ocorra, é imprescindível que a parte tenha sido intimada (avisada, alertada) de que a sua injustificada ausência geraria a aplicação da “pena”. Sem a intimação prévia (aviso, alerta), não há como o juiz aplicar a “sanção”.

O advogado deve sempre checar se na “ata de audiência inicial” consta, no final, essa advertência. Geralmente ela diz:

As partes deverão comparecer pessoalmente à próxima audiência, para depoimento pessoal, sob pena de confissão.

Já vi acontecer de uma das partes não comparecer à audiência de instrução e o juiz, sem perceber que na ata da audiência anterior não tinha constado a “advertência”, aplicar a pena de confissão ficta e marcar a data para a prolação de sentença. O advogado da parte ausente à audiência, antes da sentença, peticionou requerendo a **reconsideração** da decisão de aplicação da “sanção” e de encerramento da instrução, mostrando ao magistrado que a parte não poderia ser considerada confessa quanto à matéria fática, pelo fato de não ter sido advertida desta cominação, lastreando o requerimento no item I da Súmula 74 do TST e no § 1º do art. 385 do CPC. O juiz reconsiderou a decisão e os atos processuais foram declarados nulos, retornando o feito à pauta de instrução (retorno ao *status quo ante*) – inteligência dos arts. 794 e 798 da CLT.

Se ambas as partes não comparecerem à “audiência de instrução”, tornar-se-ão confessas quanto à matéria fática.

Significa dizer que o reclamante estará confessando que os fatos narrados pelo reclamado, na contestação, são verdadeiros e que, concomitantemente, o reclamado também estará confessando que os fatos narrados pelo reclamante, na petição inicial, são verdadeiros. Como poderá o juiz decidir, já que os litigantes, mutuamente, confessaram? Simples. O magistrado utilizará, para o seu veredicto, a teoria do ônus da prova, tão bem definida no art. 818 da CLT e no art. 373 do CPC. Caso o ônus da prova seja do reclamante, sua será a sucumbência. Caso o ônus da prova seja do reclamado, a derrota o abraçará.

No mundo abstrato, pode até existir espaço para o compartilhamento do *onus probandi*. Mas no mundo real, aquele no qual vivem juízes e advogados, o fardo probante de uma determinada pretensão sempre estará sobre os ombros de uma parte específica, seja reclamante, seja reclamado.

O CPC inovou em matéria de ônus da prova, trazendo à baila a “distribuição equitativa e coerente do fardo probante” (distribuição dinâmica),

como pode ser observado no § 1º do art. 373.

Com a Reforma Trabalhista, a distribuição dinâmica do ônus da prova passou a esculpir as linhas da CLT, especificamente no § 1º do art. 818.

Nos casos previstos em lei ou **diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário**, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por **decisão fundamentada**, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

As lides envolvendo vínculo doméstico de emprego se encaixam muito bem na distribuição dinâmica do ônus da prova, pois, notoriamente, o empregado doméstico tem excessiva dificuldade de cumprir determinado encargo probante.

A priori, o advogado sabe que o ônus da prova é do reclamante (art. 818, I, da CLT e art. 373, I, do CPC), afinal, ele é quem está “acusando” o reclamado de “fazer”, de “não fazer” ou de “não pagar”. Aprioristicamente, portanto, vai imperar a presunção de inocência, que é um princípio constitucional. Não me venham falar do fantasioso princípio “*in dubio pro operario*”, criação daqueles que “misturam” direito do trabalho com direito processual do trabalho. Existirá sempre o “*in dubio pro litigante que não carrega o fardo probante*”. Eis como deve desaguar a incerteza, depois de esgotada a instrução processual.

O princípio da proteção ao hipossuficiente (empregado) é a alma do direito do trabalho. Com base nele, as normas trabalhistas foram e são edificadas, na busca por contrabalançar uma relação jurídico-material historicamente desequilibrada – a relação de emprego. O juiz do trabalho, principalmente na sua preparação para o concurso público, estuda o desenvolvimento histórico da relação de trabalho, passando, inexoravelmente, pelo nefasto período da Revolução Industrial (principal fonte material do direito do trabalho), com todas as suas mazelas. Em sua atuação processual, entretanto, o magistrado não deve divorciar-se da imparcialidade. Não pode simplesmente “inverter o ônus da prova” com base na “hipossuficiência

obreira”. Se assim atuar, não estará atuando como juiz, mas como “justiceiro”. No direito processual, a relação envolve reclamante, reclamado e juiz. Os litigantes têm direito constitucional ao “juiz natural”, que significa “juiz competente” e “juiz imparcial”. A imparcialidade é um dever do magistrado. Sem ela, não há juiz natural. Sem ela, não há justiça.

Não há espaço, no direito processual, *data venia*, para qualquer “tese” capaz de arranhar a imparcialidade do Estado-Juiz, tampouco para pirotecnias de inversão do ônus da prova. Juiz que “pende” para um dos lados, ignorando as presunções legais e a boa técnica do ônus da prova, não é juiz, é justiceiro.

O alardeado “princípio” do “*in dubio pro operario*” desaba diante do sopro da boa técnica da teoria que distribui o fardo probante, até mesmo pelo fato de, hodiernamente, reclamante e reclamado contarem com assistência de advogados. Está na hora de exterminar, para sempre, a míope visão retrógrada de que o empregador já nasce marcado pela presunção de culpabilidade. Esse fosco retrato é fruto de puro preconceito, destituído de alicerce científico. Os juristas devem lutar contra estereótipos, afastando-se da vil discriminação.

Cultural a “perseguição” do Estado Brasileiro ao setor produtivo, ao empreendedorismo, àquele que deseja investir e gerar empregos. Os órgãos públicos de fiscalização geralmente são implacáveis, “incentivando” o empreendedor a sair do país ou a simplesmente guardar seu dinheiro no banco e viver “sem preocupação”.

Caso perdure, na mente do juiz do trabalho, no final da instrução, alguma dúvida, a sucumbência rastejará pelo caminho da parte a quem cabia convencer o magistrado daquele “fato”, ou seja, “da parte a quem cabia o ônus da prova”, seja trabalhador, seja empresa.

A mentira, o embuste, o sofisma e os subterfúgios não são uma exclusividade do empregador, como entendem alguns aplicadores do direito, sob a influência da evolução histórica do direito do trabalho. Enxergar, independentemente do objeto da ação, numa mesa de audiências, o empregado sempre como “vítima” é muito perigoso, pois essa postura pode

privar o magistrado da equidade necessária à justa condução dos trabalhos.

Pois bem.

O CPC prevê que a distribuição do ônus da prova pode ser convencionada entre as partes (§§ 3º e 4º do art. 373). Essa previsão, à luz do inciso VII do art. 2º da IN 39/2016 do TST, **não pode ser aplicada ao processo do trabalho**. Mais uma vez, *data venia*, o TST se precipitou, transformando todo e qualquer trabalhador em pessoa “hipossuficiente”, igualando desiguais, alijando, com isso, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia. Eis o nosso caminhar, com passos marcados pela fácil exclusão de novidades e manutenção de padrões doutrinários mumificados. Com a Reforma Trabalhista, vale destacar, surgiu, legalmente, a figura do empregado hipersuficiente – parágrafo único do art. 444 da CLT.

A **prova emprestada** passou a ser prevista expressamente no regramento processual. Eis o que dispõe o art. 372 do CPC: “*O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório*”.

Um laudo pericial pode ser apresentado como prova emprestada. Uma ata de audiência também. Mas é necessário que o juiz conceda a oportunidade para a parte contrária impugnar a prova (art. 372 do CPC c/c inciso LV do art. 5º da CF).

Os advogados podem **gravar a audiência**, em áudio e/ou em vídeo, independentemente de autorização judicial, afinal trata-se de ato público (salvo no caso de segredo de justiça). Observem os §§ 5º e 6º do art. 367 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista:

*§ 5º do art. 367 do CPC – “A audiência poderá ser **integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico**, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica”.*

§ 6º do art. 367 do CPC – “A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial”. (sem grifos no original)

Certa vez, um aluno me disse que, advogando para o reclamante, tomou, juntamente com o seu cliente, lugar à mesa de audiências, atendendo ao pregão, constatando que o reclamado não tinha comparecido, apesar de presente o seu advogado. Já passava da hora do início da sessão. O patrono do réu, dirigindo-se ao juiz, relatou que o trânsito estava muito complicado naquela manhã, mas que o seu cliente já se encontrava no elevador e logo chegaria. O magistrado disse que aguardaria por dez minutos. Tudo de boca. Sem nada registrar em ata. E o advogado do autor (meu aluno) calado ficou. Qual o motivo que leva um advogado a tolerar esse tipo de situação? Medo? Desconhecimento? Inexperiência?

Na OJ 245 da SDI-1, o TST uniformizou o entendimento de que não há tolerância para o atraso das partes à audiência, exatamente por ausência de previsão legal. A Orientação Jurisprudencial, no caso em comento, favorecia a parte autora, mas seu advogado nada fez. Não estou dizendo que o juiz é obrigado a seguir a Orientação. Não é isso. O magistrado, sombreado pelo princípio da razoabilidade, pode, contrariando a OJ, tolerar pequenos atrasos, acolhendo a justificativa apresentada pelo advogado. **Mas tudo isso tem que constar da ata de audiência** - art. 360, V, do CPC.

No caso, o correto seria o juiz ter registrado a ausência do reclamado no cabeçalho da ata, concedendo, depois de instalar a audiência, a palavra ao seu advogado, transcrevendo o fato por ele descrito. Depois disso, deveria constar da ata a sua decisão (tolerância de 10 minutos), devidamente fundamentada (inciso IX do art. 93 da CF), registrando, se fosse o caso, os protestos do advogado da parte contrária.

Sempre entendi que a instrução deve começar com uma nova tentativa de conciliação. Alguns leitores podem questionar: “Mas isso não está previsto em lei”. Respondo: “Está sim, especificamente no art. 764 da CLT”. A busca por uma solução amigável deve ser empreendida incessantemente pelo magistrado. O art. 359 do CPC ratifica a continuidade da tentativa de acordo.

Bom, não sendo possível, naquele momento, a conciliação, o juiz, antes mesmo de se pronunciar sobre a necessidade ou não do interrogatório das partes, deve, à luz dos arts. 357 e 379 do CPC, “**fixar os pontos controvertidos sobre os quais incidirão as provas e posicionar-se sobre a**

distribuição do *onus probandi*”. A fixação da controvérsia poupa o Judiciário de diligências inúteis.

A fixação dos pontos controvertidos, antes do início da instrução processual, prestigia os princípios da celeridade e da economia.

Estabelecendo os limites da instrução, ou seja, da produção probatória, o magistrado estará saneando e organizando o processo, definindo as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, podendo especificar os meios probantes necessários, definindo a distribuição do ônus da prova (estática ou dinâmica), garantindo sempre, durante o saneamento, o direito de manifestação dos advogados, em respeito ao princípio da cooperação (art. 6º do CPC).

Fixando os limites do debate, o juiz evitará aquele tipo de instrução onde “se atira para todos os lados”. Instruções com laudas e laudas de palavras inúteis. Instruções de ritmo cansativo e desafinadas. Confesso que já sentenciei processos instruídos por outros colegas inúmeras vezes e tive a oportunidade de aprender com erros e acertos, experiência que me ajudou a corrigir os meus próprios equívocos, cometidos ora por imaturidade, ora por precipitação. Flagrei instruções conduzidas nitidamente por juízes que **não estudaram os autos processuais**. A falha não está na formação do magistrado, dotado, em regra, de ampla capacidade e inatacável conhecimento jurídico. Mas o conhecimento abstrato de nada vale sem o pragmatismo que deve acompanhar o profissional na instrução de uma demanda, **sendo vital que ele se debruce sobre aquele processo, sobre os fatos geradores daquela contenda**. Já li atas de instruções em que o juiz fez infundáveis perguntas sobre o horário de trabalho do obreiro sem que existisse na petição inicial qualquer pedido relacionado ao fato. E fez isso contando com a cumplicidade dos advogados, que, em momento algum, o avisaram do “desvio”.

O bom advogado não é só aquele que estuda o direito, participando de cursos e palestras. O bom advogado, além do amplo conhecimento, é aquele que estuda o processo, que está afinado aos detalhes revelados pelos autos

processuais. Eis a fórmula: conhecimento abstrato + conhecimento concreto.

A petição inicial deve retratar um silogismo: premissa maior + premissa menor = conclusão. Toda **pretensão** tem seu **fato** gerador. Gosto sempre de citar o art. 189 do CCB, que abre o capítulo que trata da prescrição. A norma diz que “a partir da violação ao direito, nasce a pretensão”. A violação ao direito decorre de um fato. Logo, um fato gerou uma lesão e o advogado do autor vai, na petição inicial: (a) narrar o fato; (b) demonstrar a lesão por ele provocada; e (c) pedir a reparação à lesão. Tecnicamente, como o juiz conhece o direito, para ele o **imprescindível é a narrativa dos fatos**, premissa que costuma ser colocada em segundo plano pelos advogados, por questão de formação acadêmica, tendendo a valorizar mais a argumentação jurídica do que propriamente a narração fática.

Não temo em dizer que isso é cultural. O jurista se sente culturalmente “pobre” ao simplesmente narrar o que aconteceu com o seu cliente e termina desmerecendo aquilo que tem mais valor para o Judiciário. Fico impressionado com determinadas petições iniciais, envolvendo pretensão de indenização por dano moral, em que o advogado inicia a sua explanação com referências doutrinárias, precedentes jurisprudenciais, citações, definições (a petição define o que é “dano moral”), tudo isso antes do principal: o fato gerador. E o que o juiz faz? O óbvio: ignora tudo aquilo e começa a procurar os fatos. O juiz está “curioso”. Ele quer saber o que supostamente aconteceu com aquele trabalhador que está pleiteando uma indenização por dano moral. Será que ele foi vítima de assédio? Será que ele foi acusado da prática de um ilícito? Será que houve a quebra de um pré-contrato, traduzida pelo descumprimento de uma promessa? O magistrado, depois de “passar por cima” de dezenas de páginas, finalmente encontra, no finalzinho de uma lauda, como se estivesse propositalmente escondida, a narração dos fatos. Pronto. Agora ele vai começar a ler a petição.

Bom, voltemos ao nosso tema.

Far-se-á a fixação daquilo que é controvertido, em ata, mediante clara fundamentação. Se o advogado discordar, deverá protestar, pois o protesto não é apenas um ato antipreclusivo, mas também um requerimento implícito de reconsideração da decisão.

O advogado deve compreender que o protesto registrado em ata não é uma afronta ao juiz ou um mero ato para evitar a preclusão (a natureza antipreclusiva dos protestos jamais foi unânime, e, com o fim do agravo retido no processo civil, perdeu força a tese dos que defendem a indispensabilidade dos protestos como condição para futuro recurso). O protesto é uma manifestação do advogado indicando ao juiz que não concorda com a decisão proferida naquele momento. O juiz pode se interessar pelo protesto, questionando o advogado sobre os motivos que o levaram a protestar. Já aconteceu comigo e confesso que o advogado, ao receber, com ar de surpresa, a chance de expor a sua posição, ficou ainda mais surpreso quando disse que iria revogar a decisão e acatar a sua sugestão. Eis um clássico exemplo da cooperação, hoje elevada a princípio processual pelo CPC, mas que já estava presente no dia a dia da Justiça do Trabalho, pelo menos na mente de alguns julgadores.

Bom, além de cravar em ata quais os pontos controvertidos da lide, é de bom alvitre que o juiz já distribua o ônus da prova, mediante clara fundamentação jurídica.

Digamos que o reclamante esteja pleiteando o pagamento de horas extras e reflexos, a indenização por depósitos fundiários não efetuados, o pagamento de adicional de insalubridade e reflexos e o pagamento de indenização por dano moral em decorrência de assédio sexual. O reclamado, na contestação, disse que o reclamante não faz jus ao pagamento de horas extras porque sempre desenvolveu externamente o seu trabalho (art. 62, I, da CLT), dizendo, ainda, que o obreiro não trabalhava em ambiente insalubre, sendo, por isso, indevido o adicional, finalizando a defesa com a argumentação de que o trabalhador jamais sofreu assédio sexual e que o FGTS foi todo depositado. Antes de iniciar a instrução, o juiz já dirá que o pedido de adicional de insalubridade depende de prova técnica, e que, ao final, designará um perito, nos termos do art. 3º da Lei 5.584/70 e art. 195, § 2º, da CLT. Também antes de iniciar a instrução, o juiz deve consignar em ata que o ônus da prova da pretensão de horas extras é do reclamado, o qual levantou fato impeditivo do direito do autor, e, com isso, atraiu, para si, o fardo probante, nos moldes do art. 818, II, da CLT e do art. 373, II, do CPC. No mesmo diapasão, fixará em

ata que o ônus da prova da pretensão de indenização por dano moral é do empregado, ora reclamante, à luz do art. 818, I, da CLT e do art. 373, I, do CPC, visto que, neste ponto, o reclamado apenas negou o fato. Para finalizar, o juiz esclarecerá que a prova do recolhimento do FGTS é uma “prova exclusivamente documental”, que deve ser produzida pelo reclamado, o qual, quando disse que todos os depósitos foram efetuados, levantou fato extintivo do direito do autor, assumindo o ônus, como dispõem os arts. 818, II, da CLT e 373, II, do CPC (o juiz até pode, neste aspecto da pretensão, oficial à Caixa Econômica Federal para que forneça o extrato analítico da conta vinculada do obreiro – art. 765 da CLT) – vide também a Súmula 461 do TST.

Toda e qualquer instrução deveria ser precedida desse introito, com a fixação do objeto do debate e a atribuição do ônus da prova. É comum, depois disso, que uma das partes, percebendo que a “briga” não será tão fácil como pensava, decida fazer uma proposta de acordo. Mas a agonia que vem sombreando o ritmo das audiências trabalhistas atrapalha o bom trabalho, a aplicação da boa técnica processual, o diálogo, levando juízes e advogados a funcionarem como máquinas movidas por controle remoto.

Em relação aos depoimentos pessoais, é vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte, nos termos do § 2º do art. 385 do CPC.

Nas edições anteriores deste *Manual*, já dizia o seguinte:

Não há rigidez na ordem do interrogatório, cabendo ao juiz decidir quem deporá primeiro, apesar da previsão do art. 361, II, do CPC/2015. Simpatizo com a ideia de que a ordem deve priorizar a distribuição do ônus da prova. Logo, o primeiro depoimento deve ser da parte que carrega o fardo probante da principal pretensão da ação.

Recompensado, também neste ponto, foi o nosso *Manual*, com a Reforma Trabalhista, que insculpiu o § 2º ao art. 775 da CLT, dispondo exatamente sobre isso, ao asseverar que ao juiz incumbe dilatar os prazos processuais e **alterar a ordem de produção dos meios de prova**, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

A CLT, como se desconhecesse a prática processual, no art. 848, § 1º, diz que as partes poderão se retirar da sala de audiências após o interrogatório. Jamais o juiz permitirá a saída das partes, porque isso pode “contaminar” as testemunhas que ainda se encontram fora da sala de audiências, aguardando convocação. Para o juiz aplicar a previsão contida no § 1º do art. 848 da CLT, teria que isolar as testemunhas, em local que geralmente não existe nos prédios onde funcionam as varas do trabalho.

11.1. Depoimento Pessoal

O interrogatório das partes está previsto no *caput* do art. 848 da CLT, cuja redação, construída sobre o alicerce do *jus postulandi* e da representação classista, vem induzindo juízes do trabalho à equivocada conclusão de que a oitiva dos litigantes é um ato privativo do magistrado.

A CLT jamais santificou o depoimento pessoal como uma mera faculdade do juiz!

Decifrando, com precisão cirúrgica, a mencionada redação do *caput* do art. 848 da CLT, cheguei à conclusão de que, à época da representação classista, então inspirada no *jus postulandi*, o juiz do trabalho (chamado de “presidente da junta de conciliação e julgamento”), *ex officio* ou a requerimento de qualquer juiz temporário (juízes classistas), poderia interrogar os litigantes.

A junta era constituída por um juiz togado, um juiz classista representando os empregados e um juiz classista representando os empregadores.

Destarte, o interrogatório, desde a publicação da CLT, sempre desaguou de ato de ofício do juiz ou de requerimento dos representantes das partes.

Eis a premissa maior do nosso silogismo.

Pois bem.

A representação classista foi soterrada pela Emenda Constitucional nº 24/1999. Com isso, a primeira instância da Justiça do Trabalho deixou de ser um colegiado, passando a ser um juízo monocrático, à luz do inciso III do art. 111 da Constituição Federal.

A partir daí, surge uma natural pergunta: Com a supressão da representação classista, quem herdou o direito de requerer o interrogatório das partes, previsto no caput do art. 848 da CLT?

A resposta é simples: Os advogados.

Ora, se o direito de requerer o depoimento da parte adversa pertencia, desde o nascedouro da CLT, aos representantes de empregados e empregadores (juízes classistas), nos parece lógico que, em face do desaparecimento daqueles, o direito continua de posse dos seus correspondentes herdeiros, que são os advogados.

Eis a premissa menor do nosso silogismo.

Pois bem.

Deixando de lado, temporariamente, as premissas, não preciso de muito esforço, neste momento do nosso estudo, para arrematar que o depoimento pessoal é um meio de prova.

O interrogatório das partes não é um meio de prova comum; é um meio de prova extraordinário, que precisa ser valorizado, pois é capaz de fazer florescer, no pântano da controvérsia, a confissão, seja ficta, seja expressa.

A confissão expressa é a “rainha das provas” e a confissão ficta é a “princesa das provas”.

Não bastasse a histórica interpretação do *caput* do art. 848 da CLT, em sintonia com o fim da representação classista, a minha tese ainda se justifica pela aplicação supletiva de norma mais moderna, contida no art. 385 do CPC, verbis: “*Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício*”.

Realizado o requerimento, o juiz, caso o indefira, terá que fundamentar a decisão, como exigem o art. 93, IX, da CF e o art. 11 do CPC. O advogado requerente, diante do indeferimento, deve, por extrema cautela, protestar – argúcia do art. 795 da CLT. Além disso, deve pleitear a exposição, em ata de audiência, da fundamentação judicial para a exoneração do interrogatório.

Sempre é bom destacar a ampla liberdade do juiz na condução do

processo, prevista nos arts. 765 e 852-D da CLT e no *caput* do art. 370 do CPC. Logo, o advogado tem que estar ciente de que a decisão final, não só quanto à oitiva das partes, mas em relação à produção probatória em geral, integra o poder de direção do magistrado, respaldado na legislação processual. De outra banda, como já ressaltado, nunca é demais dizer que o magistrado tem o dever de expor os fundamentos de suas decisões (as razões que o levaram a decidir daquela forma) – art. 93, IX, da CF e art. 11 do CPC.

Decisão judicial sem fundamentação é nula, por negativa de prestação jurisdicional, afinal aquela é o oxigênio do decisum, o qual, sem ela, asfixiado perecerá.

Retomando as premissas, temos que:

- **Premissa Maior** – O interrogatório das partes nunca foi uma mera prerrogativa do juiz, mas um direito dos representantes das partes (juízes classistas).
- **Premissa Menor** – Com o fim da representação classista, o direito de requerer o depoimento migrou para os advogados, naturais herdeiros da antiga representação.
- **Conclusão** – O interrogatório das partes pode ser feito de ofício pelo juiz ou a requerimento dos advogados, cabendo ao magistrado, em caso de indeferimento, fundamentar a sua decisão.

Entristece e frustra o advogado e a boa técnica processual, aquela decisão judicial exarada sem qualquer fundamentação, quando o magistrado simplesmente registra na ata: “Dispensados os depoimentos das partes”. E só!

O juiz, no caso, nem sequer indaga aos advogados se eles desejam realizar perguntas à parte adversa, já passando, como se fora um rolo compressor, sobre tudo e todos, atropelando um meio legítimo de prova.

Deve o advogado, caso considere o depoimento da parte contrária relevante, requerer a sua oitiva, mesmo quando o juiz já tenha exonerado unilateralmente o depoimento. Persistindo a dispensa, o advogado demandará que o juiz explicita as razões que o levaram a exonerar o interrogatório, nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, sendo certo que tudo

deve ser esculpido na ata de audiência, à luz do art. 360, V, do CPC.

Por fim, merece ser pontuado que qualquer decisão desprovida de fundamentação atrai, de início, embargos de declaração, por flagrante omissão, podendo a negativa de prestação jurisdicional, caso perpetuada, ser levada ao TST (Recurso de Revista) e ao STF (Recurso Extraordinário), ante a violação literal de norma constitucional (art. 896, c, da CLT e art. 102, III, a, da Lei Maior).

11.2. Testemunhas

Nas aulas de direito do trabalho, chamo sempre a atenção para a influência dos arts. 442 e 456 da CLT sobre o processo trabalhista.

O princípio da primazia da realidade (princípio do direito do trabalho), amparado no fato de o contrato de trabalho ser, na definição do incomparável Orlando Gomes, um “contrato-realidade”, cuja forma não é um elemento essencial para a sua existência, catapulta a prova oral a um patamar inimaginável, quando comparada com o processo comum.

O art. 442 da CLT diz que “o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso [verbal ou escrito] corresponde à relação de emprego”.

O art. 456 da CLT dispõe que a existência de uma relação de emprego pode ser comprovada por qualquer meio de prova em direito admitido.

Dito isso, fica fácil compreender a força do princípio da concentração dos atos processuais em audiência no processo laboral.

A tímida previsão contida no art. 443 do CPC, colocando a prova testemunhal em “segundo plano”, é prova viva do abismo que, neste ponto, separa o processo trabalhista do processo civil. Para não ser injusto com o CPC, trago, à coreografia da nossa discussão, o seu belíssimo art. 446, este sim em total consonância com o processo trabalhista, *verbis*:

Art. 446 do CPC. É lícito à parte provar com testemunhas:

I – nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada;

II – nos contratos em geral, os vícios de consentimento.

A CLT, bem à frente do seu tempo, quando, acertadamente, desvinculou a existência do contrato de trabalho a qualquer “folha de papel”, foi inspirada no princípio da proteção ao hipossuficiente, na sapiência de que o contrato de trabalho, em regra, é um contrato de adesão, e, como tal, diante do manifesto poderio patronal, está mais propício a ser um alvo fácil da divergência entre a vontade real e a vontade formal, desacordo intitulado “vício de vontade” ou “vício de consentimento”.

O Código Civil, em seu art. 112, arremata: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Difícil, depois disso, ignorar a importância das testemunhas no processo trabalhista.

O CPC, apesar de ter mantido a exigência da juntada de rol de testemunhas (arts. 450 a 452), criou uma novidade para o processo civil, inspirada no processo do trabalho: **a intimação das testemunhas pelas próprias partes.**

Desde 1943 a CLT já diz isso, no seu art. 825: “As testemunhas comparecerão à audiência independentemente de notificação ou intimação”.

Com essa visionária previsão, a CLT repeliu, implicitamente, a prévia juntada de rol de testemunhas.

Quando a CLT diz “independentemente de notificação ou intimação”, ela está simplesmente repassando o encargo às partes, dando mais celeridade ao feito. No processo trabalhista costumamos dizer que as testemunhas serão “convidadas” pelas partes, comparecendo “espontaneamente” à audiência.

Qual a forma que deve ser utilizada pelas partes para a realização do convite?

A CLT não especifica. A sua mudez atrai a incidência daquela regra de hermenêutica que diz: onde o legislador não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo. O silêncio da velha Consolidação fala mais do que mil palavras, fazendo desabrochar a conclusão de que não há forma prescrita ou defesa em

lei para a realização, pelas partes, do convite às testemunhas.

No processo civil não há essa leveza. O ranço burocrático continuou encravado em suas entranhas, mesmo com a chegada do Novo CPC, cabendo ao advogado da parte, **depois da juntada de rol de testemunhas, informar ou intimar a testemunha** do dia, da hora e do local da audiência, ato que deverá ser realizado por **carta com aviso de recebimento**, cumprindo ao pobre do advogado **juntar aos autos, com antecedência mínima de três dias da data da audiência, cópia da correspondência e do comprovante de recebimento**. A prova testemunhal, à luz do CPC/2015, retrata uma *Via Crucis* a ser percorrida pelo profissional da advocacia.

Triste é assistir o nascimento de um Código no ano de 2015 ainda falando em “carta com aviso de recebimento”, desprezando os meios telemáticos e as redes sociais. Lamentável.

Esse emaranhado burocrático esculpido no CPC **não se aplica ao processo trabalhista**, a uma pelo fato de inexistir lacuna no regramento processual laboral (art. 769 da CLT), a duas pela incompatibilidade com os princípios da celeridade, da oralidade e da simplicidade (art. 769 da CLT e parágrafo único do art. 8º da CLT) e a três por representar uma macambúzia e distorcida cópia do que o processo do trabalho já consagra há mais de 70 anos.

Não existe, portanto, no processo trabalhista, rol de testemunhas.

As testemunhas, no processo trabalhista, serão convidadas pelos advogados ou pelas partes, por qualquer meio, podendo o convite ser meramente verbal (no rito sumaríssimo, por conta do § 3º do art. 852-H da CLT, o advogado tem que ter mais cuidado, prevenindo-se contra incidentes desnecessários, como mostraremos mais adiante).

No processo do trabalho as testemunhas comparecerão espontaneamente à audiência.

O ato judicial de fixar, em ata de audiência, prazo preclusivo para a juntada de rol de testemunhas, é ilegal, ferindo mortalmente a CLT e violando o princípio da legalidade,

insculpido no inciso II do art. 5º da CF.

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DA INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHAS. Na Justiça do Trabalho as partes têm assegurado, por lei, o direito de produzir prova testemunhal, *sem necessidade de apresentação prévia de rol (CLT, art. 825, caput e parágrafo único)*. Caracteriza-se, portanto, cerceamento de defesa o indeferimento, por não ter a parte depositado previamente o rol, do requerimento de intimação de testemunha que convidada pela parte não compareceu espontaneamente à audiência. Recurso provido. (TST, 2ª Turma, RR 457728-72.1998.5.01.5555, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ 08/11/2002). (sem grifos no original)

O juiz do trabalho não pode atropelar a CLT e, arbitrariamente, **exigir das partes ou dos advogados a prévia juntada de rol de testemunhas**, principalmente agora, com o CPC, que consagrou a intimação pelos patronos.

O juiz do trabalho também não pode soterrar a CLT e “burocratizar” o processo trabalhista, passando a exigir a “comprovação prévia da intimação à testemunha”, prevista no § 1º do art. 455 do CPC, desautorizado que está pela CLT (art. 825 da CLT, art. 852-H da CLT, art. 769 da CLT e parágrafo único do art. 8º da CLT) e pela Constituição Federal (art. 5º, II, da CF).

O juiz do trabalho pode sim “facultar” a apresentação de rol de testemunhas, fixando prazo para a prática do ato.

O TST, entretanto, em decisão recente, da lavra da SDI-1, proferiu, data maxima venia, decisão teratológica, desprezando o art. 769 da CLT e, principalmente, o inciso LV do art. 5º da CF, valorizando, ao que parece, a “celeridade” em detrimento da “ampla defesa”. A decisão, contudo, foi por maioria, valendo registrar que o relator, o insigne Ministro João Oreste Dalazen, foi vencido. Essa decisão, cuja ementa encontra-se a seguir transcrita, em nada afetou a minha posição, exalando, ao que parece, uma forma de “punição” à parte, em total desvirtuamento do regramento processual trabalhista, além de “exigir” prova do convite quando a CLT não o

faz (salvo para o rito sumaríssimo – § 3º do art. 852-H da CLT). Decisão que contraria, inclusive, o § 2º do art. 8º da CLT, que veda aos tribunais o impulso de legislar.

*Pedido de adiamento da audiência para intimação de testemunha. Indeferimento. Determinação judicial prévia de apresentação de rol de testemunhas. Inobservância. Cerceamento do direito de defesa. Não caracterização. Art. 825, da CLT. Não violação. Com o objetivo de imprimir razoável duração ao processo, a praxe nos Tribunais Regionais é no sentido de designar audiências unas e contínuas, em que as partes são previamente notificadas a respeito da necessidade de apresentar o rol de testemunhas antecipadamente ou trazer as não arroladas independentemente de intimação, sob pena de não serem ouvidas. Nesse contexto, o indeferimento do pedido de adiamento da audiência, para que fosse intimada a testemunha não arrolada e que não compareceu espontaneamente, não viola o art. 825 da CLT, nem caracteriza cerceamento do direito de defesa. Reforça tal entendimento o fato de, no caso concreto, além de a parte ter sido previamente informada a respeito das consequências advindas da ausência das testemunhas na data da audiência, não haver justificativa para o não comparecimento, nem prova de que foram realmente convidadas. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos por divergência jurisprudencial e, **no mérito, por maioria, negou-lhes provimento.***

Vencidos os Ministros João Oreste Dalazen, relator, Márcio Eurico Vitral Amaro e Augusto César Leite de Carvalho. TST-E-RR-1810-18.2012.5.15.0108, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, red. p/ acórdão Min. Hugo o Carlos Scheuermann, 12.4.2018 (*Cf. Informativo TST nº 166).

Independentemente da fixação ou não de prazo para a juntada facultativa de rol, pode acontecer de a parte informar ao advogado que determinada testemunha “recusou o seu convite”. *A priori*, o bom advogado procurará persuadir seu cliente a substituir a testemunha, pois sabe que não é recomendável contar com uma pessoa que não se mostra disposta a depor.

Mas pode acontecer de essa testemunha ser a única ou a principal, tornando-se indispensável. Nesse caso, o advogado deve juntar aos autos o rol, requerendo a intimação judicial. Isso também cabe quando a parte não conseguir localizar a testemunha. O CPC, neste aspecto, é sóbrio, dispondo, no inciso I do § 4º do art. 455, que a intimação judicial será realizada quando frustrada a intimação pela parte ou por seu advogado.

Pode acontecer, entretanto, de a testemunha aceitar, *a priori*, o convite da parte, mas, no dia da audiência, não comparecer. Incidirá, nessa situação, o parágrafo único do art. 825 da CLT, o qual prevê que a testemunha faltante será intimada por via postal, *ex officio* ou a requerimento da parte interessada (é comum o advogado requerer prazo para informar o nome completo e o endereço da testemunha, requerimento que deve, por medida de justiça, ser deferido pelo magistrado – art. 794 da CLT). Inaplicáveis, ao processo trabalhista, os §§ 2º e 3º do art. 455 do CPC.

Intimada por via postal, caso a testemunha volte a não comparecer à audiência, não estará mais simplesmente ignorando o “convite” da parte, mas descumprindo ordem judicial, razão pela qual o juiz do trabalho determinará a expedição de mandado de condução coercitiva, a ser cumprido por oficial de justiça, sem prejuízo da multa a ser fixada pelo magistrado, o qual deve desprezar, na fixação da pena pecuniária, qualquer vinculação ao salário mínimo, em respeito à Lei Maior (parágrafo único do art. 825 da CLT e § 5º do art. 455 do CPC).

No **rito ordinário**, no **inquérito para apuração de falta grave** e no **rito sumário**, quando uma testemunha não comparece à audiência, basta o advogado levar o fato ao conhecimento do juiz. Este, de ofício ou a requerimento, intimará a testemunha. É simples. Nada precisará ser comprovado. Não é recomendável, inclusive, o protesto pelo advogado da parte adversa, já que o juiz está simplesmente cumprindo a regra corporificada no parágrafo único do art. 825 da CLT. Não deixa de ser deselegante protestar contra um ato notoriamente legal.

No **rito sumaríssimo** é diferente. No caso de ausência da testemunha, o advogado da parte interessada, além de levar ao conhecimento do juiz o fato, *terá que comprovar que o seu cliente convidou a testemunha*. A exigência

da **comprovação do convite** se encontra na primeira parte do § 3º do art. 852-H da CLT: “Só será deferida intimação de testemunha que, *comprovadamente convidada*, deixar de comparecer”.

Interessante observar que o legislador **não detalhou a espécie de prova a ser produzida**: se documental ou testemunhal. Andou mal, pois, à luz de regra básica da hermenêutica jurídica, já citada anteriormente, “onde o legislador não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo”. Conclusão: **No procedimento sumaríssimo, a parte poderá utilizar-se de qualquer meio de prova em direito admitido para comprovar a realização do convite à testemunha ausente.**

Para prestigiar o espírito do rito sumaríssimo, o legislador deveria ter restringido o meio probante apenas à prova documental. Não o fez. Se a lei não especificou, não pode o juiz restringir. Paciência.

Digamos que a testemunha não compareça à audiência de um processo que tramita em rito sumaríssimo. O advogado informa o fato ao juiz e este pergunta se o advogado está munido de prova do convite realizado à dita testemunha. Caso possua documento que demonstre a concretização do convite (carta com AR; mensagem de *e-mail* etc.), entregará ao juiz, o qual poderá determinar que a Secretaria da Vara junte-o aos autos, ou, se preferir, conceder prazo para que o próprio advogado o faça. Por medida de celeridade, antes da juntada, o juiz já poderá ouvir o advogado adverso sobre o documento. Do contrário, terá que abrir prazo para o contraditório, depois de acostado o documento aos autos. Estou falando aqui em “documento” por conta do nosso vício de não enxergar, no mundo jurídico, o avanço da tecnologia. O mesmo advogado, instado a apresentar a comprovação do convite, poderá exhibir, por exemplo, o aparelho celular ou *laptop/notebook* (seu ou do seu cliente) com mensagem enviada à testemunha pelo WhatsApp, Instagram, Messenger, Telegram ou qualquer outra rede social de notória existência, demonstrando que o convite foi por ali realizado. O juiz do trabalho não precisará enviar um ofício ao Facebook ou a outra empresa solicitando um “papel” que comprove o ato, bastando a transcrição em ata daquilo que ele está vendo e constatando no momento, diante de sua fé pública, sempre prestigiando o contraditório e a ampla defesa, entregando o

aparelho para que o patrono da parte contrária se pronuncie, caso tenha alguma impugnação a apresentar (esse advogado tem que ter o cuidado para não começar a atirar para todos os lados, usando “frases feitas” do tipo “prova ilícita” e outras baboseiras; a boa-fé não é um favor, mas um dever de qualquer pessoa – art. 5º do CPC).

Mas o advogado, naquele momento, pode não ter em mãos qualquer meio de prova quanto ao convite feito à testemunha, comum no caso de convite verbal. Nesse caso, deve o advogado dizer a verdade, ou seja, narrar o fato: “Excelência, o convite foi feito verbalmente, logo, não há comprovação documental ou telemática”. Talvez o juiz, cansado de estudar processo do trabalho, diga, açodadamente, que a omissão probatória fez precluir o direito de a parte produzir aquela prova testemunhal. O magistrado está errado, se assim agir. Cabe ao advogado requerer a oportunidade de comprovar, por outro meio, a realização do convite, pressuposto para o adiamento da sessão e a intimação da testemunha. O juiz talvez pergunte: outro meio? E o advogado responderá: sim, Excelência, meu cliente deseja trazer uma testemunha para comprovar que a testemunha ausente foi de fato convidada verbalmente por ele, afinal o § 3º do art. 852-H da CLT não exclui, para tal, qualquer meio de prova admitido no direito. O magistrado, *data maxima venia*, não terá outro caminho a seguir que não seja o deferimento do pleito.

Um incidente processual não é superado por gritos, por discussões acaloradas, tampouco por arbitrariedades do juiz, que as cometerá toda vez que decidir sem fundamentação sólida e precisa, ignorando a equidade.

O advogado foi escolhido pelo cliente e tem a nobre missão de defendê-lo. O juiz tem o dever indeclinável de prestar à sociedade a tutela jurisdicional, e tem de cumpri-lo mediante clara e compreensível fundamentação jurídica. A tutela não é prestada com arroubos de ignorância, com murros na mesa ou com qualquer outro meio de intimidação. A sociedade não espera do juiz o “brado” ou o “silêncio”, tampouco os meros “defiro” ou “indefiro”, pois qualquer pessoa é capaz de bradar, silenciar, deferir ou indeferir. A sociedade espera da excelência (grandeza; superioridade) do órgão jurisdicional a “fundamentação jurídica” sobre os incidentes, as objeções, o mérito. Recebendo-a, o cidadão pode concordar ou discordar, mas terá em mãos o que

chamamos de decisão judicial.

Não há, no ventre do Judiciário, um ringue onde se digladiam juízes e advogados. O templo sagrado da Justiça requer temperança.

Diante de um aparente conflito, aplicar-se-á a ponderação de valores (ponderação de princípios), quando entra em cena o princípio da proporcionalidade, inspirado na “Balança da Justiça”. Ao pesar (valorar) os princípios, cada um em uma das bandejas, o jurista descobrirá aquele que possui maior peso (valor), aplicando-o. No ponto em discussão, posso dizer, sem medo de errar, que o princípio da ampla defesa pesa bem mais do que o da celeridade.

O STF, no seu site, possui uma Biblioteca, onde podem ser encontrados os “Símbolos da Justiça” (Balança, Martelo, Têmis etc.). Sobre a “Balança da Justiça”, seguem trechos interessantes:

Também no além, segundo a doutrina ética de muitas religiões no que se refere à remissão dos pecados, ocorre um julgamento que decide sobre o peso das boas e das más ações realizadas na terra; assim como, por exemplo, o julgamento dos mortos dos antigos egípcios, no qual o deus Osíris, na presença de Maat, a deusa da justiça, pesa o coração do morto e decide sobre seu destino ultraterreno. O ato de pesar as ações terrenas encontra-se presente também nos julgamentos do além dos antigos persas e dos tibetanos.

Na Grécia, com a balança, Zeus inflige ao homem seu destino. No cristianismo a balança é símbolo e atributo eminente do juiz universal no fim dos tempos; ele decide, com a balança na mão, se aquele que se encontra defronte à cadeira do juiz divino deve ser designado ao paraíso do céu ou aos tormentos eternos do inferno (BIEDERMANN, 1994, p. 49).

De qualquer sorte, é aconselhável que o advogado providencie, caso a reclamação tramite em rito sumaríssimo, convites por escrito às testemunhas (e-mail; carta registrada; telegrama; carta-convite assinada pela testemunha etc.).

No rito ordinário e no rito sumário, cada parte pode apresentar até três

testemunhas, enquanto que no inquérito judicial para apuração de falta grave, esse número aumenta para até seis testemunhas para cada litigante (art. 821 CLT). No sumaríssimo, cada parte só pode apresentar até duas testemunhas (art. 852-H, § 2º, CLT). No caso de litisconsórcio, ativo ou passivo, cada litisconsorte é considerado como parte.

Observem que as partes podem convidar quantas testemunhas quiserem. O advogado do reclamante, por exemplo, pode dizer ao juiz, caso questionado, que estão presentes dez testemunhas convidadas pelo seu cliente e que definirá, ao longo da instrução, quais as três que serão ouvidas.

O depoimento das partes e testemunhas que não souberem falar a língua nacional será feito por meio de intérprete nomeado pelo juiz, o mesmo ocorrendo quando se tratar de surdo-mudo, ou de mudo que não saiba escrever. Essa previsão encontra-se no art. 819 da CLT, cujo § 2º foi recentemente alterado pela Lei 13.660/2018. A mudança diz respeito ao pagamento das despesas decorrentes do intérprete, as quais correrão por conta da parte a que interessar o depoimento, “salvo se beneficiária de justiça gratuita”. Eis a novidade trazida pela referida Lei 13.660/2018: **o beneficiário da justiça gratuita fica isento desse tipo de despesa.**

Inconstitucionalidade do art. 793-D da CLT – Ele prevê a possibilidade de o juiz do trabalho aplicar a multa esculpida no art. 793-C da CLT “à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa”. A anomalia da regra é tão latente que chega a provocar ânsia de vômito ao jurista abençoado por um mínimo de bom senso. Ora, sabemos que a testemunha que mente em juízo comete um crime, previsto no art. 342 do Código Penal. Pois bem. Eis a premissa maior. De outra banda, sabemos que a Justiça do Trabalho, como já pacificou o STF, não tem competência criminal. Pois bem. Eis a premissa menor. Diante dessas duas premissas, a única conclusão possível é a seguinte: “o juiz do trabalho não pode punir testemunhas”. Só isso. Apenas isso. Nada mais do que isso. A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha **viola o inciso LV do art. 5º da CF**, que garante, a qualquer acusado, o direito ao contraditório e à ampla defesa; **viola o inciso XXXVII do art. 5º da CF**, pois cria um juízo de exceção, já que a Justiça Laboral não tem competência para “julgar e

condenar testemunhas”; **viola o inciso LIII do art. 5º da CF**, que garante que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; e **viola o inciso LIV do art. 5º da CF**, que assegura que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

11.2.1. Contradita – Testemunha Incapaz, Impedida ou Suspeita

A ausência de rol de testemunhas dificulta a vida do advogado quanto à contradita da testemunha.

Contraditar uma testemunha é levantar contra ela um motivo de incapacidade, de suspeição ou de impedimento. A CLT não faz a distinção entre testemunha incapaz, suspeita e impedida, pelo fato de ter sido publicada na época do CPC de 1939 (art. 829 da CLT), que também não distinguia. Vital, por conseguinte, a aplicação subsidiária do CPC/2015.

O art. 447 do CPC elenca os casos de **incapacidade, impedimento e suspeição**, *verbis*:

Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º *São incapazes*:

I – o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II – o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III – o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;

IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º *São impedidos*:

I – o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o

interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II – o que é parte na causa;

III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º *São suspeitos:*

I – o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II – o que tiver interesse no litígio;

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Suspeição é um fator intrínseco (subjetivo) *capaz de afetar* a isenção (imparcialidade) da testemunha. **Impedimento** é um fator extrínseco (objetivo) *que afeta*, por si só, a isenção da testemunha. **Incapacidade** é um fator extrínseco *que impossibilita* uma pessoa de testemunhar.

Parece lógica a assertiva, presente na boa doutrina, de que a **contradita** deve ser apresentada ***depois*** da qualificação da testemunha (nome, estado civil, profissão, endereço etc.), prevista no *caput* do art. 457 do CPC, e ***antes*** de a testemunha prestar o compromisso de dizer a verdade – art. 458 do CPC.

A ordenação dos artigos do CPC ratifica o entendimento, pois a contradita está prevista exatamente nos §§ 1º e 2º do art. 457 do CPC.

Mas o direito não é uma ciência exata. E se o advogado da parte adversa não contraditar a testemunha no momento oportuno, operar-se-á a preclusão?

Ninguém, em sua sã consciência, pode, de forma açodada, responder que sim ou não. Precisamos refletir.

A contradita pode ter três fundamentos: incapacidade, impedimento e suspeição. Sobre os dois primeiros, seria um absurdo pensar em preclusão, por representarem fatores objetivos, não podendo o juiz ignorá-los, mesmo que suscitados ou descobertos depois do compromisso, até mesmo durante o depoimento ou depois de sua conclusão.

Digamos que uma determinada testemunha tenha prestado compromisso e respondido a todas as perguntas feitas pelo juiz. A sentença, inclusive, já se encontra com data marcada, quando, surpreendentemente, o advogado da parte contrária junta aos autos um documento de “interdição judicial” daquela testemunha, comprovando que, no momento do seu relato, se encontrava “interditada por deficiência mental” e, como tal, era incapaz de depor (art. 447, § 1º, I, do CPC/2015).

O juiz não poderá ignorar o incidente. Para evitar a “decisão surpresa” e em respeito ao princípio do contraditório, o magistrado deve notificar o advogado da outra parte, dando-lhe ciência do fato. Decorrido o prazo de “resposta”, tenha ela sido ou não apresentada, caberá ao juiz decidir se anula ou não o depoimento testemunhal. A disposição legal esculpida no art. 493 do CPC, que já se encontrava no art. 462 do CPC/1973, deve ser aplicada:

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

No exemplo, a pessoa ouvida, na qualidade de testemunha, não tinha capacidade. Seu relato não poderá ser aproveitado, nem mesmo como um “relato de informante”, visto que essa possibilidade se restringe aos casos de impedimento e suspeição, e, no caso de incapacidade, ao menor de 16 anos – inteligência do art. 447, § 4º, do CPC e do art. 829 da CLT.

O TST, mediante a Súmula 394, considera compatível com o processo trabalhista a previsão do art. 493 do CPC:

SÚMULA 394 DO TST. FATO SUPERVENIENTE. ART. 493 do

CPC de 2015. ART. 462 DO CPC de 1973 (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016. O art. 493 do CPC de 2015 (art. 462 do CPC de 1973), que admite a invocação de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, superveniente à propositura da ação, é aplicável de ofício aos processos em curso em qualquer instância trabalhista. Cumpre ao juiz ou tribunal ouvir as partes sobre o fato novo antes de decidir.

O mesmo raciocínio deve prevalecer para o caso de impedimento, por também envolver fator objetivo (extrínseco).

No caso de suspeição da testemunha, cujas hipóteses estão relacionadas no § 3º do art. 447 do CPC, duas situações distintas merecem reflexão.

Na primeira, o advogado da parte adversa, antes de a testemunha prestar compromisso, já tinha conhecimento de um fato capaz de torná-la suspeita. Resolveu, entretanto, esperar o início do depoimento, pensando que poderia tirar proveito da situação. Com o andar do relato, ao descobrir que a testemunha contrariava os interesses do seu cliente, o advogado levanta a mão e, pela ordem, requer a palavra, para, então, contraditar a testemunha.

Na minha visão, aplicando analogicamente o art. 801, parágrafo único, da CLT, o juiz deve rejeitar o requerimento, sob o fundamento de que a preclusão soterrou a oportunidade de o advogado praticar o ato processual (contradita).

O art. 801 trata da suspeição do juiz, sendo esclarecedor o seu parágrafo único:

Art. 801, parágrafo único, da CLT. Se o recusante houver praticado algum ato pelo qual haja consentido na pessoa do juiz, não mais poderá alegar exceção de suspeição, *salvo sobrevindo novo motivo*. A suspeição não será também admitida, se do processo constar que o recusante deixou de alegá-la anteriormente, quando já a conhecia, ou que, depois de conhecida, aceitou o juiz recusado ou, finalmente, se procurou de propósito o motivo de que ela se originou.

Observem a decisão a seguir transcrita:

SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE CONTRADITA. PRECLUSÃO. A *suspeição* da testemunha deve ser arguida por meio de contradita, ato a ser praticado *no interregno entre a qualificação e o compromisso da testemunha*. Não tendo sido apresentada a contradita no momento oportuno, inviável a arguição de *suspeição em sede de recurso ordinário, eis que incide a preclusão*. (TRT, 18ª Região, RO 01005-2012-171-18-00-9, Relator: Desembargador Federal do Trabalho Breno Medeiros, Data de Publicação: DEJT 27.07.2012). (sem grifos no original)

Diferente é o caso da testemunha sobre a qual não pairava, no momento do compromisso, qualquer centelha de suspeição. No transcorrer do depoimento, entretanto, a testemunha começou a demonstrar um sentimento de ódio mortal ou fraterna amizade contra ou a favor de uma das partes. Eis um bom exemplo do “motivo novo”, citado no parágrafo único do art. 801 da CLT, aplicado analogicamente. Caberia ao próprio juiz, de ofício, tomar as rédeas da situação, desqualificando a testemunha, e, se estritamente necessário, continuar a ouvi-la como mero informante.

Como não há, no processo trabalhista, rol de testemunhas, perde força a previsão contida no § 1º do art. 457 do CPC, no sentido de que o fato gerador da contradita tem que ser comprovado no ato de sua arguição, afinal os advogados só conheceram as testemunhas da parte adversa na própria audiência.

O fato ensejador da contradita pode ser comprovado por qualquer meio de prova admitido no direito, podendo gerar, inclusive, o adiamento da audiência e a marcação de uma assentada exclusiva para a instrução da própria contradita.

A decisão que acolhe ou rejeita a contradita é uma decisão interlocutória, e, dessa forma, irrecurível de imediato, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT.

Decidido o incidente, o advogado da parte “sucumbente”, caso discorde dos fundamentos lançados pelo juiz, deve protestar. Já estudamos que o

protesto não é apenas um ato antipreclusivo, mas a manifestação do profissional de que não concorda com a decisão judicial. A irrecorribilidade, apenas lembrando, é apenas “imediata”, pois a questão poderá ser debatida no recurso ordinário, sendo capaz de gerar, inclusive, a nulidade da sentença, por *error in procedendo* (a sentença seria o fruto de uma árvore envenenada).

11.2.2. Súmula 357 TST – “Troca de Favores” – Análise Crítica

Na Súmula 357, o TST decreta que “não se pode presumir a suspeição” de uma testemunha pelo simples fato de ela também ter ajuizado reclamação trabalhista contra o mesmo empregador.

Digamos que José e Manoel ajuizaram reclamações trabalhistas em face de uma mesma empresa, na qual trabalharam por alguns anos. A audiência de instrução de José foi marcada para uma data anterior à de Manoel. No dia da audiência, José comparece acompanhado de apenas uma testemunha: Manoel.

O TST, mediante a Súmula 357, não enxerga, *a priori*, qualquer obstáculo à serventia de Manoel como testemunha convidada por José.

TESTEMUNHA. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA.
SUSPEIÇÃO. Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador.

Para o TST, portanto, “o simples fato” de a testemunha possuir ou ter possuído reclamação contra o mesmo reclamado não a torna suspeita.

Interpreto o “simples fato” como uma expressão que guarda sinonímia com o termo “por si só”.

Vejamos como ficaria a Súmula 357 do TST com a substituição de uma expressão pela outra: “O fato de a testemunha estar litigando ou ter litigado contra o mesmo reclamado não a torna, **por si só**, suspeita”.

“Por si só” significa “apenas por esse motivo”.

O “motivo”, não obstante, pode ser um **indício** para que o juiz aprofunde a investigação e, ao final, conclua que, de fato, a testemunha não tem isenção suficiente para depor.

A Súmula 357 do TST, por conseguinte, não fecha, definitivamente, a porta para a acolhida da contradita arguida pelo advogado do reclamado.

A Súmula 357 do TST não afasta, peremptoriamente, a suspeição da testemunha que também litiga com o mesmo reclamado.

A Súmula 357 do TST simplesmente diz que o juiz não deve acolher a contradita sob o único fundamento de que “a testemunha também possui ou já possuiu reclamação trabalhista contra o mesmo reclamado”. É só isso!

O advogado do reclamado, numa situação desse tipo, pode sim contraditar a testemunha, levando ao conhecimento do juiz o fato. O juiz, diante da contradita, não pode simplesmente dizer que a Súmula 357 do TST o autoriza a ouvir a testemunha, rejeitando, **apenas por esse fundamento**, a contradita. Não é assim tão simples. O fato de a testemunha litigar ou ter litigado contra o mesmo reclamado tem a sua relevância, mesmo que, por si só, não sirva como base para o acolhimento da contradita.

O magistrado, nesse caso, deve conversar com a testemunha contraditada, procurando saber se ela trocou informações com o reclamante, se eles combinaram algo etc. Na presença do juiz, a testemunha, por mais forte que seja, pode perder a “ginga”, expondo sentimentos que convençam o magistrado de que a contradita tem baseamento.

Não há como negar, entretanto, a força que exala da Súmula 357 do TST, expondo, aprioristicamente, presunção *juris tantum* de inexistência de suspeição da testemunha que também litiga ou tenha litigado contra o mesmo empregador.

Para o TST, o juiz deve partir da premissa de que a testemunha “não é suspeita”. Na teoria do ônus da prova, caberia àquele que levantou a contradita comprovar, robustamente, a presença da escura névoa da suspeição.

Em setembro de 2012, no julgamento do RR 197040-64.2002.5.02.0381, a SDI-1 voltou a respaldar a Súmula 357 do TST, numa situação ainda mais contundente do que a usual, pois se tratava de testemunha que, além de ter ajuizado reclamação em desfavor do mesmo reclamado, utilizou o reclamante como testemunha, no que se costuma chamar de “troca de favores”. Eis um fragmento da notícia que consta do *site* do TST e, em seguida, a ementa da

decisão:

Para a SDI-1, o fato de um trabalhador ter arrolado como testemunha ex-colega, *para o qual tenha testemunhado em outro processo contra o mesmo empregador*, não configura, *por si só*, o favorecimento apto a tornar suspeito o depoimento pretendido. O juiz do trabalho indeferiu os depoimentos das testemunhas indicadas pelo trabalhador, acolhendo contradição da empresa. A decisão foi mantida no TRT, para o qual a troca de favores entre o reclamante e as testemunhas ficou evidente, na medida em que “o reclamante depôs nas ações das testemunhas”. Os autos chegaram ao TST e, após análise da Oitava Turma, o recurso de revista não foi conhecido, razão pela qual o autor interpôs recurso de embargos para a SDI-1. Na SDI-1, o ministro José Roberto Freire Pimenta proferiu seu voto no sentido de reformar a decisão do Regional. O relator destacou que “*o TST tem entendimento consolidado no sentido de que o só fato de a testemunha postular judicialmente contra o mesmo demandado, mesmo com pleitos idênticos, por si só, não acarreta a sua suspeição, tampouco torna seus depoimentos carentes de valor probante, tudo em consonância com o entendimento sedimentado na Súmula nº 357 do TST*”. Para o ministro, a repudiada troca de favores não deve ser presumida e, sim, devidamente comprovada, circunstância efetivamente não configurada nos autos. O ministro relator pontuou, ainda, que essa modalidade de prova não pode ser inviabilizada em vista da notória dificuldade de empregados se disporem a depor em ação ajuizada por colega quando ainda vigente o contrato de trabalho, aliado ao fato de que, por vezes, as testemunhas tiveram ou ainda se vinculam à parte com quem estão em litígio. (Decisão de 06/09/2012, RR-197040-64.2002.5.02.0381). (sem grifos no original)

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007.
CONTRADIÇÃO DE TESTEMUNHA. RECLAMANTE
ARROLADO PARA DEPOR EM AÇÃO TRABALHISTA
AJUIZADA PELA TESTEMUNHA CONTRA O MESMO
EMPREGADOR. TROCA DE FAVORES. NÃO COMPROVAÇÃO.

É entendimento desta Corte de que a troca de favores, apta a tornar suspeita a testemunha, deve ser comprovada, circunstância, no entanto, não divisada nos autos, já que a decisão Regional, transcrita pela decisão recorrida, não registrou prova nesse sentido, não sendo suficiente, para tanto, a simples constatação de o reclamante ter sido arrolado para testemunhar na ação trabalhista ajuizada pela testemunha contra o mesmo empregador. Isso porque se estaria, em última consequência, inviabilizando essa modalidade de prova, já que a realidade revela não só a dificuldade de colegas de trabalho, ainda empregados da empresa, deporem contra a empregadora, mas também que, geralmente, as pessoas chamadas a depor, tiveram ou mantêm alguma relação com os litigantes. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST, SDI-I, E-ED-RR: 197040-64.2002.5.02.0381, Rel. José Roberto Freire Pimenta, *DJ* 06/09/2012).

Em maio de 2014, o TST voltou a decidir da mesma forma:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CONTRADITA DE TESTEMUNHA. SUSPEIÇÃO. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA. PRESUNÇÃO DE TROCA DE FAVORES. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos da Súmula 357 do TST, não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST, RR 1032-02.2012.5.03.0102, 8ª Turma, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Publicação 16/05/2014).

Há uma presunção de inexistência de suspeição sobre a testemunha, mesmo que a parte, anteriormente, tenha sido também testemunha em seu processo. Sendo assim, caberá à parte adversa (aquela que suscitou a contradita) provar, cabalmente, a ausência de imparcialidade da testemunha contraditada.

11.2.3. Depoimento, Inversão das Testemunhas e Gravação dos

Depoimentos

O art. 820 da CLT reza que as partes e as testemunhas serão inquiridas pelo juiz, cravando que as perguntas formuladas pelos advogados serão repassadas “por seu intermédio”. **Significa dizer que a CLT não permite que as partes façam perguntas diretamente à testemunha.** Elas devem ser dirigidas ao juiz. O CPC/1973, no art. 416, também previa o mesmo procedimento, determinando, no seu § 2º, que as perguntas indeferidas pelo juiz fossem obrigatoriamente transcritas na ata de audiência, caso requerido pelo advogado.

O CPC trouxe uma novidade elogiável, especificamente no art. 459, consagrando a realização de perguntas, formuladas pelos advogados, diretamente à testemunha, começando pela parte que a convidou ou arrolou, vedando perguntas indutivas, estranhas à lide e que já tenham sido respondidas, determinando, à luz do antigo CPC, que as perguntas indeferidas pelo juiz sejam transcritas na ata, quando requerido (§ 3º).

Nada mais salutar do que livrar o magistrado da “função” de “papagaio”, valorizando, com isso, o advogado.

A CLT foi edificada sobre a frágil premissa do *jus postulandi*, razão pela qual ignora, em regra, o advogado. O art. 820 da CLT é mais uma herança da “falsa premissa”.

O TST, unilateralmente, no art. 11 da IN 39/2016, diz que não se aplica ao Processo do Trabalho a norma do art. 459 do CPC, no que permite a inquirição direta das testemunhas pela parte. Na qualidade de juiz do trabalho de primeira instância, com a devida vênia, decidi ignorar a Instrução Normativa do TST, neste particular, aplicando, com felicidade incontida, o art. 459 do CPC, livrando-me do ultrapassado papel de apenas repetir à testemunha as perguntas feitas pelos advogados.

Minha iniciativa foi premiada pelo novo § 2º do art. 775 da CLT, que recomenda ao juiz a adoção de **qualquer ato** que seja capaz de conferir **maior efetividade à tutela jurisdicional**. Entendo que esse parágrafo, fruto da Lei 13.467/2017, pôs uma pá de cal no art. 11 da IN 39/2016 do TST.

Da mesma forma como me posicionei em relação à possibilidade de

inversão na ordem dos depoimentos pessoais, idêntica postura vou imprimir para a ordem de oitiva das testemunhas. Vale registrar que a minha posição já tinha sido externada nas edições anteriores desta obra. O juiz deve priorizar, quando da produção da prova testemunhal, o ônus da prova, do contrário, correrá o risco de conviver com diligências improfícuas. O parágrafo único do art. 456 do CPC, que condiciona a inversão à “concordância das partes”, é incompatível com os princípios que norteiam o processo trabalhista. Neste sentido, o novo § 2º do art. 775 da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017. Mais uma vez o nosso *Manual* se mostrou visionário.

Digamos que o objeto da lide seja o pleito de pagamento de horas extras e que a empresa, cujo estabelecimento possui mais de dez empregados, não tenha juntado cartões de ponto ou tenha acostado cartões “britânicos”, fato que inverte o ônus da prova, nos termos da Súmula 338 do TST. O advogado do reclamante, nesse tipo de situação, tem que requerer ao magistrado que pergunte ao advogado do reclamado se o seu cliente convidou testemunhas, pois, caso não tenha convidado, o advogado do reclamante deverá dispensar as testemunhas chamadas pelo seu cliente, em face da presunção absoluta de veracidade que passará a pairar sobre a jornada descrita na petição inicial. Caso o advogado do reclamado diga que o seu cliente convidou testemunhas, o próprio advogado do reclamante deverá requerer que elas sejam ouvidas antes daquelas convidadas pelo autor, à luz da distribuição do *onus probandi*. No caso, não é o reclamante quem tem que provar o fato constitutivo do seu direito, sendo do reclamado o fardo de comprovar a não realização de horário extraordinário.

Há um vício que deve ser combatido com relação às testemunhas.

Muitos juristas, na prática, costumam falar em “testemunhas do reclamante” e “testemunhas do reclamado”. As testemunhas pertencem ao Estado-Juiz (magistrado), destinatário final das provas!

A testemunha comparece à audiência para “emprestar, ao julgador, seus olhos, suas lembranças, seu conhecimento dos fatos”.

Na audiência, depois de prestar compromisso, a testemunha passará a cumprir um *munus publicum* (encargo público). No compromisso de dizer a verdade, a testemunha é advertida pelo juiz, nos termos do parágrafo único do art. 458 do CPC, de que, se mentir, calar ou ocultar a verdade, estará cometendo um crime, passível de sanção penal – argúcia do art. 342 do CP.

Essa pena, no entanto, não pode ser aplicada pelo juiz do trabalho, porquanto, à luz de sólido entendimento do STF (liminar concedida na ADI 3.684 DF), a Justiça do Trabalho não tem competência criminal.

COMPETÊNCIA CRIMINAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÕES PENAIS. PROCESSO E JULGAMENTO. JURISDIÇÃO PENAL GENÉRICA. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME DADA AO Art. 114, INCS. I, IV E IX, DA CF, ACRESCIDOS PELA EC Nº 45/2004. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR DEFERIDA COM EFEITO *EX TUNC*. O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, *não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais*. (STF, ADI: 3684 DF, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 01/02/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072, Divulg. 02/08/2007, Public. 03/08/2007, *DJ* 03/08/2007, p. 30, Ement. vol-02283-03, p. 495, RTJ vol-00202-02, p. 609, LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 69-86, RMP n. 33, 2009, p. 173-184). (sem grifos no original)

A “inversão” na ordem de oitiva das testemunhas não causa prejuízo às partes, sendo uma faculdade do juiz do trabalho (destinatário das provas), que pode assim agir de ofício ou a requerimento do advogado do reclamante. O magistrado pode, inclusive, “misturar” essa ordem, ouvindo uma testemunha convidada pelo reclamante, para depois ouvir uma testemunha convidada pelo reclamado, e, se julgar necessário, ouvir outra testemunha convidada pelo reclamante, e assim por diante. *O importante é que tudo conste da ata de audiência* – art. 360, V, do CPC.

Como alhures destacado, à luz do art. 459 do CPC, as perguntas serão formuladas pelas partes **diretamente à testemunha**, começando pela que a

arrolou (convidou, no nosso caso). O juiz, no entanto, não deve admitir perguntas indutivas (formuladas com a intenção de obter determinada resposta) e perguntas que não tiverem relação com os fatos controversos ou que importarem repetição de outra já respondida.

Apesar de o TST, no art. 11 da IN 39/2016, ter decretado a inaplicabilidade do art. 459 do CPC, quanto à previsão de “perguntas dos advogados diretamente à testemunha”, sem ao menos consultar os magistrados de primeiro grau, entendo que o juiz é livre para aplicar a inovação processual ou para continuar a usar o art. 820 da CLT.

As perguntas indeferidas deverão ser transcritas na ata de audiência, **caso a parte interessada assim requeira** (§ 3º do art. 459 do CPC). O advogado, portanto, deve ficar atento, requerendo a transcrição. Lembrando que os depoimentos podem ser gravados pelos advogados, independentemente de autorização judicial, salvo se o processo estiver correndo em segredo de justiça (art. 460 do CPC).

O fato de o juiz aplicar o art. 459 do CPC, permitindo que os advogados falem diretamente com a testemunha, não retira o seu poder de intervir no interrogatório, indeferindo determinadas perguntas, mediante fundamentação a ser lançada em ata de audiência, juntamente com as perguntas rechaçadas, caso assim requeira o advogado.

O juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes, como prevê o § 1º do art. 459 do CPC. As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias (§ 2º do art. 459 do CPC).

Há juízes que solicitam ao advogado que vá anotando as perguntas indeferidas, para, no final do depoimento, transcrevê-las em ata, juntamente com a fundamentação. Essa prática é interessante, pois não “quebra” o ritmo do relato. Mas o advogado, a depender do caso, pode argumentar que a transcrição, naquele momento específico do indeferimento, é vital, exatamente para vincular a pergunta a determinado estágio do relato.

Os depoimentos, como vimos, podem ser gravados (art. 460 do CPC). A

gravação **não precisa ser requerida pelo advogado ao juiz**, sendo uma “faculdade das partes” (vide também o art. 367, §§ 5º e 6º, do CPC). Faculdade significa “liberdade de agir”, ou seja, “direito”. O advogado, na qualidade de representante da parte, tem direito potestativo (incondicional) de gravar os depoimentos pessoais e das testemunhas, sendo recomendável que **informe** ao juiz da gravação, para que o fato conste em ata. Se o processo estiver correndo em segredo de justiça, a gravação não será possível.

Os advogados devem acompanhar atentamente a transcrição em ata. Caso esta não corresponda àquilo que foi dito ou esteja fugindo do contexto, cabe ao advogado **pedir a palavra e apontar a inconsistência ao juiz**, requerendo a retificação, à luz do que dispõe o art. 361, parágrafo único, do CPC. Isso deve ser feito de imediato, para evitar o agravamento do incidente. Eis a importância da gravação, estratégia que deixa o advogado mais seguro.

No caso de PJE, os procedimentos jurisdicionais não mudam. A alteração fica por conta dos meios eletrônicos. Observem, por exemplo, as previsões contidas nos §§ 1º e 2º do art. 209 do CPC, *verbis*:

§ 1º Quando se tratar de processo total ou parcialmente documentado em autos eletrônicos, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.

§ 2º Na hipótese do § 1º, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento de realização do ato, sob pena de *preclusão*, devendo o juiz decidir de plano e ordenar o registro, no termo, da alegação e da decisão. (sem grifos no original)

Questionável a preclusão prevista no § 2º do art. 209 do CPC, contradizendo a norma do art. 460 do mesmo diploma legal, que permite a “gravação” dos depoimentos. A gravação, apresentada posteriormente, inclusive por escrito, mediante degravação, pode ser usada para confrontar o

conteúdo da ata, afinal o advogado, no calor da audiência, pode, naquele momento, não ter sido capaz de detectar as incoerências que terminaram maculando a transcrição dos relatos.

11.3. Prova Documental

A CLT, no art. 787, prevê que a reclamação trabalhista deve estar acompanhada dos documentos em que se fundar. **Eis mais uma norma sem efetividade. Inócua. Inaplicável.**

A prova documental, a exemplo de toda e qualquer prova, pode *ser produzida em audiência*, como dispõe o art. 845 da CLT: “*O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas*”.

O art. 787 da CLT provoca arrepios no advogado do reclamante, levando-o a imaginar que todo e qualquer documento terá que ser juntado, necessariamente, quando do ajuizamento da reclamação. Isso não é verdade.

Mesmo no rito sumaríssimo, no qual a unicidade da audiência é realmente observada, os documentos podem ser apresentados durante a sessão, não havendo que se pensar em preclusão pela não juntada no momento da propositura da ação.

Mas existe um aparente conflito entre os arts. 787 e 845 da CLT. De fato. Mas isso é facilmente resolvido com a **ponderação de valores**, prevalecendo, sem muito esforço, o princípio da ampla defesa, o que torna o primeiro artigo natimorto.

Faço questão de destacar que a chegada do PJE não modificou em nada a previsão do art. 845 da CLT, já que cabe ao PJE adaptar-se às regras processuais, não tendo o condão de revogar as clássicas normas consolidadas.

Em algumas unidades jurisdicionais os advogados são “advertidos”, em relação ao PJE, de que os documentos devem ser acostados eletronicamente, dando a entender que a juntada durante a audiência será inadmissível. **Trata-se de exigência ilegal, que contraria frontalmente o art. 845 da CLT.**

Em outras unidades jurisdicionais, a documentação é aceita na audiência,

“desde que o advogado a leve no seu *pen drive*”. **Trata-se de mais uma exigência ilegal.**

Com a implantação do PJE, o Poder Judiciário tem o dever de disponibilizar aos jurisdicionados e aos advogados os equipamentos necessários para a digitalização dos documentos.

Partindo dessa premissa, um documento físico, apresentado na audiência de um processo eletrônico, deve ser digitalizado pelo servidor público da vara do trabalho.

Servir ao público é uma das indeclináveis missões do Poder Judiciário!

As mazelas do serviço público não podem ser computadas na “conta” dos advogados e das partes.

O advogado do reclamante, ao juntar documentos antes da audiência (ato elogiável, que prestigia a celeridade processual), deve optar pelo **sigilo**, evitando que o reclamado tenha acesso à prova documental antes da audiência. O mesmo procedimento deve ser adotado pelo advogado do reclamado.

O juiz do trabalho precisa entender que a opção do “sigilo” existe exatamente para prestigiar o art. 845 da CLT. A resistência de alguns magistrados com o “sigilo dos documentos” é inaceitável, como já decidiu o TST, em caso envolvendo, inclusive, equívoco do advogado, *verbis*:

RECURSO DE REVISTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PJE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA OPÇÃO “SIGILO”. A indevida utilização da opção “sigilo” em processo eletrônico, em demanda que não se enquadra nas hipóteses de segredo de justiça, **deve ter como consequência a mera correção do equívoco pelo magistrado**. Não se admite seja tal procedimento interpretado como não preenchimento de pressuposto de admissibilidade recursal a ensejar o não conhecimento de embargos de declaração tempestivos e

regulares, na medida em que não há essa exigência em Lei, sob pena de violação do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal). Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-2058-26.2012.5.23.0022. 6ª Turma. Relator: Desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos. Data de Publicação: 12/12/2014). (sem grifos no original)

Na **Resolução 185/2013 do CNJ**, o advogado encontrará o respaldo jurídico necessário para a juntada de **peças ou documentos em sigilo**, especificamente no art. 28, com destaque para o seu § 4º. Faço questão de transcrever o referido artigo:

Art. 28. Na propositura da ação, o autor poderá requerer segredo de justiça para os autos processuais ou sigilo para um ou mais documentos ou arquivos do processo, através de indicação em campo próprio.

§ 1º Em toda e qualquer petição poderá ser requerido sigilo para esta ou para documento ou arquivo a ela vinculado.

§ 2º Requerido o segredo de justiça ou sigilo de documento ou arquivo, este permanecerá sigiloso até que o magistrado da causa decida em sentido contrário, de ofício ou a requerimento da parte contrária.

§ 3º O Tribunal poderá configurar o sistema de modo que processos de determinadas classes, assuntos ou por outros critérios sejam considerados em segredo de justiça automaticamente.

*§ 4º Nos casos em que **o rito processual autorize a apresentação de resposta em audiência**, faculta-se a sua juntada antecipada aos autos eletrônicos, juntamente com os documentos, **hipótese em que permanecerão ocultos para a parte contrária, a critério do advogado peticionante**, até a audiência.* (sem grifos no original)

No Processo Judicial Eletrônico – PJE, o art. 11 da Lei 11.419/2006 dispõe que os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário serão

considerados originais para todos os efeitos legais. Logo, no PJE não há necessidade de o advogado declarar a autenticidade documental.

A arguição de falsidade documental será processada de acordo com as previsões contidas nos arts. 430 a 433 do CPC.

A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos. Trata-se de questão incidental, salvo se o interesse do autor da ação limitar-se à declaração da autenticidade ou da falsidade de documento (inciso II do art. 19 do CPC). A arguição deve ser motivada, expondo, o advogado, os meios probantes necessários. O juiz intimará a outra parte (parte que juntou o documento) para que se pronuncie em 15 dias, determinando, depois disso, a realização de perícia, caso necessário. A parte que produziu o documento pode concordar em retirar dos autos o documento, não sendo, com isso, necessária a perícia.

Os documentos originais devem ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

Os arts. 411, III e 412 do CPC são muito importantes na vida do advogado. Eles preveem a necessidade de **impugnação** aos documentos juntados pela parte adversa. A ausência de manifestação pode gerar a presunção de veracidade do documento, seja quanto à forma, seja em relação ao conteúdo. O advogado do reclamante não deve restringir a sua impugnação à chamada “prévia impugnação” lançada na petição inicial, já que não há uma uniformidade quanto à sua eficácia.

No processo trabalhista, o prazo de impugnação é **judicial**, ou seja, fixado, em audiência, pelo juiz. No caso de audiência una (contínua), a impugnação será realizada na própria sessão, oralmente. Ideal seria que as unidades jurisdicionais disponibilizassem teclados para os advogados, evitando aquele enfadonho falatório e digitação pelo assessor de audiência. Com o teclado à sua frente, o próprio advogado ficaria livre para digitar.

Caso o juiz perceba que a quantidade e/ou a complexidade da documentação possa interferir na ampla defesa, poderá, de ofício ou a

requerimento, suspender a audiência, mesmo no rito sumaríssimo (§ 1º do art. 852-H da CLT).

A indivisibilidade do documento, presente no parágrafo único do art. 412 do CPC, deriva do **princípio da indivisibilidade das provas**.

Não só a prova documental é indivisível, mas todo e qualquer meio probante, afinal a prova é comum às partes (**princípio da comunhão das provas**).

Quando se fala em prova documental na Justiça do Trabalho, à mente logo vem o controle de jornada de trabalho, previsto no art. 74 da CLT. A anotação dos horários de entrada e saída do obreiro só é obrigatória para os estabelecimentos que contam com mais de dez empregados (§ 2º do art. 74 da CLT), salvo no caso de empregado doméstico, cujo registro é obrigatório independentemente do número de empregados (art. 12 da LC 150/2015). A modalidade de registro poderá ser estipulada em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, nos termos do inciso X do art. 611-A da CLT.

Não se pode confundir empresa com estabelecimento.

O estabelecimento é um mero instrumento de exercício da empresa, podendo esta ter vários estabelecimentos. É notório o fato de os grandes bancos possuírem centenas de agências espalhadas pelo país. Para fins de registro de ponto, não se leva em conta o número de empregados da empresa (banco), mas de cada agência (estabelecimento), considerada individualmente.

O TST, no item I da Súmula 338, usa o termo “empregador” e não “estabelecimento”, dispondo que “é ônus do **empregador** que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho **na forma do art. 74, § 2º, da CLT** (...)”.

A imprecisão da redação do item I da Súmula 338 TST é incapaz de eliminar a estrita previsão que emana do § 2º do art. 74 CLT.

Para o **empregador doméstico** a situação é bem diferente. A Lei

Complementar 150/2015 passou a exigir, a partir de 02/06/2015, o registro de ponto do empregado doméstico, silenciando sobre o número mínimo de trabalhadores (art. 12). Logo, é ônus do empregador doméstico, **independentemente do número de empregados** que laboram em sua residência, juntar aos autos cartões/folhas/registros de ponto. O juiz do trabalho, no entanto, **só pode exigir cartões de ponto do empregador doméstico do período a partir de 02/06/2015** (início da vigência da LC 150/2015).

A Súmula 338 do TST dispõe sobre os efeitos processuais da não juntada, aos autos, dos controles de frequência (registro de ponto) pelo empregador, quando o estabelecimento, em questão, possuir mais de dez empregados (limite inaplicável ao empregador doméstico, a partir de 02/06/2015, em face da previsão contida no art. 12 da LC 150/2015).

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA.

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

A não juntada dos controles de frequência gera a presunção relativa (*juris tantum*) de veracidade da jornada laboral descrita na petição inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário (item I da Súmula 338 TST). A presunção passa a incidir sobre o empregador doméstico, no período a partir de 02/06/2015.

Observem que a presunção só incidirá no caso de não apresentação *injustificada* dos controles de frequência. Caso o empregador alegue *justo motivo*, terá que prová-lo.

A presunção de veracidade será sempre relativa (**presunção *juris tantum***), mesmo quando estiver prevista em Acordo Coletivo ou Convenção Coletiva de Trabalho – inteligência do item II da Súmula 338 TST.

O TST, mediante a Súmula em comento, consagrou, na verdade, **a inversão do *onus probandi***, gerada exatamente pela não apresentação dos controles de frequência. Empregador, em cujo estabelecimento exista mais de dez empregados (limite inaplicável, a partir de 02/06/2015, ao empregador doméstico), ao não juntar controles de frequência, assume o fardo probante quanto às pretensões derivadas da jornada de trabalho. O mesmo ocorrerá no caso de juntada de cartões “britânicos”, aqueles consignados com horários de entrada e saída uniformes. Esses “controles”, também conhecidos como cartões “robóticos”, *são inservíveis como meio de prova* – argúcia do item III da Súmula 338 do TST.

A juntada de controles de frequência com horários de entrada e saída uniformes tem o mesmo efeito da “não juntada”.

A presunção gerada pela juntada de “cartões britânicos” também é relativa, provocando a inversão do ônus da prova, que passa a ser do empregador.

O empregador, assumindo o ônus da prova, seja pelo fato de não ter juntado controles de frequência, seja por ter acostado “cartões britânicos”, tem o direito de produzir outro meio de prova capaz de expungir a presunção de veracidade da jornada de trabalho esculpida na exordial.

Digamos que o reclamante esteja pleiteando a condenação do seu ex-empregador no pagamento de horas extras e reflexos. Os cartões de ponto não foram juntados (ou foram acostados “cartões britânicos”). Caso o juiz inicie maquinalmente a instrução, sem delimitar a controvérsia e direcionar o ônus da prova, deve o advogado do reclamante pedir a palavra para requerer ao magistrado, antes do início dos trabalhos, a aplicação da previsão contida na Súmula 338 do TST. Nesse tipo de situação, o magistrado, aplicando a

Súmula 338 do TST, perguntará ao advogado do reclamado se o seu cliente pretende produzir alguma prova. Se o advogado disser que há testemunhas, o juiz deverá ouvi-las, antes mesmo das testemunhas convidadas pelo reclamante (inversão da ordem de oitiva das testemunhas, provocada pela inversão do ônus da prova).

Arbitrária a decisão do juiz que dispensa as testemunhas convidadas pelo reclamado, violando seu direito líquido e certo de tentar elidir, por prova em contrário, a presunção *juris tantum* prevista na Súmula 338 do TST.

Caso o advogado do reclamado, na situação em análise, informe ao juiz que o seu cliente não convidou testemunhas, a instrução deverá ser encerrada, com a exoneração dos depoimentos pessoais e a dispensa das testemunhas convidadas pelo reclamante, prevalecendo, então, a jornada descrita na petição inicial, visto que o empregador não produziu prova em contrário.

A nulidade dos cartões que demonstram horários de entrada e saída uniformes (cartões britânicos) é absoluta (nulidade *pleno iure*), devendo ser decretada *ex officio* pelo juiz, **independentemente de impugnação obreira.**

Digamos que o reclamado juntou “cartões britânicos” e o reclamante também tenha produzido prova documental. O juiz, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, concedeu prazo para impugnação. O reclamante, no prazo consignado, não impugnou os “cartões britânicos”. **Entendo que o silêncio do reclamante não afetará a imprestabilidade dos controles de frequência,** prevalecendo o item III da Súmula 338 do TST.

Mesmo não impugnados, os cartões “britânicos” serão considerados imprestáveis como meio de prova.

Entendimento diverso, *data venia*, conduziria o intérprete a prestigiar, em detrimento da imperatividade da legislação trabalhista, a fraude patronal, transformando, em letra morta, o art. 9º da CLT.

A presunção de veracidade, decorrente da falta de impugnação documental, não ocorrerá **quando o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação – vide art. 393 do CPC.**

Os termos “erro”, “dolo” e “coação” não devem ser interpretados à luz da restritiva previsão do Código Civil (mera anulabilidade). O aplicador do direito deve interpretar os vícios sob a égide do art. 9º da CLT, *verbis*:

Art. 9º da CLT. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Sob a ótica da teoria geral do direito, os “cartões britânicos”, mesmo assinados pelo empregado, representam um **ato jurídico nulo**, nos termos do art. 166, II e VI, do CCB, mormente pelo fato de ser **humanamente impossível** (inciso II do art. 166 do CCB) o empregado chegar e sair em horários sem qualquer variação de minutos, o que exala, por si só, indubitável **fraude** patronal (inciso VI do art. 166 do CCB).

Art. 166 do CCB. É nulo o negócio jurídico quando:

I – (...)

II – for ilícito, *impossível* ou indeterminável o seu objeto;

III – (...)

IV – (...)

V – (...)

VI – tiver por objetivo *fraudar lei imperativa*;

VII – (...).

(sem grifos no original)

A presunção *juris tantum* de veracidade, quanto à jornada de trabalho insculpida na peça vestibular, prevista na Súmula 338 do TST, gerada pela não juntada injustificada dos controles de frequência ou pela apresentação de controles com horários de entrada e saída uniformes, abarca não só a pretensão de horas extras, mas também as de adicional noturno, de repouso semanal remunerado em dobro e de feriados em dobro.

Não abrange, contudo, a pretensão de horas extras pela não concessão do intervalo intrajornada.

O art. 71 da CLT garante ao obreiro um intervalo para repouso e alimentação, conhecido como “intervalo intrajornada” (o prefixo “intra” significa “dentro”).

Para os que trabalham mais de quatro horas e até seis horas por dia, o intervalo é de apenas quinze minutos. Para aqueles que laboram mais de seis horas por dia, o intervalo é de, no mínimo, uma hora, e, no máximo, duas horas.

A não concessão do intervalo intrajornada é fato gerador de horas extras e reflexos – inteligência do § 4º do art. 71 da CLT e da Súmula 437, I, do TST.

O empregador, que conta com mais de dez empregados no estabelecimento, é obrigado a manter o registro **apenas dos horários de entrada e de saída** dos seus empregados (o registro, no caso de empregador doméstico, tornou-se obrigatório a partir de 02/06/2015, independentemente do número de empregados – art. 12 da LC 150/2015).

Quanto ao intervalo intrajornada, ele pode ser **pré-assinalado** (prenotado) – § 2º do art. 74 da CLT.

O legislador consolidado, ao permitir a prenotação do intervalo para repouso e alimentação, desobrigou o empregador de controlar formalmente o usufruto do intervalo pelo empregado, fato que torna irrelevante, no caso de **pretensão de horas extras pela não concessão do período** (art. 71, § 4º, da CLT e Súmula 437, do TST), a não juntada dos controles de ponto ou a apresentação de registros britânicos.

Andou bem a CLT, já que o intervalo intrajornada não integra a jornada de trabalho, tendo típica natureza de suspensão contratual (período em que o empregado não trabalha e o empregador não paga salário).

Há uma exceção. Estou falando do empregado doméstico. A Lei Complementar 150/2015 não exige, *a priori*, o registro diário do intervalo para repouso e alimentação, ou seja, a assinalação, em regra, é facultativa, incidindo o § 2º do art. 74, da CLT (o intervalo pode ser prenotado). O § 1º do art. 13 da referida LC permite o desmembramento (fracionamento) do intervalo intrajornada do empregado doméstico, porém, se isso ocorrer, o intervalo terá que ser anotado no registro diário, **sendo vedada a sua**

prenotação (§ 2º da LC 150/2015).

O Ministério do Trabalho, no ano de 2009, publicou a Portaria 1.510, cujo teor foi o estopim para acaloradas discussões no meio trabalhista.

A Portaria 1.510/2009 do MT foi publicada com o escopo de disciplinar o Registro Eletrônico de Ponto – REP, cuja implantação seria obrigatória, nos doze meses subsequentes à publicação da norma, nos estabelecimentos com mais de dez empregados. A compreensível reação empresarial contra a anacrônica medida terminou fazendo com que o Ministério do Trabalho e Emprego publicasse, em dezembro de 2011, a Portaria 2.686, escalonando o prazo para a implantação do REP.

A obrigatoriedade da adoção do REP, nos moldes da Portaria 1.510/2009, atinge apenas as empresas que optarem pelo **registro eletrônico**, visto que a CLT, no seu art. 74, § 2º, faculta o registro manual, mecânico ou eletrônico.

O Ministério do Trabalho não pode legislar sobre Direito do Trabalho, mas apenas regulamentar a legislação trabalhista pertinente à matéria de saúde, segurança e higiene no trabalho. Partindo dessa premissa, a Portaria 1.510/2009 não tem o condão de obrigar, por exemplo, um empregador que mantém controle manual de frequência, a implantar o REP, do contrário uma Portaria do MT estaria revogando uma norma da CLT, o que, *data venia*, não é admissível no nosso sistema jurídico.

Com a Reforma Trabalhista, as portarias do Ministério do Trabalho, no que diz respeito à modalidade de registro de ponto, minguaram e alcançaram merecida insignificância, pois a forma de registro de ponto passou a ser objeto de negociação coletiva de trabalho, cuja previsão prevalecerá sobre o legislado – inciso X do art. 611-A da CLT.

11.4. Prova Pericial

A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e está prevista no art. 3º da Lei 5.584/1970 e nos arts. 156 a 158 e 464 a 480 do CPC.

Também chamada de prova técnica, ela é produzida por um *expert* (perito), mediante, em regra, a confecção de um laudo. O laudo pericial materializa a prova técnica, mas ele não é, a depender da natureza do fato e da

complexidade da matéria, obrigatório, porquanto a perícia poderá consistir apenas na inquirição, pelo juiz, do perito e, se for o caso, dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução, como prevê os §§ 2º a 4º do art. 464 do CPC.

A perícia, no processo trabalhista, é realizada por perito único, designado pelo juiz, como reza o art. 3º da Lei 5.584/1970, sendo facultada a indicação, pelas partes, de assistentes periciais, assim como a apresentação de quesitos a serem respondidos pelo perito oficial.

Diferentemente do art. 465, § 1º, do CPC, que estipula prazo comum de 15 dias para a arguição de impedimento ou suspeição do perito, a indicação de assistente técnico e a apresentação de quesitos, o art. 3º da Lei 5.584/1970 **silencia** sobre o lapso. A mudez da legislação processual trabalhista não deve conduzir o juiz do trabalho a, compulsivamente, aplicar a previsão contida na legislação processual comum. Não há lacuna na nossa legislação. O mutismo do art. 3º da Lei 5.584/1970 expõe expressamente o desejo do legislador de atribuir natureza judicial ao referido prazo (prazo judicial é aquele **livremente** fixado pelo juiz, não se confundindo com prazo legal, que é definido pela lei).

Sendo assim, o prazo de 15 dias, previsto no § 1º do art. 465 do CPC, não precisa ser observado pelo juiz do trabalho, para fins de apresentação de quesitos e indicação de assistentes técnicos pelas partes.

O prazo de 15 dias, entretanto, deve ser observado para a oposição de exceção de impedimento ou de suspeição em face do perito, lembrando que, no caso de impedimento, o prazo não pode ser considerado preclusivo.

Art. 3º da Lei 5.584/1970. Os exames periciais serão realizados por *perito único designado pelo Juiz*, **que fixará o prazo para entrega do laudo.**

Parágrafo único. Permitir-se-á a cada parte a indicação de um assistente, cujo laudo terá que ser apresentado no mesmo prazo assinado para o perito, sob pena de ser desentranhado dos autos.
(sem grifos no original)

Os quesitos também podem ser elaborados pelo juiz do trabalho – art.

470, II, do CPC.

Em caso de **perícia complexa**, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado (médico psiquiatra e médico neurologista, por exemplo), o juiz poderá nomear mais de um perito e, evidentemente, as partes poderão indicar mais de um assistente – vide art. 475 do CPC.

O perito pode escusar-se do encargo, alegando, inclusive, motivo de foro íntimo (ele não é obrigado a expor os motivos que o levaram a declinar da missão). A parte final do *caput* do art. 157 do CPC não deve ser interpretada literalmente. A escusa do perito pode ocorrer a qualquer tempo, apesar de o CPC insistir em fixar um “prazo preclusivo” **de inútil efetividade** (15 dias, a contar da intimação, da suspeição ou do impedimento – § 1º do art. 157 do CPC). O fato gerador da escusa do perito, convenhamos, pode ocorrer depois do “prazo preclusivo” previsto no CPC.

Digamos que, durante a realização da perícia, o gerente da empresa, em conversa particular com o perito, ofereça-lhe dinheiro para que o laudo venha a favorecer o reclamado, e que, diante da recusa do *expert*, de morte o ameace. O perito não tem como provar o fato e, depois do ocorrido, não se sente mais em condições de concluir o trabalho. Seria surreal pensar na possibilidade de o perito não poder mais se escusar do encargo, em face da insólita “preclusão” prevista no § 1º do art. 157 do CPC. Mais esdrúxulo ainda seria o juiz exigir que o perito expusesse o motivo da escusa. A aberração já estampava o CPC/1973 e, infelizmente, não foi espancada pelo CPC. O § 1º do art. 157 do CPC (parágrafo único do art. 146 CPC de 1973) atrai a implacável incidência da inesquecível lição de Georges Ripert, citada no início desta obra:

“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”.

O magistrado, em respeito à lógica, em consideração ao bom senso e em apreço à coerência, tem o dever, em algumas situações, de ignorar o direito, amparado pelas inúmeras técnicas de hermenêutica jurídica.

O perito pode ser recusado por uma das partes, submetido que está à imparcialidade. Os motivos de suspeição e impedimento do magistrado,

previstos nos arts. 144 a 145 do CPC, são aplicáveis também ao perito, nos termos do art. 148, II, do CPC.

O CPC deixou de usar a expressão “exceção”, dispondo que a parte alegará o impedimento ou a suspeição em “**petição específica**” dirigida ao juiz, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas. Mas não há qualquer problema em nominar a peça de “Exceção” ou “Objecção”.

As partes (ou os advogados) devem ser notificadas previamente da data e local da realização da perícia, sob pena de nulidade – argúcia dos arts. 474 do CPC e 794 CLT.

O juiz, ao designar, durante a audiência, a realização de perícia, deve condicionar o ato à prévia ciência das partes e/ou dos seus advogados. Para tanto, é recomendável a transcrição, em ata, dos números dos telefones e/ou endereços eletrônicos (e-mail) dos litigantes e/ou dos patronos, facilitando, com isso, o contato a ser feito, pelo *expert*, antes da perícia. Sob o mesmo fundamento, os advogados das partes devem ter acesso ao endereço profissional, ao telefone e ao endereço eletrônico (e-mail) do perito.

Não há, por enquanto, na Justiça do Trabalho, peritos concursados (servidores públicos). Diante disso, o magistrado é livre para designar um profissional de sua confiança (engenheiro, médico, contador etc.), observando as diretrizes contidas no § 1º do art. 156 do CPC:

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia (§ 5º do art. 156 do CPC).

O juiz, ao designar o perito, fixará o prazo para a entrega do laudo. Trata-se de prazo judicial impróprio (fixado livremente pelo juiz e não passível de preclusão), como consagra o art. 476 do CPC.

O advogado deve observar que o prazo fixado pelo juiz para a entrega do laudo oficial será o mesmo a ser cumprido pelo assistente técnico indicado pela parte, à luz do parágrafo único do art. 3º da Lei 5.584/1970. Inaplicável, portanto, no processo trabalhista, a previsão contida no § 1º do art. 477 do CPC.

Caso o juiz dilate o prazo para a entrega do laudo oficial, a prorrogação também terá que ser garantida ao(s) assistente(s) técnico(s).

No caso de pedido de **adicional de insalubridade ou de periculosidade**, a realização de perícia é **obrigatória**, por conta da previsão do art. 195, § 2º, da CLT, mesmo no caso de revelia. O TST, no entanto, faz algumas ressalvas quanto a essa obrigatoriedade. A OJ 278 da SDI-1, inspirada no inciso III do parágrafo único do art. 420 CPC/1973 (inciso III do § 1º do art. 464 do CPC), dispõe sobre a impossibilidade da realização de perícia, quando o local de trabalho se encontrar desativado. Nesse caso, o juiz utilizar-se-á de outros meios de prova, afinal, no nosso sistema processual, não há espaço para o “*non liquet*” (*poder de o juiz não julgar por não saber como decidir ou por ser lacunosa a legislação*) – argúcia do art. 140 do CPC.

OJ 278 da SDI-1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO. A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Art. 464 do CPC/2015 – A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I – a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III – a verificação for impraticável.

Não será necessária a perícia, seja no caso de insalubridade, seja no de

periculosidade, quando existir, nos autos processuais, *comprovação de pagamento espontâneo do respectivo adicional*, situação que torna incontroverso o fato. Neste sentido a Súmula 453 do TST, fruto da conversão da OJ 406 da SDI-1, inspirada no inciso II do parágrafo único do art. 420 do CPC de 1973 (inciso II do § 1º do art. 464 do CPC), que apesar de tratar apenas do adicional de periculosidade, pode ser aplicada, por analogia, à pretensão de insalubridade.

SÚMULA 453 DO TST. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O Art. 195 DA CLT (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1). O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas.

O inciso I do § 1º do art. 464 do CPC se aplica facilmente a duas atividades perigosas: **vigilância** e **serviços em motocicleta**. São fatos que podem ser constatados independentemente de conhecimento técnico especial.

A aplicação do inciso II do § 1º do art. 464 do CPC também encontra guarida no caso de **prova emprestada** (art. 372 do CPC), tornando aplicável, ao processo trabalhista, o art. 472 do CPC:

O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

A prova emprestada, portanto, pode levar ao indeferimento da perícia, quando o juiz a considerar suficiente para elucidar a controvérsia.

A prova emprestada (material probatório produzido num processo e conduzido a outro) não pode “atropelar” os princípios do contraditório e da

ampla defesa. Caso uma das partes acoste um laudo pericial produzido em outro processo, o juiz tem que dar a oportunidade para que a parte contrária fale sobre o documento (art. 372 do CPC).

O perito não fica escravizado, quando da realização da perícia, aos fatos descritos na petição inicial, podendo detectar agente insalubre ou atividade perigosa diversa daquela exposta pelo reclamante. Neste sentido a Súmula 293 do TST, *verbis*:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL. A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.

Para fins de insalubridade, o adicional só incidirá caso a atividade esteja prevista como insalubre no quadro editado pelo Ministério do Trabalho e Emprego – inteligência da Súmula 460 do STF e do item I da Súmula 448 do TST.

SÚMULA 460 do STF. Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubridades, que é ato da competência do Ministério do Trabalho e Emprego.

SÚMULA 448 do TST. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1).

I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou

coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

No caso de *pretensão de indenização por dano material e/ou moral e/ou estético decorrente de acidente do trabalho*, o juiz analisará a necessidade de produção da prova pericial. Há um sólido entendimento, contudo, quanto à obrigatoriedade de prova técnica no caso de a pretensão envolver *a perda ou a redução da capacidade laborativa*.

O fato de o obreiro ainda se encontrar em benefício previdenciário ou tiver retornado ao trabalho com sequelas decorrentes do acidente (estará, no caso, recebendo um benefício previdenciário intitulado “auxílio-acidente” – vide art. 86 da Lei 8.213/1991), a incapacidade ou redução da capacidade laboral aproxima-se da incontrovérsia, principalmente pelo fato de a concessão/prorrogação do benefício decorrer de típico ato administrativo do INSS, dotado, por si só, de presunção de veracidade.

Se o empregado, ao receber alta médica do INSS, retornar com sequelas ao trabalho, impedido de realizar uma ou algumas atividades (empregado readaptado ou reabilitado), já estará presente um forte indício quanto à incontrovérsia da alegação de redução da capacidade laborativa.

Esse empregado, inclusive, passará a receber do INSS o auxílio-acidente, sem prejuízo do salário pago pelo empregador (o salário e o auxílio-acidente são verbas que se cumulam – §§ 2º e 3º e *caput* do art. 86 da Lei 8.213/1991).

Art. 86 da Lei 8.213/1991, O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, *resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia*.

§ 1º (...)

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer

remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.
(sem grifos no original)

Para o advogado do reclamante, no caso de alegação de perda ou redução da capacidade laborativa, em decorrência de acidente do trabalho, é conveniente obter uma cópia, junto ao INSS, dos autos do processo de concessão/prorrogação do benefício, abrangendo, evidentemente, o prontuário médico. Para isso, é imprescindível uma autorização escrita assinada pelo cliente ou por seu responsável legal. Se o juiz pretender oficiar ao INSS, solicitando essa documentação, deverá enviar, junto com o ofício, o requerimento escrito, assinado pelo reclamante ou por seu representante legal. O médico, seja particular, seja do quadro do INSS, tem o dever legal de manter sigilo quanto ao prontuário do paciente, só o podendo revelar o seu conteúdo mediante *autorização expressa deste ou do seu representante legal*. A restrição visa resguardar os direitos da personalidade do paciente/segurado, aqueles que exigem o respeito à incolumidade física e psíquica, ao nome, à imagem, à honra, à privacidade, à dignidade da pessoa humana, protegidos pela Lei Maior e, especificamente, pelo Código de Ética Médica.

O juiz não deve insistir na requisição que implique retirada do prontuário médico sem autorização do paciente/segurado ou do seu representante legal, sob pena de a persistência se caracterizar como abuso de autoridade, à luz de precedentes jurisprudenciais, inclusive do STF (HC 39.308-SP).

Na escolha do perito, o juiz tem ampla liberdade – argúcia da OJ 165 da SDI-1 c/c art. 765 da CLT.

PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. Art. 195 DA CLT. O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do

laudo seja o profissional devidamente qualificado.

Uma exceção interessante é encontrada no art. 188 da CLT, que trata de inspeções de segurança em caldeiras. Se a perícia envolver caldeiras, equipamentos e recipientes em geral que operam sob pressão, o encargo deve ser atribuído a engenheiro especializado inscrito no Ministério do Trabalho e Emprego.

A perícia envolvendo acidente do trabalho, o que inclui, naturalmente, as doenças profissionais e as doenças do trabalho (espécies de acidente do trabalho), deve necessariamente ser realizada por profissional médico, de preferência na especialidade concernente à enfermidade.

A previsão contida no § 5º do art. 156 do CPC tem que ser observada pelo juiz.

A escolha do perito, pelo magistrado, nas localidades desprovidas de cadastro disponibilizado pelo TRT, deve incidir sobre profissionais comprovadamente detentores de conhecimento técnico.

O juiz não poderá, mesmo em localidades carentes, designar profissional destituído de qualificação para a realização do ato.

Recentemente, na Justiça do Trabalho, diante da notória dificuldade de encontrar médicos disponíveis a aceitar o encargo de perito judicial, alguns juízes passaram a nomear fisioterapeutas para a realização de perícias envolvendo a perda ou redução da capacidade laborativa, a presença do nexo de causalidade entre a atividade laboral e a doença apontada como profissional, e o impacto do meio ambiente de trabalho na doença indicada como “do trabalho”. Muitas perícias foram anuladas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, sob o principal fundamento de que a Lei 8.213/1991, em seu art. 21-A, condiciona a concessão do auxílio-doença acidentário (auxílio-doença por acidente do trabalho) à realização de perícia médica.

Seguem transcritas algumas decisões:

RECURSO ORDINÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. CONFIGURADA. *Fisioterapeuta não tem habilitação técnica e legal para a realização de diagnóstico, tampouco para a investigação*

de nexos causal entre determinada doença e o exercício de atividades laborativas, a teor dos arts. 3º, do próprio Decreto 938/69, que regulamenta a profissão, e 21-A, da Lei 8.213/91, que condiciona a concessão de benefício previdenciário relacionado a acidente de trabalho ou entidade mórbida a ele equiparada a prévia realização de *perícia médica*. (TRT, 6ª Região, 1ª Turma, RO 0000957-26.2010.5.06.0012, Juíza Convocada Aline Pimentel Gonçalves, DJ 25/07/2011). (sem grifos no original)

DOENÇA OCUPACIONAL. LAUDO PRODUZIDO POR FISIOTERAPEUTA. NULIDADE. Na hipótese em que se discute a existência de doença ocupacional, *a perícia deve ser realizada por médico*, profissional habilitado e que possui o conhecimento técnico específico para a necessária anamnese e, sobretudo, para o diagnóstico acerca de eventual patologia. (TRT, 15ª R., 4ª Turma, RO 0001417-25.2000.5.15.0008, Juiz Fábio Allegretti Cooper, DJ 12/03/2010). (sem grifos no original)

ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO. PROVA DA EXISTÊNCIA E EXTENSÃO DE DANOS FÍSICOS. LAUDO PRODUZIDO POR FISIOTERAPEUTA. NULIDADE. Em processos em que se discute a existência ou não sequelas de correntes de acidente do trabalho típico *a perícia deve ser feita, necessariamente, por médico*. Não se pode admitir, nesses casos, seja o laudo produzido por fisioterapeuta, eis que este não possui formação nem capacitação técnica para realizar diagnósticos e, muito menos, para atestar sobre a existência ou não de dano físico sofrido autor em decorrência do acidente de que foi vítima no exercício de suas atividades laborativas na empresa-ré. Nulidade processual que se acolhe. (TRT, 3ª R., 9ª Turma, RO 02090-2007-092-03-00-0, Juíza Convocada Maristela Iris S. Malheiros, DJ 01/07/2009). (sem grifos no original)

O tema, contudo, está longe de alcançar uniformidade.

O TST, em recente decisão, considerou válida a perícia realizada por fisioterapeuta, expondo fundamentação no sentido de que o profissional de fisioterapia pode elaborar laudo pericial no âmbito de sua atuação

profissional.

O caso apreciado pelo TST abrangia doença profissional conhecida por LER/DORT, *verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 113 DA SBDI. (*omissis*). LAUDO PERICIAL ELABORADO POR FISIOTERAPEUTA. DOENÇA PROFISSIONAL. LER/DORT. CONTRARIEDADE À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 165 DA SBDI-1. INESPECIFICIDADE. Hipótese em que a Turma conclui que *o profissional de fisioterapia pode elaborar laudo pericial em lides que envolvam doença profissional, no âmbito de sua atuação, com o objetivo de identificar os fatores ambientais que possam constituir em risco à saúde funcional do trabalhador e elaborar o diagnóstico fisioterapêutico*. Nesse contexto, não é possível concluir pela contrariedade à Orientação Jurisprudencial 165 da SBDI-1, a qual trata da possibilidade de elaboração de laudo por médico ou engenheiro para efeito de caracterização da insalubridade e periculosidade, discussão distinta da controvérsia ora em exame, que diz respeito à possibilidade de o laudo pericial, em demanda de indenização por danos decorrentes de doença profissional, ser elaborado por fisioterapeuta. Recurso de embargos não conhecido. (TST, SDI-1, E-ED-RR: 76100-64.2005.5.09.0092, Rel. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 05/04/2013). (sem grifos no original)

O juiz não fica aprisionado ao laudo pericial – inteligência dos arts. 479 e 480 do CPC.

O princípio da livre persuasão racional do magistrado também está presente na análise da prova pericial. Sendo assim, o juiz não está adstrito ao conteúdo do laudo, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. De ofício ou a requerimento, o julgador pode determinar a realização de nova perícia, quando a primeira não lhe satisfizer. A segunda perícia pode ser feita pelo mesmo *expert* ou por outro designado

pelo magistrado, sendo certo que não substituirá, necessariamente, a primeira, ou seja, a segunda perícia não leva, obrigatoriamente, à nulidade da primeira, cabendo ao juiz a livre apreciação de cada uma – vide arts. 479 a 480 do CPC.

Juntado o laudo pericial, o juiz concederá prazo para que as partes se pronunciem sobre o seu conteúdo.

No **rito ordinário** e no **rito sumário**, esse prazo é fixado livremente pelo juiz (prazo judicial). Já no **rito sumaríssimo**, o prazo será **comum** e de **cinco dias**, nos termos do art. 852-H, § 6º, da CLT.

No sumaríssimo, o legislador não deixou qualquer alternativa ao juiz. Sendo comum o prazo, os autos não podem ser retirados da Secretaria da Vara – art. 901, parágrafo único, da CLT.

Diante da ausência de lacuna na legislação processual trabalhista, prevalece o entendimento de inaplicabilidade subsidiária do § 2º do art. 107 do CPC, *verbis*:

§ 2º Sendo o prazo comum às partes, os procuradores poderão retirar os autos somente em conjunto ou mediante prévio ajuste, por petição nos autos.

Mesmo não existindo vácuo na legislação processual, entendo, particularmente, que não há qualquer óbice à aplicabilidade do § 2º do art. 107 do CPC/2015.

No PJE isso é irrelevante, já que os litigantes não precisam fazer carga dos autos. A “retirada dos autos”, daqui a alguns anos, será apenas uma história contada por velhos juristas.

A parte que desejar esclarecimento do perito deverá apresentar ao juiz as suas razões, formulando quesitos – art. 477 do CPC. O *expert* será intimado para prestar os esclarecimentos necessários, respondendo aos novos quesitos.

A Lei 13.467/2017, responsável pela Reforma Trabalhista, alterou a redação do art. 790-B da CLT, que trata dos **honorários periciais**. A mudança foi impactante, pois prevê a condenação do beneficiário da justiça gratuita no pagamento da verba. Eis a redação do *caput*: “*A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão*”

objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”.

Quanto à responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, nada mudou. A responsabilidade continua sendo da **parte sucumbente na pretensão objeto da perícia**.

Observem que a responsabilidade pelos honorários periciais do perito oficial não é da parte sucumbente na conclusão (no resultado) do laudo pericial, mas na pretensão objeto da perícia. Logo, o que vale é a decisão judicial e não o resultado da perícia. Exemplificando. Em determinado processo, o juiz designou perícia de insalubridade. O laudo foi favorável ao reclamante, porém condicionou o pagamento do adicional ao fato de a empresa não ter comprovado documentalmente o fornecimento de equipamentos de proteção (luvas e protetor facial). Na instrução, já de posse do laudo, o reclamante foi inquirido pelo juiz, confessando sempre ter recebido os referidos equipamentos, usando-os durante o labor. Na sentença, o juiz julgou improcedente o pedido de pagamento de adicional de insalubridade, em prestígio à “rainha das provas” (confissão expressa). O responsável pelos honorários do perito designado pelo juiz será o reclamante, que foi **sucumbente na pretensão objeto da perícia** (pedido de pagamento de adicional de insalubridade).

Não temo em afirmar que **a parte final do caput do art. 790-B da CLT é flagrantemente inconstitucional**, pois viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia (inciso III do art. 1º e *caput* do art. 5º da CF, respectivamente), além do inciso LXXIV do art. 5º da CF, que garante a concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem. Sendo assim, se o sucumbente na pretensão objeto da perícia for beneficiário da justiça gratuita, ficará dispensado do pagamento de honorários periciais ao perito do juízo, cujo encargo será de responsabilidade da União Federal.

Não há justificativa para o legislador processual trabalhista negar a abrangência, sobre os honorários periciais, da gratuidade da justiça, quando o CPC expressamente garante esse alcance (art. 98, VI, do CPC). Aplicável, no caso, a regra de hermenêutica que diz: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* – “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”.

Foi ajuizada, neste sentido, ADI pela PGR – ADI 5766 de 28/08/2017. O relator, Ministro Roberto Barroso, proferiu decisão de procedência parcial, asseverando que a cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir em dois casos: (1) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (2) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. O Ministro Edson Fachin, por sua vez, exarou voto acolhendo em sua totalidade a ADI. Esse placar permanece (1 x 1), pois o julgamento foi suspenso no dia 10/05/2018. Vamos aguardar.

Nas minhas sentenças, tenho lançado a seguinte fundamentação, em controle difuso de constitucionalidade:

Fixo os honorários periciais, a serem suportados pela União, no valor de R\$ ____ – Súmula 457 do TST. Declaro, de forma difusa, a inconstitucionalidade da parte final do *caput* do art. 790-B da CLT, especificamente do trecho que diz “*ainda que beneficiária da justiça gratuita*”, por violação ao inciso III do art. 1º da CF, que traduz o princípio da dignidade da pessoa humana, violação ao inciso LXXIV do art. 5º da CF, que garante a concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem, e violação mortal ao *caput* do art. 5º da CF, que exala o princípio da isonomia, mormente pelo fato de o CPC, no seu art. 98, VI, isentar, sem exceção ou condição, o beneficiário da justiça gratuita do pagamento de honorários periciais, em clara demonstração de que a nova redação do *caput* do art. 790-B da CLT é flagrantemente inconstitucional, pois todos são iguais perante a lei, e, para a diferença ser lícita, é preciso que esteja alicerçada em critério razoável, o que não é o caso, já que, notoriamente, o processo do trabalho tutela relação jurídica de direito material marcada pela hipossuficiência de um dos sujeitos, tornando discriminatória a distinção, cabendo, no caso, trazer à baila a regra de hermenêutica que diz: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* – “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”.

Vale registrar que a inconstitucionalidade da parte final do *caput* do art.

790-B da CLT atinge também o seu § 4º – o acessório segue o principal.

O TST, na IN 41/2018, cujos comentários se encontram no Capítulo 22 desta obra, nada disse a respeito da inconstitucionalidade ora analisada, restringindo a sua previsão apenas à aplicabilidade da norma processual no tempo, tendo, inclusive, desprezado o art. 14 do CPC, “prevendo” que o art. 790-B da CLT, em sua nova redação, dada pela Lei 13.467/2017, só deve ser aplicado “às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017” (art. 5º da IN 41/2018 do TST).

No § 3º do art. 790-B da CLT, que veda a exigência de antecipação/adiantamento de honorários periciais, foi consagrada legalmente a posição jurisprudencial que já se encontrava consubstanciada na OJ 98 da SDI-2. Por outro lado, restou fulminado o parágrafo único do art. 6º da IN 27/2005 do TST, agora sem qualquer eficácia (permitia a antecipação de honorários periciais nas relações de trabalho que não fossem relações de emprego). Porém, por incrível que possa parecer, o TST, no art. 5º da IN 41/2018, teve a capacidade de dizer que o § 3º do art. 790-B da CLT “só deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017”, contrariando, com isso, o seu próprio precedente (a OJ 98 da SDI-2 data de 27.09.2002 – redação original). Lamentável.

No § 1º do art. 790-B da CLT, o legislador fixou um teto para os honorários periciais, dispondo que o juiz deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Para o TST, na IN 41/2018, em seu art. 5º, esse limite só deve ser aplicado nas ações ajuizadas a partir de 11/11/2017.

No § 2º do art. 790-B da CLT, o legislador dispôs sobre a possibilidade de parcelamento do pagamento de honorários periciais, cujo requerimento poderá ser feito pelo devedor, valendo dizer que o art. 5º da IN 41/2018 do TST dispõe que o parcelamento só se aplica às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017.

Conforme dito, no caso de a sucumbência na pretensão objeto da perícia recair sobre um litigante beneficiário da justiça gratuita, os honorários serão pagos pela União Federal, mediante o respectivo TRT, à luz da Súmula 457

do TST, *verbis*:

HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1). A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução nº 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

Os honorários do assistente técnico devem ser pagos pela parte que o contratou, *independentemente do resultado da perícia*.

SÚMULA 341 do TST. HONORÁRIOS DO ASSISTENTE TÉCNICO. A indicação do perito assistente é faculdade da parte, a qual deve responder pelos respectivos honorários, ainda que vencedora no objeto da perícia.

Os honorários do perito judicial devem ser fixados em sentença, observando-se a previsão contida no § 1º do art. 790-B da CLT, levando em conta a complexidade do trabalho. Por integrarem o título executivo judicial, o perito também será credor na fase de execução.

11.5. Inspeção Judicial

A inspeção judicial também é um meio de prova, podendo ser realizada de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, quando o juiz inspeciona pessoas ou coisas, a fim de esclarecer fatos vitais à sua decisão. Ela está prevista nos arts. 481 a 484 do CPC.

O juiz, ao realizar a inspeção direta, poderá ser assistido por um ou mais peritos, indo ao local onde se encontre a pessoa ou coisa, sendo certo que as partes têm direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Concluída a diligência, o juiz determinará a lavratura de auto

circunstanciado, mencionando tudo quanto for de útil ao julgamento da causa, podendo ser instruído com desenho, gráfico, fotografia etc.

A inspeção judicial direta é aquela realizada pelo próprio juiz. A indireta, por sua vez, é feita por um ou mais oficiais de justiça.

Capítulo 12

RAZÕES FINAIS

No art. 850 da CLT, encontramos as alegações finais, tendo o legislador fixado 10 minutos a cada parte. As razões finais serão aduzidas oralmente, na própria audiência. Porém, nada impede que o juiz, de ofício ou a requerimento, conceda prazo para a apresentação de razões finais por escrito (memoriais de razões finais).

As razões finais representam um direito potestativo (incondicionado; garantido) das partes. Esse direito não pode ser simplesmente negado pelo juiz, tampouco o seu tempo pode ser reduzido.

Nas razões finais o advogado do litigante poderá dizer o que quiser, destacando, por exemplo, os pontos positivos, para o seu cliente, dos relatos testemunhais, a importância de determinado documento etc.

Se o advogado, ao longo da audiência, protestou contra alguma decisão interlocutória, salutar se mostra a **renovação dos protestos em razões finais**, quando o patrono, então, poderá expor as razões do seu descontentamento, requerendo, inclusive, a reconsideração da decisão. Caso não tenha protestado, fará o mesmo.

Na qualidade de juiz do trabalho, já reconsiderarei diversas decisões, motivado por razões finais contundentes arguidas pelo advogado. Não há formalismo algum nas razões finais. O profissional deve ser espontâneo, demonstrando, com clareza, o seu entendimento.

No rito sumaríssimo não há razões finais. Os arts. 852-A a 852-I CLT silenciaram sobre essa “etapa” da audiência, não por omissão, mas pelo desejo do legislador de dar maior celeridade ao procedimento.

A tentativa de conciliação, que deve ocorrer após as razões finais, está

presente apenas nas normas que regem o rito ordinário (art. 850, *in fine*, CLT).

No sumaríssimo, aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, “*em qualquer fase da audiência*”.

Há razões finais no rito sumário, oportunidade, inclusive, onde qualquer litigante poderá impugnar o valor da causa, exclusivamente quando este tiver sido fixado pelo magistrado (o juiz fixará o valor da causa, para fins de alçada, quando o reclamante, na petição inicial, não o fizer) – argúcia do art. 2º da Lei 5.584/1970.

Existindo teclados à disposição dos advogados na mesa de audiências, as razões finais poderão ser digitadas por eles, evitando a digitação pelo assessor de audiência. Tenho insistido nisso no dia a dia, pois, notoriamente, as pessoas hoje raciocinam melhor digitando do que simplesmente ditando para que outro transcreva. No ditar é comum a interrupção do raciocínio pelo digitador, prejudicando o patrono.



PRÁTICA TRABALHISTA

O advogado é o primeiro juiz da causa.

Jamais esqueci esta frase, pronunciada por um experiente advogado, no discurso de abertura da solenidade na qual prestei compromisso junto ao Conselho da OAB, há muitos anos. Revisitando-a, na certeza de que ela teria que constar desta obra, eis que descobri que já tinha sido usada, no ano de 1944, pelo saudoso jurista Heráclito Fontoura Sobral Pinto, em trecho de uma carta:

“O primeiro e mais fundamental dever do advogado é ser o juiz inicial da causa que lhe levam para patrocinar. Incumbe-lhe, antes de tudo, examinar minuciosamente a hipótese para ver se ela é realmente defensável em face dos preceitos da justiça. Só depois de que eu me convenço de que a justiça está com a parte que me procura é que me ponho à sua disposição”.

Ao receber o reclamante em seu escritório, o advogado analisa se ele sofreu ou não lesão capaz de justificar a propositura de uma ação condenatória (*interesse de agir*).

Ao receber o reclamado, portando cópia da petição inicial, o advogado analisa se o seu cliente está sendo, de fato, injustiçado por aquelas “acusações”.

Cabe ao advogado separar o “joio do trigo”, mostrando ao cliente que

determinado “pedido” não deve ser feito, pelo simples fato de inexistir direito a ser reparado. Quando consultado pelo empregador, deve informá-lo que, naquele caso, o seu direito é frágil e o melhor é buscar a via conciliatória. O advogado não deve dar falsas esperanças ao cliente, tampouco garantir vitória antes do tempo. Drástica pode ser a frase: “Fique tranquilo, não há como perder esta causa”. Como ensinou Pontes de Miranda, o doutrinador dos doutrinadores, “ingênuo é acreditar que, no processo, por ter um bom direito, vencerás”.



O vínculo entre advogado e cliente é irradiado pela cláusula *emptio spei*, que traduz “a compra de uma esperança”.

Aleatório vem de *Alea* (“fato incerto” ou simplesmente “sorte”). Quando Júlio César, imperador romano, partiu para invadir a Gália, antes de cruzar o Rio Rubicão, ele disse: “*Alea jacta est*”, frase que ficou famosa com a tradução “a sorte está lançada”.

A legislação processual, especificamente o art. 793-B, I a III, da CLT e o art. 80, I a III, do CPC, reputa litigante de má-fé aquele que deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, altera a verdade dos fatos ou usa o processo para conseguir objetivo ilegal.

Já estudamos que o TST sedimentou o entendimento de que o juiz deve aplicar a pena por litigância de má-fé apenas sobre a parte, e não sobre o seu advogado. Mas o próprio TST diz que o juiz pode levar ao conhecimento da OAB qualquer conduta reprovável do advogado, instruindo a “denúncia” com todos os documentos necessários à apuração do fato. Para o advogado, por conseguinte, é muito importante analisar, com apurado cuidado, os fatos relatados pelo cliente, antes de se dirigir ao Poder Judiciário.

Alguns advogados têm o saudável hábito de exigir do cliente a narrativa “por escrito” dos fatos. Esse documento, que pode ser uma simples mensagem via e-mail, poderá ser decisivo na defesa do profissional em processo

administrativo disciplinar instaurado pelo Conselho de Ética da OAB.

O advogado tem como missão principal dizer a verdade ao cliente. Nada mais do que a verdade. Se a empresa é falha na aplicação da legislação trabalhista, o advogado, preventivamente, aponta as irregularidades, para que o seu cliente as corrija. Se o obreiro não tem direito a determinada verba, o advogado diz isso diretamente a ele. O advogado não está ali para agradar, mas para analisar os fatos de acordo com as técnicas de interpretação e à luz da legislação e dos precedentes jurisprudenciais.

Aquele que vive na sombra da mentira e do embuste não sabe como é leve a doçura da verdade. Como um dia me ensinou Dr. Virgílio, renomado médico que integra o seletorol dos profissionais de saúde do TRT da 6ª Região, “a vida cobra”. E muitas vezes o preço é alto.

Cada peça tem uma finalidade específica, mas os “esqueletos” são muito parecidos.

O endereçamento é um exemplo clássico.

Toda peça, seja qual for, se inicia pelo endereçamento, quando o advogado individualiza o órgão jurisdicional competente.

Com o endereçamento, presente na petição inicial de uma reclamação trabalhista, o advogado do reclamante indica:

- A competência em razão da matéria e a competência em razão da pessoa (ele está indicando que “a Justiça do Trabalho é o órgão jurisdicional competente”).
- A competência funcional (ele está indicando que, dentro da Justiça do Trabalho, aquele órgão, ali individualizado, é o competente).
- A competência territorial (ele está indicando que a ação deve ser processada naquela localidade).

No PJE o endereçamento já é feito no próprio sistema, quando o advogado “clica” e “seleciona” o órgão jurisdicional. Em que pese essa peculiaridade, o advogado não deve deixar de “endereçar a peça”, já que nenhum software é infalível.

A similaridade dos “esqueletos” também é revelada no cabeçalho, trecho no qual as partes são “apresentadas” ao órgão jurisdicional e o advogado dá nome à peça.

Hoje, com tantos modelos existentes na internet, o endereçamento e o cabeçalho são itens simples. Cada advogado busca elaborar um modelo

próprio de cabeçalho. Alguns capricham demais, enquanto outros se contentam com o simples.

Em plena época de PJE, advogados e juízes devem buscar a concisão. A objetividade chega a ser apontada como um estilo de vida, um hábito a ser cultivado.

Na reclamação trabalhista, por exemplo, o juiz só precisa dos fatos. Nada mais.

Lembro-me de uma petição inicial com pedido de indenização por dano moral, com mais de trinta laudas, estrangulada pela transcrição de decisões judiciais, lições de renomados doutrinadores, e tudo que se possa imaginar, definindo magistralmente o “dano moral”, mas desprovida do principal: os fatos!

O reclamante buscava uma indenização por qual motivo? Qual fato o levou ao Judiciário? Ele foi agredido pelo patrão? Ele recebeu um apelido grosseiro no ambiente de trabalho? Ele foi espancado por um cliente? Ele foi assediado sexualmente pelo chefe? Afinal, o que aconteceu?

O juiz necessita dos fatos. Sem eles, nada pode fazer.

Apliquei, naquela oportunidade, o art. 284 do CPC/1973, hoje representado pelo art. 321 do CPC/2015, concedendo prazo para a emenda da petição inicial (o prazo, na época, era de 10 dias, mas com o CPC/2015 passou a ser de 15 dias).

Eis o encanto da redação do art. 840 da CLT, esnobada pelos doutos que cultuam os mistérios jurígenos, quando o legislador diz que a causa de pedir pode se restringir a “uma breve exposição dos fatos”. A simplória disposição normativa consolidada é uma lição de vida!

A simplicidade está na vestimenta dos gênios e na genialidade de suas construções. O advogado do reclamante não precisa de genialidade. A narrativa dos fatos é o que necessita o juiz para compreender a pretensão. O advogado do reclamado não precisa de genialidade. Rechaçar os fatos descritos na petição inicial é a sua missão. O direito nada mais é do que a mera regulação do que acontece no mundo do ser. Sem os fatos, o direito não

passa de uma nuvem perdida no angustiante e indecifrável céu de estrelas
teóricas cadentes.

Capítulo 2

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA

A expressão “reclamação” remonta à época em que a Justiça do Trabalho não integrava o Poder Judiciário. A Justiça do Trabalho já foi uma simples “instância administrativa”. Daí a existência de termos tipicamente administrativos no processo trabalhista, tais como “reclamação”, “arquivamento”, “reclamante”, “reclamado”, “inquérito para apuração de falta grave”, dentre outros.

A reclamação, no entanto, é uma ação judicial. Pode ser chamada de “ação trabalhista”, sem qualquer problema.

O advogado, quando da elaboração da petição inicial de uma reclamação trabalhista, deve narrar os fatos e construir a argumentação jurídica, para, ao final, pedir a reparação. A petição inicial exterioriza a ação. Na petição inicial estão os elementos da ação: **partes, causa de pedir e pedido**.

A causa de pedir e o pedido devem reproduzir um silogismo, que nada mais é do que o termo filosófico com o qual Aristóteles definiu a argumentação lógica perfeita, constituída de uma premissa menor, de uma premissa maior e da conclusão.

As premissas devem compor a causa de pedir, daí a consagrada divisão em causa de pedir remota (descrição dos fatos) e causa de pedir próxima (argumentação jurídica). Há doutrinadores que invertem a especificação, expondo que os fatos correspondem à causa de pedir próxima e o direito à causa de pedir remota. Sinceramente, nunca investiguei o motivo da cizânia. E confesso que jamais farei. Tenho outras prioridades.

A conclusão do silogismo se encontra no pedido.

A ausência de silogismo atrai a mácula da inépcia à petição inicial, como dispõe o inciso III do § 1º do art. 330 do CPC, que considera inepta a exordial quando “*da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão*”.

2.1. Endereçamento – Designação da Autoridade Competente

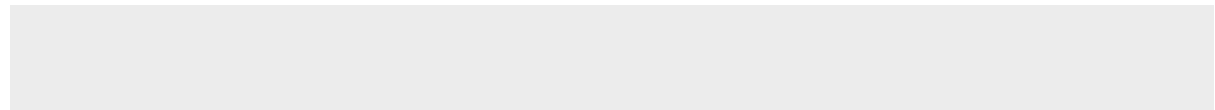
A petição inicial é a peça inaugural do processo, também chamada de “exordial”, “vestibular”, “peça de ingresso”, “atrial” etc. De acordo com o § 1º do art. 840 da CLT, a petição inicial deverá conter a designação **do juízo**.

No PJE, a designação do juízo é realizada no próprio sistema, quando o advogado seleciona o órgão jurisdicional competente, antes de enviar a petição. Por segurança, o profissional deve manter a tradição, indicando, na petição inicial, a autoridade competente.

A redação do § 1º do art. 840 da CLT é nova, fruto da Lei 13.467/2017, e,

a exemplo do CPC/2015, o legislador passou a falar em “juízo” e não mais em “juiz”. Essa alteração teve por objetivo demonstrar que o endereçamento não deve ser dirigido à pessoa de determinado juiz, pois não há vinculação de determinado magistrado ao processo. Depois da mudança, surgiu uma “tese” de que o endereçamento não seria mais ao “juiz” e sim ao “juízo”. Evidentemente que esse alarido foi sufocado rapidamente, principalmente porque a primeira instância da Justiça do Trabalho é representada pelos juízes do trabalho, como dispõe o art. 111 da CF. Além disso, soaria no mínimo esquisito a utilização do pronome Vossa Excelência a uma coisa (juízo) e não a uma autoridade (juiz).

Assim fica o endereçamento da petição inicial de uma reclamação trabalhista ajuizada na cidade de São Paulo – SP:



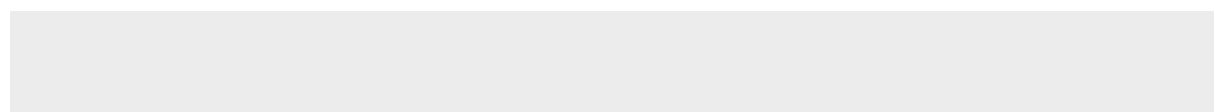
O pronome de tratamento do juiz é Vossa Excelência ou V. Ex.^a.

O endereçamento, portanto, começa com ele (EXCELENTÍSSIMO ou EXMO).

Dispensável o uso do termo “Doutor” (DR) no endereçamento, após o “Senhor” (SR), por não ser, tecnicamente, um pronome de tratamento, mas um título acadêmico. Por questão cultural, advogados e juízes se dirigem um ao outro usando o referido “título”, prática saudável que deve ser preservada.

Caso exista mais de uma vara na localidade, como é o caso da cidade de São Paulo – SP, o advogado não saberá, antes do protocolo da petição inicial, para qual unidade jurisdicional será distribuída a ação, daí o espaço em branco antes da “Vara do Trabalho” (art. 713 da CLT).

Se a localidade só possuir uma única vara do trabalho, não há necessidade do espaço em branco. É o caso, por exemplo, da cidade de Salgueiro, em Pernambuco:



Se a localidade não for abrangida por jurisdição de vara do trabalho, a

competência para processar e julgar a reclamação será do juiz de direito, como dispõe o art. 112 da CF c/c art. 668 da CLT.

Assim ficaria o endereçamento:

O que autoriza o juiz de direito a atuar como juiz do trabalho é o fato de **a localidade não se encontrar abrangida por jurisdição de vara do trabalho** e não o mero fato de a localidade “não possuir vara do trabalho”.

Uma cidade, mesmo sem vara do trabalho, pode se encontrar compreendida pela jurisdição da vara de uma cidade próxima. Essas informações estão disponíveis nos sites dos tribunais regionais.

Nos termos da Súmula 10 do STJ, caso seja instalada uma vara do trabalho na localidade ou esta passe a ser alcançada por jurisdição de uma vara do trabalho de outro município, a competência do juiz de direito, em matéria trabalhista, cessará imediatamente, inclusive para a execução das sentenças por ele proferidas.

O uso do pronome feminino cumulativamente é uma mera faculdade. Usei nos modelos, mas não é obrigatório.

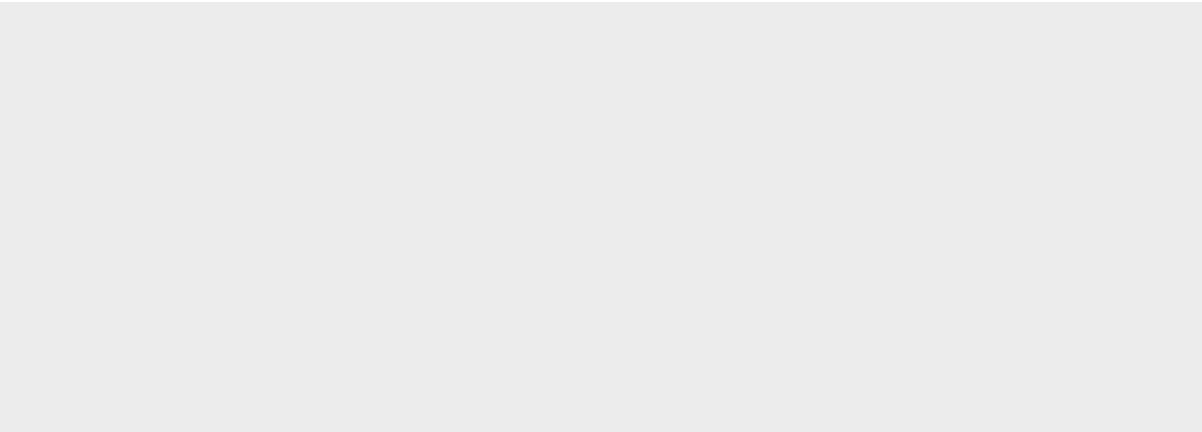
2.2. Qualificação das Partes

À luz do § 1º do art. 840 da CLT, depois do endereçamento, e antes da causa de pedir, a petição inicial deve definir a qualificação das partes (cabeçalho).

Qualificação de uma pessoa física: nome completo, nacionalidade, estado civil, profissão, RG, CPF, CTPS (*caso possua*) e endereço completo.

Qualificação de uma pessoa jurídica: nome da empresa, natureza (*pessoa jurídica de direito privado ou pessoa jurídica de direito público*), CNPJ (*caso possua*) e endereço completo.

Modelo simplificado de cabeçalho:



No cabeçalho, o advogado do reclamante delimita subjetivamente a lide, informando ao juiz quem são os litigantes.

O inciso II do art. 319 do CPC, ao tratar da qualificação das partes na petição inicial, exige a presença dos nomes, dos prenomes, do estado civil, da profissão, do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, do endereço eletrônico, do domicílio e da residência do autor e do réu.

Para o advogado do reclamante, entretanto, nem sempre é fácil obter todos os dados do reclamado, quando, então, poderá requerer ao juiz as diligências necessárias à obtenção das informações, nos termos do § 1º do art. 319 do CPC.

Vale sempre lembrar que a petição inicial não poderá ser indeferida pela incompletude da qualificação e/ou do endereço, se a obtenção das informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça – § 3º do art. 319 do CPC.

Na prática, é comum ao advogado, já no cabeçalho da peça, informar o endereço do seu escritório. O timbre do papel, caso exista, já supre a informação. No PJE esses dados se tornam supérfluos, visto que a comunicação é feita eletronicamente.

Em caso de pluralidade de advogados na procuração, um deles pode requerer a exclusividade para receber intimações e publicações, na forma da Súmula 427 do TST, *verbis*:

INTIMAÇÃO. PLURALIDADE DE ADVOGADOS.
PUBLICAÇÃO EM NOME DE ADVOGADO DIVERSO

DAQUELE EXPRESSAMENTE INDICADO. NULIDADE. Havendo pedido expresso de que as intimações e publicações sejam realizadas exclusivamente em nome de determinado advogado, a comunicação em nome de outro profissional constituído nos autos é nula, salvo se constatada a inexistência de prejuízo.

No PJE, as intimações e publicações serão dirigidas ao advogado que assinou eletronicamente a petição – art. 4º da Lei 11.419/2006.

Já que é no cabeçalho onde a lide é subjetivamente delimitada, algumas questões devem ser enfrentadas:

- Quem pode ajuizar reclamação trabalhista?
- Se a empresa falir, contra quem vou ajuizar a reclamação?
- Se o empregado falecer, quem poderá ajuizar reclamação trabalhista?
- No caso de terceirização, contra quem vou ajuizar a reclamação?
- No caso de sucessão trabalhista, contra quem vou ajuizar a reclamação?
- No caso de empregado de empreiteira, contra quem vou ajuizar reclamação?
- Existindo um grupo econômico, isso afeta a reclamação?

Responderei, a partir da agora, às perguntas!

2.2.1. Quem Pode Ajuizar Reclamação Trabalhista?

Podem propor reclamação trabalhista:

- Empregado
- Empregador
- Sindicato
- Trabalhador Avulso
- Pequeno Empreiteiro

- Representante Comercial
- Profissional Liberal
- Servidor Público Celetista
- Estagiário
- Etc.

Sobre o empregado, nada tenho, neste particular, a acrescentar, sendo manifesta a sua legitimidade ativa.

2.2.1.1. Empregador

Costumo explorar em sala de aula uma situação interessante. Trata-se de reclamação trabalhista com pedido de indenização por dano moral e/ou material proposta por empregador contra empregado ou ex-empregado.

O empregado, culposa ou dolosamente, pode causar prejuízo ao empregador. Acontecendo isso, o empregador terá legitimidade para ajuizar reclamação trabalhista, buscando a reparação. O art. 462, § 1º, da CLT ratifica a lição, prevendo a possibilidade de o empregador descontar dos salários do empregado os prejuízos por ele causados. Segundo a referida norma:

Se o dano for provocado por **culpa** do empregado, ou seja, por negligência, imprudência ou imperícia, o desconto será possível, desde que as partes tenham firmado um termo de responsabilidade (o ajuste só terá validade se firmado antes do dano). É o que a CLT chama de “ajuste prévio”.

Caso o prejuízo tenha sido causado **dolosamente** pelo obreiro (intencionalmente), o desconto poderá ser realizado independentemente de ajuste.

Sempre é bom lembrar que o empregador responde objetivamente pelos danos causados pelos seus empregados a terceiros – art. 932, III, do CCB.

Uma vez indenizando o terceiro lesado, o empregador se sub-roga no crédito, podendo ingressar, na Justiça do Trabalho, com ação regressiva contra o empregado causador do dano.

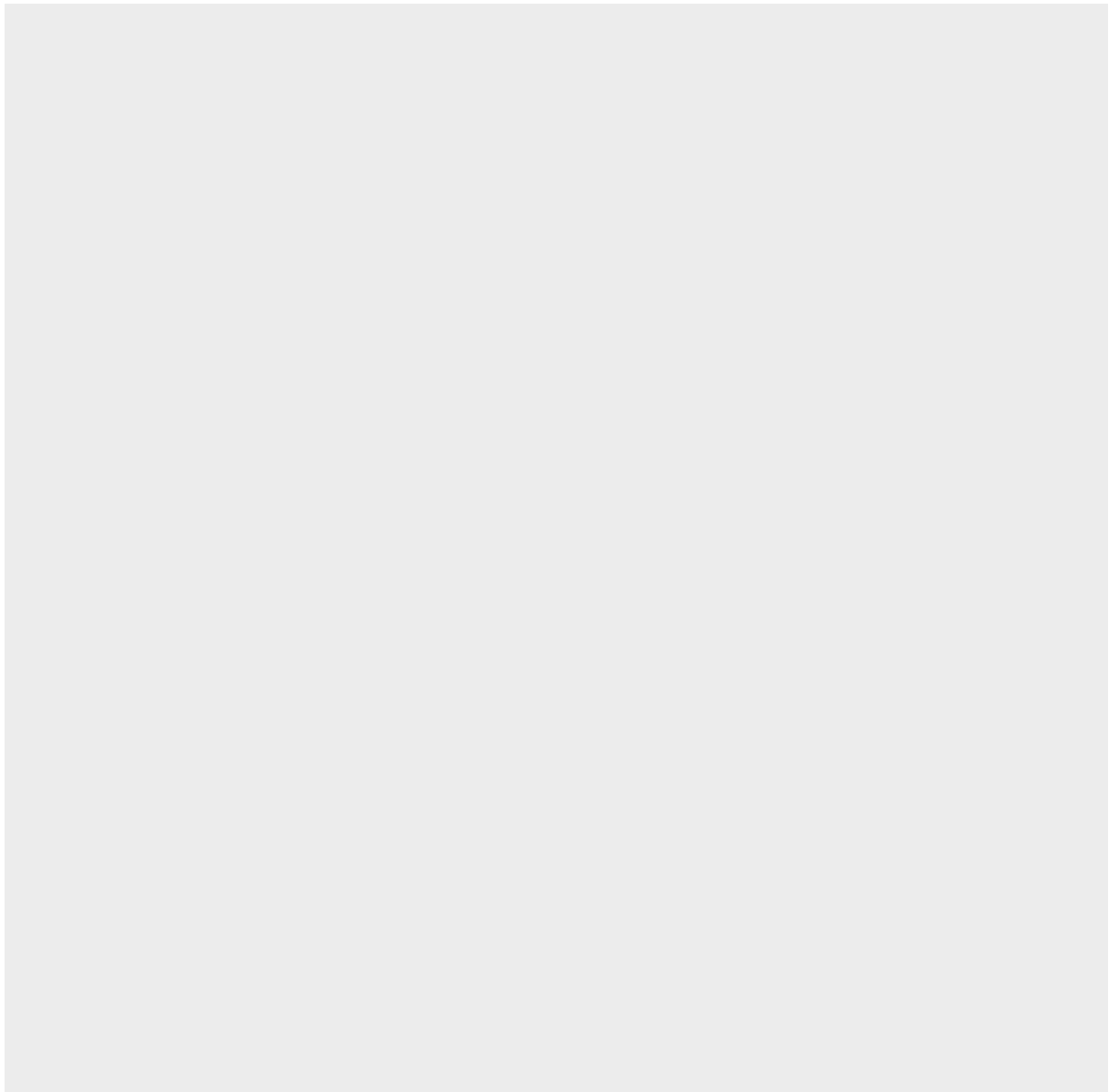
Nosso Código Civil, em seu art. 186, dispõe: “Aquele que, por ação ou

omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No art. 927, o citado Código vaticina: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Sendo assim, se o empregador desejar acionar judicialmente o empregado ou ex-empregado, na busca pelo pagamento de uma indenização por dano material e/ou moral, terá que fazê-lo na Justiça do Trabalho, mediante a propositura de uma reclamação trabalhista (art. 114, VI, da CF c/c Súmula 392 do TST e art. 839 da CLT).

O empregado também pode deixar uma dívida trabalhista na empresa. Exemplificando:



2.2.1.2. Sindicato

O sindicato possui legitimação extraordinária, ou seja, pode atuar como substituto processual de toda a categoria (filiados e não filiados), nos termos do art. 18 do CPC c/c o art. 8º, III, da CF. Um exemplo clássico é aquele envolvendo adicional de insalubridade, como estipulam o art. 195, § 2º, da CLT e a OJ 121 da SDI-1.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIFERENÇA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LEGITIMIDADE. O sindicato tem legitimidade para atuar na qualidade de substituto processual para pleitear diferença de adicional de insalubridade.

O sindicato, por conseguinte, não precisa de autorização dos empregados para ajuizar reclamação trabalhista. Não precisa de procuração dos empregados. Atuar como substituto processual é “*ajuizar reclamação em nome próprio para a defesa de direitos de outrem*”. No caso, o sindicato será o reclamante, atuando, todavia, na defesa dos direitos de toda a categoria.

Interessante destacar que a ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição quanto ao seu objeto, mesmo quando arquivada – inteligência do § 3º do art. 11 da CLT, da Súmula 268 do TST e da OJ 359 da SDI-1.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. A ação

movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima “ad causam”.

O sindicato também pode ajuizar, na qualidade de substituto processual, a chamada “ação de cumprimento”, prevista no art. 872 da CLT, nos arts. 7º, § 6º e 10 da Lei 7.701/1988 e na Súmula 286 do TST.

SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS. A legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância de acordo ou de convenção coletivos.

A ação de cumprimento será ajuizada quando o empregador **descumprir** norma coletiva (Acordo Coletivo de Trabalho, Convenção Coletiva de Trabalho, Sentença Arbitral Coletiva e Sentença Normativa).

O sindicato, todavia, não age apenas como substituto processual. Ele tem natureza de pessoa jurídica de direito privado e pode propor reclamação trabalhista para defesa de direito próprio. É o caso, por exemplo, de reclamação para cobrar contribuições sindicais ou a reclamação que tenha como objeto a realização ou o resultado de eleições sindicais. À luz do art. 114, III, da CF, a competência para essas ações é da Justiça do Trabalho, salvo no caso de sindicato de servidores públicos estatutários, nos termos da liminar do STF na ADI 3.395-6 de 27/01/2005.

2.2.1.3. Trabalhador Avulso

A Reclamação Trabalhista também pode ser usada nos dissídios envolvendo trabalhador avulso e OGMO (órgão gestor de mão de obra), como dispõe o art. 652, V, da CLT.

Apesar de ter os mesmos direitos constitucionais do empregado, como define o art. 7º, XXXIV, da CF, o trabalhador avulso *não é empregado*.

O TST não vem estendendo ao avulso todos os direitos previstos na CLT. Recentemente, decidiu que o art. 137 da CLT é inaplicável ao trabalhador avulso (remuneração de férias em dobro).

FÉRIAS. TRABALHADOR AVULSO. *A jurisprudência dominante nesta Corte é no sentido de reputar inaplicável ao trabalhador avulso, em decorrência das peculiaridades próprias das suas atividades laborais, o artigo 137 da CLT, que prevê o pagamento em dobro das férias eventualmente não usufruídas. São devidas, porém, as férias simples, acrescidas do terço constitucional. Como a sentença apenas deferiu o pagamento de forma simples, com o terço constitucional, incólume a decisão de origem. (TST, 7ª Turma, RR 161700-82.2007.5.02.0446, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, Pub. 03/02/2012). (sem grifos no original)*

A Lei 12.023/2009 dispõe sobre o trabalho avulso, consagrando a responsabilidade do OGMO pelo pagamento dos salários e demais direitos trabalhistas. A empresa tomadora, entretanto, responde solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho avulso contratado, assumindo a responsabilidade pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais e pelo fornecimento de equipamentos de proteção individual e por zelar pelo cumprimento das normas de segurança no trabalho, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo OGMO (arts. 8º e 9º da Lei 12.023/2009).

No trabalho avulso temos uma espécie de “relação terceirizada”, envolvendo o trabalhador, o OGMO e o tomador de serviços, com um detalhe: fornecedor e tomador respondem solidariamente!

Essencial informar que não se trata daquela terceirização clássica, prevista na Súmula 331 do TST.

O trabalhador portuário é uma espécie de trabalhador avulso, sendo regulado pela Lei 9.719/1998 (lei de proteção ao trabalho portuário) e pela Lei 12.815/2013 (lei que regula a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários). O OGMO e o operador portuário são solidariamente responsáveis pelos encargos trabalhistas e previdenciários, cabendo ao operador portuário repassar ao OGMO os valores devidos pelos serviços executados, referentes à remuneração por navio, para viabilizar o pagamento

ao trabalhador portuário avulso. O pagamento ao trabalhador é feito pelo OGMO.

Conclusão: Caso a reclamação trabalhista diga respeito a um trabalhador avulso, portuário ou não, o advogado incluirá, no polo passivo da demanda, o OGMO e o tomador (no caso do portuário, o “operador portuário”), requerendo a condenação solidária.

2.2.1.4. Pequeno Empreiteiro

A Reclamação Trabalhista também pode ser proposta pelos sujeitos de um contrato de empreitada, desde que o empreiteiro seja operário ou artífice – vide art. 652, “a”, III, da CLT.

Empreitada é o contrato em que uma das partes se compromete a fazer ou a mandar fazer uma obra. A obra é o objeto do contrato. O empreiteiro é um trabalhador autônomo (pessoa física) ou uma empresa (pessoa jurídica). A relação de empreitada está prevista nos arts. 610 a 626 do CCB.

A Justiça do Trabalho não tem competência ampla em relação ao contrato de empreitada. Ela se restringe aos pactos que envolvam o “pequeno empreiteiro” (operário ou artífice), ou seja, o empreiteiro que seja uma pessoa física, contando ou não com alguns ajudantes.

Digamos que uma pessoa queira reformar a sua casa. Para isso, contrata um “mestre de obras” conhecido na localidade. O “mestre de obras” será o empreiteiro e o proprietário da casa será o “dono da obra”. Eis um bom exemplo de “pequeno empreiteiro” (empreiteiro que se confunde com um “operário”).

Caso surja um litígio entre o “dono da obra” e o “empreiteiro”, tomando por base o exemplo, a reclamação será processada e julgada na Justiça do Trabalho, seja ela ajuizada pelo empreiteiro, seja ela ajuizada pelo dono da obra.

Não se aplica, para esse tipo de litígio, o *jus postulandi*, previsto no *caput* do art. 791 da CLT, restrito às relações de emprego, sendo, pois, necessário que as partes estejam representadas, cada qual, por advogado.

Diferente é o caso de uma pessoa contratar uma “empreiteira” para construir um edifício garagem em seu estabelecimento. A empreiteira contratada é uma empresa, não se confundindo com a figura do “pequeno empreiteiro”. No caso, a Justiça do Trabalho não terá competência para processar e julgar as ações decorrentes desse tipo de relação.

As duas relações, exploradas no exemplo, têm a mesma natureza: relação de empreitada. A relação de empreitada é uma relação de trabalho. Em razão da matéria, a competência, nas duas situações, seria da Justiça do Trabalho (art. 114, I, CF). A diferença entre os dois casos está na pessoa do empreiteiro. Trata-se, por conseguinte, de típica competência em razão da pessoa (espécie de competência absoluta).

Sempre é bom reforçar que o pequeno empreiteiro não é um empregado, logo, não tem direito a verbas trabalhistas típicas, como FGTS, férias + 1/3, 13º salário, horas extras etc.

Importante lembrar dos precedentes do STF, no sentido de que a competência não se mede pelo “direito que o juiz aplicará”, mas pela “natureza da relação jurídica de direito material deduzida em juízo” e pelas “pessoas envolvidas na relação” (competência em razão da matéria e em razão da pessoa). O juiz do trabalho, no caso de reclamação trabalhista ajuizada por um pequeno empreiteiro contra o dono da obra, aplicará as normas do direito civil.

2.2.1.5. Representante Comercial

Existe um Projeto de Lei no Congresso Nacional (PL 6.671 de 2002) fixando a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações decorrentes de diversas relações de trabalho, dentre elas, a relação de representação comercial. Se aprovado, o § 1º do art. 652 da CLT passará a ter a seguinte redação:

Art. 652 (...)

§ 1º Compete ainda ao juiz do trabalho processar e julgar os litígios decorrentes de relações de trabalho que, não configurando vínculo de emprego, envolvam:

- I – *representante comercial autônomo e tomador de serviços*;
- II – corretor e tomador de serviços;
- III – transportador autônomo e empresa de transporte ou usuário de serviços;
- IV – empreiteiro e subempreiteiro, ou qualquer destes e o dono da obra, nos contratos de pequena empreitada, sempre que os primeiros concorrerem pessoalmente com seu trabalho para a execução dos serviços, ainda que mediante o concurso de terceiros;
- V – parceiro ou arrendatário rural e proprietário;
- VI – cooperativas de trabalho e seus associados;
- VII – cooperativas de trabalho ou seus associados e os respectivos tomadores de serviços.

Entendo que no caso do representante comercial, prevalecerá, por analogia, a mesma regra concernente ao empreiteiro, ou seja, a Justiça do Trabalho terá competência apenas para os contratos de representação comercial nos quais o representante concorra pessoalmente com seu trabalho, ainda que mediante o concurso de terceiros, afastando os litígios envolvendo as grandes empresas de representação comercial da competência da Justiça Obreira.

Também não se aplica, para o caso, o *jus postulandi*, sendo essencial a representação por advogado.

Muito cuidado com o art. 39 da Lei 4.886/1965 (Lei dos Representantes Comerciais), que prevê a competência da Justiça Comum para processar e julgar ações entre representantes e representados. Com a EC 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, e levando em conta o Projeto de Lei 6.671/2002, não há mais espaço para a incondicional aplicação do referido artigo da Lei dos Representantes Comerciais.

2.2.1.6. Profissional Liberal

A situação do profissional liberal chama a atenção, principalmente depois da publicação da Súmula 363 do STJ, *verbis*:

Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente.

Para o STJ, a relação mantida entre o profissional liberal e o cliente é uma típica relação de consumo, visto que a prestação de serviços é dirigida diretamente ao cliente, que figura, no liame, como “destinatário final”, enquadrando-se, por conseguinte, na definição de consumidor, insculpida no art. 2º da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), *verbis*:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Sendo uma relação de consumo, a competência não é da Justiça do Trabalho, e sim da Justiça Estadual, seja o autor da ação o profissional liberal, seja o consumidor.

Atenção!

Nem toda ação ajuizada por ou contra profissional liberal será de competência da Justiça Estadual, porquanto o profissional liberal, seja ele advogado, médico, arquiteto, dentista etc., pode prestar serviços direta ou indiretamente ao cliente.

A **prestação direta** ocorre quando o profissional liberal é contratado diretamente pelo cliente. Esse tipo de relação atrai a incidência da Súmula 363 do STJ, pois é uma relação de consumo.

A **prestação indireta** de serviços ocorre quando uma “empresa” (escritório de advocacia, hospital, clínica médica, escritório de arquitetura etc.) é contratada pelo cliente, e, para atendê-lo, termina contratando um profissional liberal especializado. Nesse caso, o cliente não contratou diretamente o profissional. Quem o contratou foi a “empresa” contratada pelo cliente. A relação entre o profissional liberal e a “empresa” é uma típica relação de trabalho. A relação entre a “empresa” e o cliente é uma relação de consumo.

Digamos que o cliente procurou um escritório de advocacia e firmou com

este um contrato de prestação de serviços, comprometendo-se a pagar um determinado valor a título de honorários advocatícios. Entre o escritório e o cliente há uma típica relação de consumo (competência da Justiça estadual – Súmula 363 do STJ). O escritório, ante a complexidade da causa, precisou contratar um advogado especializado. Entre o escritório e o advogado autônomo contratado há uma relação de trabalho (competência da Justiça do Trabalho – art. 114, I, da CF).

A representação por advogado também é imprescindível, não se aplicando o *jus postulandi*.

Para facilitar, seguem as quatro situações devidamente discriminadas:

- a) Se o cliente quiser acionar o escritório, por perdas e danos, por exemplo, ajuizará ação na Justiça Estadual – Súmula 363 do STJ.
- b) Se o advogado quiser acionar o escritório, cobrando, por exemplo, o pagamento dos honorários ajustados, ajuizará ação na Justiça do Trabalho – art. 114, I, da CF.
- c) Se o escritório precisar ajuizar uma ação de cobrança de honorários contra o cliente, buscará a Justiça Estadual – Súmula 363 do STJ.
- d) Se o escritório precisar acionar o advogado contratado, por perdas e danos, por exemplo, buscará a Justiça do Trabalho – art. 114, I, da CF.

2.2.1.7. Servidor Público

A Justiça do Trabalho não tem competência para apreciar as ações decorrentes de relação estatutária mantida entre servidores públicos e órgãos públicos da administração direta, autárquica e fundacional. O STF, no dia 27/01/2005, concedeu liminar em ADI (3.395-6) proposta pela AJUFE (Associação dos Juízes Federais), mantendo a competência da Justiça Comum (Estadual e Federal) para conhecer dos litígios envolvendo os servidores públicos estatutários e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional (incluindo as ações que versem sobre o direito de greve do servidor estatutário) – inciso I do art. 114 da CF.

No caso do servidor público “celetista”, também chamado de “empregado público” ou “servidor trabalhista”, a competência continua sendo da Justiça do Trabalho.

Existindo controvérsia acerca da natureza do vínculo (o servidor, na petição inicial, se diz “celetista”, enquanto que o órgão público, em sua contestação, assevera que o vínculo é estatutário), prevalece, segundo o STF, a competência da Justiça Comum para dirimir a questão, posição que levou o TST a cancelar a OJ 205 da SDI-1, no ano de 2009.

SERVIDOR PÚBLICO. REGIME ESPECIAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA REGIDA POR LEGISLAÇÃO LOCAL ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988, EDITADA COM BASE NO Art. 106 DA CONSTITUIÇÃO DE 1967. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (...) Ao reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a reclamação trabalhista, o acórdão recorrido divergiu de pacífica orientação jurisprudencial deste STF. Compete à Justiça comum processar e julgar causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores submetidos a regime especial disciplinado por lei local editada antes da Constituição Republicana de 1988, com fundamento no art. 106 da Constituição de 1967, na redação que lhe deu a EC 1/1969, ou no art. 37, IX, da Constituição de 1988. (RE 573.202, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 21/08/2008, Plenário, *DJE* 05/12/2008, com repercussão geral). No mesmo sentido: RE 677.913-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25/09/2012, 2ª Turma, *DJE* 10/10/2012; Rcl 7.633-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 23/06/2010, Plenário, *DJE* 17/09/2010.

Situação especial envolve os **Agentes Comunitários de Saúde**.

O STJ, em setembro de 2012, no julgamento do Conflito de Competência nº 122.234-PE (2012/0082730-8), tendo como relator o ilustre ministro Humberto Martins, envolvendo o Juízo de Direito da 1ª Vara de Belo Jardim/PE e o Juízo da Vara do Trabalho de Belo Jardim/PE, assim decidiu:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. REGIME CELETISTA. LEI N. 11.350/06. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

O *decisum* prestigiou o art. 8º da Lei n. 11.350/2006 (que regulamenta o § 5º do art. 198 da Constituição Federal), dispondo sobre o regime jurídico do agente comunitário de saúde e agente de combate a endemias, *verbis*:

Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias, admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, ***submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.*** (sem grifos no original)

O julgamento do Conflito de Competência se encontra alicerçado nos seguintes precedentes do STJ:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. REGIME CELETISTA. LEI Nº 11.350/06. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A servidora municipal foi contratada sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, após prévio processo seletivo, de acordo com o previsto no art. 8º da Lei Federal nº 11.350/06, não havendo lei local dispondo sobre regime jurídico diverso. 2. Nesse contexto, como a lei submeteu a servidora ao regime celetista, deve prevalecer a competência da justiça especializada para apreciar a controvérsia. Precedentes. 3. Agravo regimental provido. (AgRg no CC 116.065/PE, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, julgado em 08/02/2012, DJe 17/02/2012).

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. REGIME CELETISTA. LEI N. 11.350/06. COMPETÊNCIA DA

JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Na hipótese, cuida-se de servidora municipal (agente comunitário de saúde) contratada sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, após prévio processo seletivo, de acordo com o previsto no art. 8º da Lei Federal n. 11.350/06, não havendo lei local dispondo sobre regime jurídico diverso. 2. Nesse contexto, como a lei submeteu a servidora ao regime celetista, deve prevalecer a competência da justiça especializada para apreciar a controvérsia. (AgRg no CC 121.904/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, 1ª Seção, julgado em 13/06/2012, *DJe* 18/06/2012).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E TRABALHISTA. ALTERAÇÕES ENGENDRADAS PELA EC 45/2004. RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. SERVIDOR MUNICIPAL CONTRATADO PARA O DESEMPENHO DE ATIVIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL SOB O REGIME CELETISTA. REGIME DE NATUREZA CELETISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. 1. A competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos *Estados*, do Distrito Federal e dos Municípios restou fixada pela Constituição Federal, no seu art. 114, I, com redação conferida pela EC nº 45/04. 2. Deveras, a Suprema Corte, ao julgar a ADI nº 3.395-DF, excluiu da expressão relação de trabalho as ações decorrentes do regime estatutário. Assim, a competência para julgar as ações relativas a servidor estatutário não celetista e ente público, será da Justiça comum, estadual ou Federal, conforme o caso, remanescendo à Justiça laboral as demais hipóteses. 3. *In casu*, os autos principais versam sobre reclamação trabalhista ajuizada por *servidora contratada por Município, pelo regime celetista, por prazo determinado e visando atender à necessidade de interesse público – consistente na realização de atividades de agente comunitário de saúde*. 4. Dessarte, conforme a nova interpretação conferida ao art. 114, I, da CF e diante do entendimento desta Egrégia Corte sobre o tema, *prevalece a competência da justiça do trabalho para decidir*

sobre ação ajuizada por servidor municipal, admitido sem concurso público, em virtude de contrato firmado de natureza celetista. 5. Agravo regimental desprovido para manter a decisão que conheceu do conflito negativo de competência para determinar a competência do JUÍZO DA 2ª VARA DO TRABALHO DE CATANDUVA/SP. (AgRg no CC 109.271/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 1º/07/2010). (sem grifos no original)

Há, portanto, uma presunção de que os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias foram contratados, à luz do art. 8º da Lei 11.350/2006, mediante regime celetista, o que atrai a competência da Justiça do Trabalho. Essa presunção, entretanto, não se aplica às contratações feitas a partir do dia 02/08/2007, data da publicação da liminar do STF, nos autos da ADI 2.135-4, que suspendeu a eficácia do *caput* do art. 39 da CF, com efeitos *ex nunc*, oportunidade em que voltou a vigorar a antiga redação (anterior à EC 19/1998), ressuscitando o Regime Jurídico Único para a Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Sempre é bom lembrar que se existir controvérsia acerca da natureza jurídica do contrato, a competência é automaticamente irradiada à Justiça Comum.

2.2.2. Se a Empresa Falir, Contra Quem Vou Ajuizar a Reclamação?

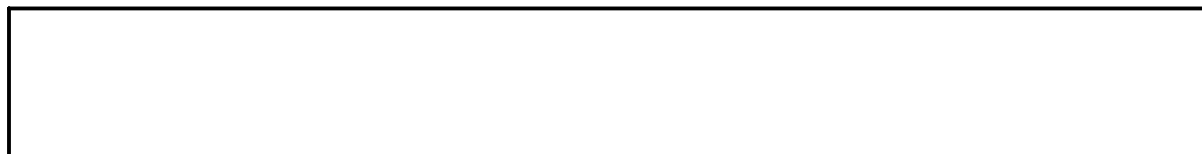
A massa falida é o conjunto de bens e interesses da empresa cuja falência foi decretada, não possuindo personalidade jurídica. A decretação da falência equivale à morte da pessoa jurídica. A massa falida, por conseguinte, não tem personalidade jurídica, mas possui capacidade judicial, podendo ser autora ou ré no âmbito processual – art. 75, V, do CPC. Será representada pelo Administrador Judicial.

Digamos que um empregado tenha laborado para a Empresa ABC, que teve a sua falência decretada. Caso deseje propor reclamação trabalhista, esta deve ser ajuizada em face da MASSA FALIDA DA EMPRESA ABC.

A falência está regulada na Lei 11.101/2005, que também prevê os institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial.

As empresas em recuperação não perdem a sua personalidade jurídica.

O STF, com o tempo, vem irradiando prerrogativas típicas da massa falida às empresas em recuperação judicial. Um bom exemplo é o da competência da Justiça do Trabalho, que, no caso da massa falida, fica restrita à fase de conhecimento e à liquidação de sentença.



Na fase de execução, depois de liquidar a sentença, o juiz do trabalho simplesmente “habilita” o crédito do trabalhador no juízo universal da falência (Justiça Comum). Essa previsão legal, restrita à massa falida, também deve ser aplicada, segundo o STF, às empresas em recuperação judicial. A decisão, com repercussão geral, teve como relator o ministro Ricardo Lewandowski, *verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM, COM EXCLUSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 11.101/05, EM FACE DO Art. 114 DA CF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I – A questão central debatida no presente recurso consiste em saber qual o juízo competente para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas no caso de empresa em fase de recuperação judicial.

II – Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945 consolidou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos ora discutidos é da Justiça Estadual Comum, sendo essa também a regra adotada pela Lei 11.101/05.

III – O inc. IX do art. 114 da Constituição Federal apenas outorgou ao legislador ordinário a faculdade de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente

estabelecidas nos incisos anteriores, desde que decorrentes da relação de trabalho.

IV – O texto constitucional não o obrigou a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que se afigure conveniente o julgamento pela Justiça do Trabalho, à luz das peculiaridades das situações que pretende reger.

V – A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento.

VI – Recurso extraordinário conhecido e improvido.

(STF, RE 583.955-9, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, *DJE* 27/08/2009, Trânsito em julgado em 30/11/2009).

Outro exemplo interessante é o da “sucessão trabalhista”.

A Lei 11.101/2005, no seu art. 141, II, dispõe que o arrematante, no todo ou em parte, da massa falida, em hasta pública, não assumirá o passivo trabalhista nem o passivo tributário, isto é, **não será considerado sucessor da massa**. O § 2º do citado artigo ratifica a previsão: “*Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior*”. Haverá sucessão trabalhista e tributária, entretanto, se a arrematação for realizada por sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; por parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; for identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão (§ 1º do art. 141, II, da Lei 11.101/2005).

No art. 60, parágrafo único, do mesmo diploma legal, a redação não é tão clara, razão pela qual se discutiu, por um tempo, se a sucessão trabalhista incidiria na aquisição de uma empresa em recuperação judicial. O STF, no julgamento ADI nº 3.934/DF (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, *DJ* 06/11/2009), terminou pacificando a questão, concluindo que **a alienação, no todo ou em parte, em hasta pública, de empresa em processo de**

recuperação judicial não gera trabalhista.

O TST, no julgamento do RR-29500-13.2007.5.02.0317, apenas ratificou a posição do Pretório, *verbis*:

EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Art. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.101/2005. 1. Na forma preconizada no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, na recuperação judicial, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor. 2. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3.934/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 6/11/2009), interpretando a exegese do dispositivo legal supramencionado, concluiu que a alienação de empresa em processo de recuperação judicial não acarreta a sucessão pela arrematante. 3. In casu, o Regional registra que houve arrematação da Unidade Produtiva Varig por meio da alienação judicial realizada na recuperação judicial da primeira reclamada. Entretanto, concluiu pela configuração de sucessão, bem como que as empresas reclamadas pertenciam ao mesmo grupo econômico, de modo que a recorrente deveria responder de forma solidária, mormente porque o art. 60 da Lei nº 11.101/2005 não vedava a sucessão trabalhista. 4. Nesse contexto, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005 e em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal, a alienação de empresa em processo de recuperação judicial não acarreta a responsabilidade solidária das recorrentes. Ocorre que, ausente a sucessão trabalhista, as recorrentes não podem figurar no polo passivo da demanda, pois, sendo partes ilegítimas, deve ser afastada a sua responsabilização, na medida em que, não havendo sucessão trabalhista, descabe responsabilizar as recorrentes com base na existência de grupo econômico, mormente porque o objeto da alienação ocorrida em sede de recuperação judicial estará livre de qualquer ônus. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 8ª Turma, RR-29500-13.2007.5.02.0317, Ministra Dora Maria da Costa, *DJE* 15/03/2013).

2.2.3. *Se o Empregado Falecer, Quem Poderá Ajuizar Reclamação Trabalhista?*

O pagamento das verbas trabalhistas deve ser feito aos dependentes do empregado falecido, devidamente habilitados perante a Previdência Social. É preciso que os dependentes acostem aos autos a certidão emitida pelo INSS.

É o que prevê o art. 1º da Lei 6.858/1980:

Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

Caso o advogado tenha alguma dificuldade em conseguir, junto ao INSS, a Certidão de Dependentes, deverá ajuizar a reclamação trabalhista, em nome dos dependentes, **requerendo** ao juiz a expedição de ofício ao INSS, para que este forneça o referido documento. A Certidão de Dependentes, prevista no art. 1º da Lei 6.858/1980, prevalece sobre o art. 1.829, I, do Código Civil, salvo quando a Certidão for “negativa” (inexistência de dependentes cadastrados no INSS). No caso de “Certidão Negativa de Dependentes”, o juiz do trabalho tem competência para, no próprio processo, determinar quem são os beneficiários, independentemente de arrolamento ou inventário, mesmo que, para tanto, tenha que instruir o feito, em busca da definição da legitimidade ativa (matéria prejudicial de mérito).

RECURSO DE REVISTA. SUCESSÃO TRABALHISTA DE EMPREGADO FALECIDO. VIÚVA HABILITADA COMO DEPENDENTE JUNTO À PREVIDÊNCIA SOCIAL. FILHOS NÃO HABILITADOS. CONFLITO APARENTE ENTRE OS ARTIGOS 1º DA LEI Nº 6.858/80 E 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. NÃO REVOGAÇÃO DA LEI ESPECIAL ANTERIOR PELA LEI GERAL POSTERIOR. Reside o cerne da controvérsia em

saber se somente têm legitimidade para sucessão trabalhista os herdeiros habilitados junto à Previdência Social, ou se também o têm aqueles que, embora não habilitados, estejam previstos como tal no Código Civil. Esta Turma já decidiu que a viúva de empregado falecido, se habilitada como dependente junto à Previdência Social, tem legitimidade para postular qualquer direito trabalhista do de cujus (TST-RR-804.938/2001.6, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candioti da Rosa, DJU de 10.8.2007). Do artigo 1º da Lei nº 6.858/80 conclui-se que, em falecendo o empregado, duas eram as possibilidades de pagamento de haveres trabalhistas aos sucessores na vigência daquela lei: primeiro, “aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares”; e segundo, “na sua falta (ou seja, dos herdeiros antes mencionados), aos sucessores previstos na lei civil” (destacamos). Superveniente o Código Civil de 2002, limitou-se ele a prever, no artigo 1829, I, que “a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”, sem dispor especificamente sobre a sucessão trabalhista do empregado falecido. Com efeito, a superveniência do Código Civil de 2002, lei geral, *não implicou a revogação da Lei nº 6.858/1980, lei especial, porque o primeiro nada considerou a respeito dos requisitos para sucessão de empregado falecido, matéria dessa última*. Consequentemente, conclui-se que a sucessão trabalhista de empregado falecido está limitada àqueles herdeiros habilitados como dependentes junto à Previdência Social. Por fim, em sendo apenas a viúva habilitada junto à Previdência, merece ser mantido o v. acórdão do e. TRT da 15ª Região, que indeferiu o pagamento de fração das verbas rescisórias aos filhos do de cujos, ora Recorrentes. Recurso de revista não provido. (TST, 3ª Turma, RR-212100-21.2004.5.15.0066, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 28/03/2008). (sem grifos no original)

Uma coisa é a reclamação trabalhista movida pelos dependentes do empregado falecido na busca por “direitos trabalhistas” (verbas rescisórias, liberação do FGTS, horas extras, adicional noturno, adicional de

insalubridade, diferenças salariais por desvio de função etc.). Outra coisa é a reclamação trabalhista com pedido de indenização por dano moral e/ou material decorrente de acidente do trabalho que provocou a morte do obreiro (dano reflexo ou “dano por ricochete”). Para esse tipo de ação é desnecessária a juntada de “Certidão de Dependentes” emitida pelo INSS, visto que o espólio, nos termos do art. 943 do CCB e do art. 75, VII, do CPC, tem legitimidade ativa, consagrada por precedentes do TST.

O STJ, no ano de 2008, chegou a publicar uma súmula afastando a competência da Justiça do Trabalho para esse tipo de ação. No ano seguinte, contudo, a súmula (nº 366) foi cancelada, destroçada pela incisiva irradiação de poderosos precedentes do STF.

A competência para esse tipo de ação, portanto, é da Justiça do Trabalho, à luz da Súmula Vinculante 22, da Súmula 392 do TST e do art. 114, VI, da CF.

Em outubro de 2010, no julgamento do RR-19400-08.2009.5.24.0061, e em março de 2011, no julgamento do RR-91200-31.2006.5.03.0047, o TST declarou que **o espólio**, uma vez representado por filhos e/ou viúva do trabalhador, detém legitimidade para ajuizar ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte do empregado.

RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE ATIVA. ESPÓLIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVIMENTO. Na diretriz do art. 943 do Código Civil, os sucessores têm legitimidade para propor qualquer ação de indenização, por tratar-se de direito patrimonial. Isso porque o que se transmite é o direito de ação e não o direito material em si, pelo fato de não se tratar de direito personalíssimo, o que impediria sua transmissão a terceiros. Desse modo, *a decisão que considera o Espólio Autor parte ilegítima para propor a demanda viola o citado artigo*. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST, 4ª Turma, RR-19400-08.2009.5.24.0061, Ministra Maria de Assis Calsing, DJ 01/10/2010). (sem grifos no original)

RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE ATIVA. ESPÓLIO.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Conforme se extrai do art. 943 do Código Civil, os sucessores do empregado falecido possuem legitimidade para propor ação judicial visando à reparação por dano moral ou material sofrido pelo de cujus. *Não se transmite o sofrimento da vítima, mas o crédito que corresponde ao dano moral e que se reveste, assim, de natureza patrimonial. Como os demais, esse crédito passa a integrar a universalidade dos bens que compõem a herança, cabendo ao espólio, em princípio e sob a representação do inventariante, a titularidade do direito de reivindicá-lo em juízo.* A Lei 6.858/80 não impede, por sua vez, que os sucessores do trabalhador requeiram o inventário judicial, nos moldes dos artigos 982 e seguintes do Código Civil. Faculta, porém, aos dependentes do empregado falecido junto à previdência social ou, em falta deles, aos sucessores previstos na lei civil, o direito de receber haveres trabalhistas, fiscais e valores de pequena monta independentemente de inventário ou arrolamento. Preserva-se, contudo e residualmente, a regra geral do processo de inventário. Precedentes do TST e do STJ. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-91200-31.2006.5.03.0047, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 18/03/2011).

Segundo o TST, os sucessores têm legitimidade para propor qualquer ação de indenização, por tratar-se de direito patrimonial, conforme preconiza o art. 943 do Código Civil, *verbis*:

O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

O que se transmite com a herança é o **direito de ação** (a pretensão), que é um direito patrimonial. O direito material é um direito personalíssimo, intransferível. O que se transmite com a herança, portanto, é *a pretensão de indenização por dano*, ou seja, *o direito de pleitear, na Justiça do Trabalho, uma reparação*. A dor (o sofrimento, a angústia etc.) não se transmite a terceiros, pois ninguém pode sentir a dor de outrem.

A Oitava Turma do TST, no mês de abril de 2012 (decisão abaixo transcrita), ratificou, por unanimidade, o entendimento, declarando que a

legitimidade dos sucessores para propor ação judicial está fundamentada nos arts. 943 e 1.784, do CCB, ou seja, os herdeiros ou o espólio podem ajuizar reclamação.

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO. Os sucessores têm legitimidade para propor ação judicial pleiteando reparação por danos materiais e morais sofridos pelo de cujus. *Essa demanda pode ser ajuizada pessoalmente pelos herdeiros ou pelo espólio, que é o conjunto de bens que constituem o patrimônio moral e material do de cujus.* No caso dos autos, o espólio é representado pela viúva do empregado falecido, não havendo dúvida quanto à sua legitimidade ativa *ad causam*. Recurso de Revista não conhecido. (TST, 8ª Turma, RR 1501-97.2010.5.22.0002, Desembargadora Convocada Maria Laura Franco Lima de Faria, DJ 13/04/2012). (sem grifos no original)

Destarte, caso o advogado seja procurado pela viúva e/ou pelos filhos do empregado falecido, ele terá duas opções:

- **Opção 1** – a reclamação pode ser proposta pelo espólio, desde que representado pelo(s) herdeiro(s) (viúva, filhos etc.);
- **Opção 2** – a reclamação pode ser proposta pessoalmente pelo(s) herdeiro(s) (viúva, filhos etc.).

O TST, todavia, não vem reconhecendo legitimidade ao inventariante que não seja herdeiro para propor reclamação desse tipo em nome do espólio. A Primeira Turma do TST, na decisão do RR-162400-87.2007.5.03.0104, publicada no DJ de 04/05/2012, decidiu que o inventariante apenas organiza e administra o espólio e o representa em juízo, mas não pode ampliar seus poderes para os interesses dos herdeiros. O TST, na referida decisão, ordenou o retorno dos autos à vara do trabalho de origem, determinando a intimação da viúva, para que ela dissesse se tinha ou não interesse no prosseguimento do feito.



O empregador, no caso de falecimento do empregado, decorrente de acidente do trabalho, vem sendo surpreendido por inúmeras reclamações, ajuizadas pela viúva, pelos filhos, pelos pais, pelos sobrinhos, pelos tios etc. do *de cujus*. Observem a seguinte decisão, na qual o TST estendeu o direito à reparação aos pais do empregado falecido em decorrência de acidente do trabalho, mesmo quando, anteriormente, já tinha sido firmado um acordo entre o empregador e a viúva e os filhos do *de cujus*, *verbis*:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DO ÓBITO DO FILHO VITIMADO POR ACIDENTE DO TRABALHO. DIREITO PERSONALÍSSIMO DOS GENITORES, DESVINCULADO DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS PESSOAS DO ROL FAMILIAR QUE TAMBÉM SOFRERAM COM A FALTA DO TRABALHADOR, AINDA QUE JÁ INDENIZADOS POR ESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA EM OUTRA LIDE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA NÃO VERIFICADA. O dano moral é caracterizado pela ofensa ou constrangimento que foi produzido à pessoa mediante ato ou prática que alcança seus direitos personalíssimos (CF, art. 5º, X), ou seja, tudo aquilo que causa dor psicológica ou física injustamente provocada. Em se tratando de dano moral em sua intimidade psíquica – falecimento de uma pessoa ligada por laços afetivos, por exemplo –, o sofrimento é presumido pela circunstância, não se cogitando da necessidade de comprovação da dor, aflição, etc. De par com tudo isso, o falecimento de um filho vitimado em face de acidente de trabalho gerou para os genitores – os Reclamantes –, sem dúvida, abalo de ordem psicológica, social e familiar, que necessita de reparação, nos termos dos arts. 1º, III, e 5º, X, da CF – dignidade da pessoa humana e direito da personalidade, respectivamente. *Frise-se que não implica violação à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI) o reconhecimento, em relação aos filhos e à cônjuge, do direito ao pagamento de indenização por danos morais em outra lide contra a*

mesma Reclamada, fundamentada, igualmente, na dor sofrida pelo falecimento deste trabalhador. Isso porque os danos experimentados em situação tal transcendem a esfera individual ou de parcela do núcleo familiar – a dor moral projeta reflexos sobre todos aqueles que de alguma forma estavam vinculados afetivamente ao trabalhador vitimado pelo acidente de trabalho. É que a dor pelo óbito independe de relação de dependência econômica, mas, como dito, do sentimento de ausência, de pesar, de saudade, etc. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, SDI-1, RR-51840-46.2008.5.09.0017, Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ 28/10/2011). (sem grifos no original)

São legitimados para pleitear o dano moral reflexo ou “por ricochete” os parentes próximos ou pessoas com um forte vínculo afetivo com a vítima, sendo irrelevante se havia ou não dependência econômica, cabendo ao magistrado, mediante a sombra da equidade, que deve sempre estar presente em sua atuação, limitar essa abrangência, impedindo o abuso da chamada “indústria do dano moral”.

Hodiernamente, vem se tornando notória a convergência dos Tribunais em reconhecerem a legitimidade ativa apenas para os pais, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro(a). Mas isso é apenas uma tendência.

O juiz, em determinado caso, pode considerar, por exemplo, como parte legítima, um amigo do *de cujus*, cuja amargura, decorrente da perda, convenceu o julgador.

Interessante perceber que, nesse tipo de demanda, a análise da legitimidade ativa deixa de ser apriorística, abandonando a sua clássica áurea de “preliminar”, passando a incorporar o espírito meritório, diante da necessidade de o magistrado investigar o grau do elo que havia entre o reclamante e o empregado falecido (seria uma típica questão “prejudicial de mérito”).

Nos arts. 223-A a 223-G da CLT, encontramos uma novidade. A Lei 13.467/2017 inseriu, na legislação trabalhista, uma regulamentação específica sobre o Dano Extrapatrimonial, causando estranheza o inócuo objetivo de

restringir a interpretação do juiz do trabalho, quanto ao dano moral, estético, à imagem e existencial, apenas aos dispositivos da CLT. Ora, a reparação (indenização) deriva de típica responsabilidade civil, e não trabalhista, tornando imperiosa a aplicação das legislações, dos precedentes e das correntes doutrinárias civilistas, como é o caso, por exemplo, dos arts. 20, 186, 927, 949 e 950 do Código Civil e da Súmula 387 do STJ (elenco não taxativo). Além disso, o dano moral, no sentido lato (extrapatrimonial), se encontra inserido no art. 5º da CF, tornando inócua a palavra “apenas”, esculpida no art. 223-A da CLT. Assim sendo, não temo em dizer que a Reforma Trabalhista não logrará êxito ao tentar limitar a fonte formal do dano extrapatrimonial. O art. 223-A da CLT é mais uma “norma natimorta” do nosso abarrotado sistema jurídico, fruto de atividade legiferante desenvolvida sem o necessário preparo técnico e sombreada por intenções sinistras.

Outro ponto desprezível da Reforma está presente na redação do art. 223-B da CLT, que, na parte final, diz: “*as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação*”. Sem qualquer pudor, o legislador simplesmente desejou acabar com o “dano reflexo”, também chamado de “dano por ricochete”, gerado pela morte do empregado em decorrência, principalmente, de acidente do trabalho. O desejo, entretanto, encontra obstáculo intransponível na previsão contida no já citado e explorado art. 943 do CCB, que reza: “*O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança*”.

Os incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT são flagrantemente inconstitucionais, pois fixam o salário do empregado como parâmetro para o valor da indenização por dano extrapatrimonial, como se a “honra”, a “autoestima”, a “imagem” e todos os demais direitos da personalidade do obreiro pudessem ser medidos pelo seu salário (o empregado que recebe salário maior tem a valoração de sua honra superior à honra do colega que possui salário menor). O Governo Federal tentou “remediar” o vexame com a edição da MP 808/2017, porém esta norma caducou no dia 23/04/2018. A inconstitucionalidade dos ditos incisos está sombreada pela violação ao *caput* do art. 5º da CF (princípio da isonomia), ao inciso III do art. 1º da CF (princípio da

dignidade da pessoa humana) e ao IV do art. 7º da CF (que veda a vinculação do salário).

2.2.4. No Caso de Terceirização, Contra Quem Vou Ajuizar a Reclamação?

A terceirização propriamente dita finalmente foi regulamentada. Não da forma como deveria ser, mediante lei específica, pois o legislador (Lei 13.429/2017) simplesmente inseriu a terceirização na antiga Lei do Trabalho Temporário (Lei 6.019/1974), “ajudando” a tornar ainda mais confuso e sombrio o universo legal trabalhista. De qualquer sorte, a anomia (ausência) legislativa desapareceu.

Nas edições anteriores, fiz as seguintes perguntas: “*O serviço de motoboy em delivery (entrega de pizza, remédio etc.) pode ser terceirizado?*”; “*O serviço de expedição de passaporte, prestado pela Polícia Federal, pode ser terceirizado?*”; “*O serviço de telemarketing de um banco pode ser terceirizado?*”; “*O serviço de manobrista de um restaurante pode ser terceirizado?*”. E concluí dizendo que, numa reunião entre juízes, a discussão seria acirrada. A insegurança jurídica, à época, imperava. A alteração, no último ano, perdeu força, por conta, inicialmente, da Lei 13.429/2017. Depois dela, veio a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), e, finalmente, as decisões do STF (ADPF 324, RE 958.252 e ARE 791932). Podemos dizer, sem medo, que, atualmente, qualquer atividade pode ser terceirizada, não importando se é a principal (fim) ou a secundária (meio) da contratante.

Diante de todas essas mudanças, dois efeitos merecem análise minuciosa e destacada. Estou falando da **isonomia salarial**, também chamada de equivalência salarial, ante a permissão ampla de terceirização, e da **modulação dos efeitos das decisões do STF**. Falaremos esses dois pontos mais adiante.

Pois bem.

A Lei 13.429/2017 regulamentou a “terceirização propriamente dita” no dia 31/03/2017, mediante a inserção de novos artigos na Lei 6.019/1974, a chamada Lei do Trabalho Temporário.

Com isso, a Lei 6.019/1974 deixou de ser apenas a Lei do Trabalho Temporário, passando a regular, além deste, a terceirização propriamente dita, antes “regulamentada” pela Súmula 331 do TST.

Observem que nós sempre convivemos com duas espécies de terceirização de mão de obra, uma temporária e outra sem predeterminação de prazo. A primeira foi “legalizada” no ano de 1974, enquanto que a segunda nunca mereceu a atenção do Poder Legislativo, que a deixou sem qualquer previsão legal até 31/03/2017, razão pela qual a Súmula 331 do TST era considerada a fonte formal adequada para regular a relação terceirizada, frutificando do princípio da indeclinabilidade da jurisdição (ou inescusabilidade), esculpido no art. 140 do CPC e no art. 4º da LINDB. Eis um dos meus argumentos para obstaculizar a retroatividade dos efeitos de duas decisões do STF, proferidas na ADPF 324 e no RE 958.252.

A Lei 13.467/2017, responsável pela Reforma Trabalhista, que entrou em vigor no dia 11/11/2017, fez pequenas mudanças na Lei 6.019/1974, com o objetivo de tornar indiscutível a possibilidade de terceirização em quaisquer atividades exploradas pelo contratante (antes chamado de tomador).

A partir de agora, vamos estudar todas essas alterações.

A terceirização propriamente dita, também chamada de “fornecimento de mão de obra” ou “intermediação de mão de obra”, passou a ser intitulada como **prestação de serviços a terceiros**. Com isso, a “empresa de terceirização”, que era conhecida como “fornecedora de mão de obra” ou “empresa interposta”, passou a ser legalmente chamada de **empresa de prestação de serviços a terceiros (art. 4º-B da Lei 6.019/1974)**.

De outra banda, o “tomador de mão de obra” ou “cliente”, passou a ser legalmente chamado de **contratante (art. 5º-A da Lei 6.019/1974)**.

Nos termos do art. 4º-A da Lei 6.019/1974, considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

O art. 4º-A da Lei 6.019/1974, com a nova redação dada pela Lei

13.467/2017, pôs fim à discussão sobre quais as atividades que podem ou não ser terceirizadas, permitindo a terceirização de **quaisquer atividades, inclusive a atividade-fim (principal) da contratante**.

A terceirização se caracteriza por uma relação trilateral, envolvendo, portanto, três sujeitos:

- Empresa de Prestação de Serviços a Terceiros.
- Contratante.
- Trabalhador terceirizado.

O trabalhador terceirizado, apesar de empregado da empresa de prestação de serviços a terceiros, trabalha nas dependências do contratante ou em outro local definido de comum acordo entre as partes (§ 2º do art. 5º-A da Lei 6.019/1974).

Para fins de ajuizamento da reclamação trabalhista, surgem quatro situações:

1ª Situação: Reclamação trabalhista no caso de terceirização lícita

Caso a terceirização seja lícita (a análise da licitude será feita com base na Lei 6.019/1974, observando-se, principalmente, a previsão contida no seu art. 19-C), a reclamação pode ser proposta em face da empresa de prestação de serviços a terceiros, que é a responsável principal, e também do contratante, o qual responde **subsidiariamente**, nos termos do § 5º do art. 5º-A da Lei 6.019/1974. A reclamação, portanto, será composta de um litisconsórcio passivo, vez que dirigida contra dois reclamados. Trata-se de um **litisconsórcio passivo facultativo**, mas o advogado do trabalhador deve ter ciência de que o contratante só responderá subsidiariamente, numa futura execução, se tiver participado da fase de conhecimento e constar do título executivo judicial (sentença).

A inserção dos réus já começa no cabeçalho, de preferência observando-se a ordem, constando, como primeira reclamada, a empresa de prestação de serviços a terceiros, e, como segundo reclamado, o contratante, afinal a primeira é a responsável principal, enquanto o segundo é o responsável subsidiário (secundário).

Se o tomador for um órgão público, da Administração direta ou indireta, não existirá, nos termos do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, responsabilidade solidária ou subsidiária quanto aos encargos trabalhistas (o ente público responderá solidariamente pelos encargos previdenciários, nos termos do § 2º do art. 71 da referida Lei).

A norma que exime a responsabilidade dos órgãos públicos na terceirização foi declarada constitucional pelo STF, em sede de julgamento de ADC (ADC 16/DF). No julgamento, contudo, o Pretório esclareceu que o órgão público poderá responder subsidiariamente quando restar comprovada a sua culpa para a inadimplência do fornecedor. Em novo julgamento (RE 760.931/DF), o STF ratificou aquela decisão.

Conclusão:

- Em se tratando de **tomador comum**, a responsabilidade indireta será subsidiária e **objetiva**.
- Em se tratando de **tomador público**, abrangendo a Administração direta e indireta, a responsabilidade indireta será subsidiária e **subjetiva** (inaplicável, no caso, o § 6º do art. 37 da CF).

O professor Matheus Rezende, juiz do trabalho no TRT da 6ª Região, no ápice do brilhantismo que lhe é peculiar, a partir das decisões do STF, passou a defender a tese de que o ônus da prova, quanto à conduta culposa do órgão público tomador de serviços, não pesará sobre os ombros do trabalhador terceirizado, mas do próprio ente público, o qual terá de demonstrar que fiscalizou o cumprimento, pelo fornecedor, dos encargos trabalhistas. A visionária posição do douto processualista terminou ratificada pela distribuição dinâmica do ônus da prova, consagrada pelo § 1º do art. 818 da CLT e pelo § 1º do art. 373 do CPC.

Muito se discute a respeito da **extensão da responsabilidade subsidiária do contratante**. Estaria essa responsabilidade limitada às verbas trabalhistas no sentido estrito, ou também alcançaria indenização por dano material e/ou extrapatrimonial?

O TST, em maio de 2011, inseriu o item VI à Súmula 331, consagrando que a responsabilidade subsidiária do contratante é ampla, alcançando **todas**

as verbas constantes da condenação. No item IV, da própria Súmula, o TST, mesmo depois da inserção do item VI, manteve intacta a redação restritiva da responsabilidade subsidiária às obrigações trabalhistas. Sempre defendi a tese de responsabilidade ampla, mantendo-a, agora, para as terceirizações firmadas antes de 31/03/2017, data do início da vigência da Lei 13.429/2017, norma esta que inseriu o § 5º do art. 5º-A na Lei 6.019/1974, com a seguinte redação: “*A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços*”. Minha posição fica ressalvada no caso de adequação do pacto, por vontade das partes, à nova legislação, nos termos do art. 19-C da Lei 6.019/1974. Quanto aos **contratos de terceirização firmados a partir de 31/03/2017**, a responsabilidade subsidiária fica limitada às obrigações de natureza trabalhista (FGTS, indenização de 40%, aviso prévio, horas extras, adicional noturno, desvio de função, multas do art. 477 e 467 da CLT etc.), não abarcando verbas de natureza civil (indenização por dano material e indenização por dano extrapatrimonial – moral, estético, imagem, existencial etc.).

O art. 942 do CCB, no entanto, não foi afetado por leis ou decisões do STF, continuando válido, no seu reluzente reinado. Ele dispõe sobre a **responsabilidade solidária quando o dano tiver sido provocado por mais de um agente**. Sendo assim, caso o trabalhador terceirizado sofra acidente do trabalho (típico, doença profissional ou doença do trabalho) por culpa do contratante (responsabilidade subjetiva) ou pelo fato deste explorar atividade de risco (responsabilidade objetiva), entendo que a responsabilidade solidária entre as empresas se tornará inafastável, sendo certo que o § 3º do art. 5º da Lei 6.019/1974 ratifica a conclusão: “*É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato*”.

Pois bem.

A responsabilidade subsidiária também é conhecida como responsabilidade secundária, tendo como principal característica o **benefício de ordem**. O responsável subsidiário, na fase de execução, é beneficiado pela

ordem de cobrança. O juiz da execução **não poderá** expedir, no caso de terceirização, concomitantemente, dois mandados de citação e penhora, tendo que primeiro executar a empresa prestadora de serviços a terceiros. A execução contra o contratante (responsável subsidiário) só se realizará depois de constatada, mediante decisão fundamentada, a insolvência (impossibilidade de pagamento) do devedor principal.

Há quem defenda que a insolvência do devedor principal, caso este seja uma pessoa jurídica, só poderá ser constatada depois da desconsideração da sua personalidade jurídica, ou seja, depois de exaurida a cobrança sobre a empresa e seus sócios (pessoas físicas). Trata-se de uma corrente que termina “favorecendo” o contratante, pois amplia o seu benefício de ordem para além do patrimônio da pessoa jurídica da empresa prestadora de serviços a terceiros. Para o advogado do contratante, a tentativa é válida, lastreada nos arts. 133 a 137 do CPC.

O entendimento prevalente na Justiça do Trabalho, contudo, é diferente daquele defendido pelos advogados dos contratantes.

Os órgãos jurisdicionais optam pela corrente tradicional, não aplicando a desconsideração da personalidade jurídica da empresa prestadora de serviços a terceiros como condição para a execução do contratante. A posição passa pela contundente argumentação de que a execução tem por base o título executivo (sentença) e neste constam apenas as pessoas jurídicas, na condição de condenadas. Além disso, a desconsideração da personalidade jurídica, depois de constatada a insolvência do devedor principal, seria prejudicial ao empregado, retardando, em proveito de outrem, a satisfação do seu crédito alimentar.

Com o CPC, a desconsideração da personalidade jurídica passou a ser regulamentada (arts. 133 a 137), assumindo natureza de incidente processual. O art. 855-A da CLT, incluído pela Reforma Trabalhista, determina a aplicação do incidente previsto no CPC ao processo trabalhista, seja na fase de execução, seja na de conhecimento.

No art. 133, *caput*, do CPC, o legislador dispõe que o incidente será instaurado a pedido da parte. Não há no CPC previsão para a instauração *ex*

officio do incidente. Essa restrição passou a ser observada no processo trabalhista, ou seja, não há mais a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de ofício na fase de execução, como previa o art. 6º da IN 39/2016. Para o TST, no art. 13 da IN 41/2018, a instauração de ofício do incidente se justifica quando o exequente não estiver representado por advogado.

2ª Situação: Terceirização ilícita envolvendo contratante comum

Analisando a Lei 6.019/1974, há **seis casos** de ilicitude da terceirização:

- (1) A terceirização será **ilícita** quando estiverem presentes a pessoalidade e a subordinação jurídica entre o terceirizado e o contratante, por força dos arts. 2º, 3º, 9º, 442, 443 e 456 da CLT.
- (2) A terceirização será **ilícita** quando o contratante utilizar os trabalhadores terceirizados em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços a terceiros (desvio de função, acúmulo de funções etc.) – § 1º do art. 5º-A da Lei 6.019/1974.
- (3) A terceirização será **ilícita** quando a empresa prestadora de serviços a terceiros não atender aos requisitos previstos no art. 4º-B da Lei 6.019/1974.
- (4) A terceirização será **ilícita** quando um ex-empregado do contratante passar a prestar serviços para o mesmo empregador na qualidade de terceirizado antes do decurso do prazo mínimo de dezoito meses, contados a partir da rescisão, o que inclui o prazo do aviso prévio, trabalhado ou indenizado (OJ 82 da SDI-1) – art. 5º-D da Lei 6.019/1974 (incluído pela Lei 13.467/2017).
- (5) A terceirização será **ilícita** quando o contrato de terceirização, firmado entre a empresa prestadora de serviços a terceiros e o contratante, não atender aos requisitos previstos nos incisos do art. 5º-B da CLT.
- (6) A terceirização será **ilícita** quando a empresa prestadora de serviços a terceiros tiver como titulares ou sócios trabalhadores que tenham

laborado, nos últimos dezoito meses, a contar do firmamento do contrato de terceirização, na qualidade de empregado ou trabalhador autônomo, para o contratante, salvo se já estiverem aposentados.

Diante da terceirização ilícita, a reclamação deve ser dirigida contra o contratante, com pedido de reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com ele.



Logo, o trabalhador terceirizado, sendo decretada ilícita a terceirização, terá direito ao reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o contratante, com registro em carteira de trabalho, e ao pagamento das diferenças salariais e de todas as verbas garantidas aos seus empregados.

Digamos que o empregado de uma empresa prestadora de serviços a terceiros, que presta serviços a uma instituição financeira, obtenha êxito na Justiça do Trabalho e tenha o vínculo empregatício reconhecido diretamente com o banco, em face de ilicitude na terceirização (era fiscalizado diretamente pelo gerente do banco, que lhe dava ordens). Esse empregado, com o trânsito em julgado da sentença, torna-se, com efeitos *ex tunc*, para todos os fins, bancário, fazendo jus à jornada especial prevista no art. 224 da CLT e a todos os direitos consagrados na convenção coletiva de trabalho dos bancários.

Nunca é demais lembrar que o reconhecimento do vínculo empregatício jamais ocorrerá no caso de ser, o tomador de serviços, um órgão público da administração direta ou indireta – inteligência do art. 37, II e § 2º, da CF.

Os advogados dos trabalhadores, no caso de terceirização ilícita, preferem ajuizar reclamação apenas contra o contratante. Mas é possível, caso o profissional entenda conveniente, a propositura de reclamação contra os dois (contratante e empresa prestadora de serviços a terceiros), com o pedido de **responsabilidade solidária**, permanecendo, entretanto, o pleito principal de

estabelecimento do vínculo empregatício diretamente com o contratante. A responsabilidade solidária estará amparada pelo art. 942, *in fine*, do CCB (quando um dano é causado por mais de um agente, eles responderão solidariamente pela reparação).

Mesmo optando, o advogado do reclamante, em ajuizar reclamação tão somente contra o contratante, pleiteando o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com ele, a empresa prestadora de serviços a terceiros, na qualidade de **terceiro interessado**, tem a faculdade de ingressar no processo, como **assistente litisconsorcial** do réu. Basta o seu advogado se habilitar nos autos, citando, preliminarmente, na contestação, os arts. 119 e 124 do CPC.

Segundo o art. 119 do CPC, pendendo causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas **poderá** intervir no processo para assisti-la. A assistência é admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição (parágrafo único do art. 119 do CPC).

A empresa prestadora de serviços a terceiros, numa demanda envolvendo trabalhador terceirizado e contratante, é, insofismavelmente, um terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável ao réu, pois, do contrário, poderá ser réu em futura ação regressiva a ser ajuizada pelo tomador na Justiça Comum. Sendo assim, poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do contratante, já que sentença tem sim o condão de influir na relação jurídica mantida entre ele e o adversário do assistido (art. 124 do CPC).

O requerimento de intervenção do terceiro interessado será apreciado pelo juiz depois da manifestação das partes, que podem impugnar o pedido (art. 120 do CPC). A decisão que deferir ou indeferir a intervenção tem natureza interlocutória, não desafiando, por conseguinte, recurso de imediato (§ 1º do art. 893 da CLT e § 1º do art. 1º da IN 39/2016 do TST).

Os precedentes jurisprudenciais dos tribunais do trabalho, inclusive do TST, demonstram total intolerância ao uso de cooperativas como prestadoras de serviços a terceiros. A Lei 6.019/1974 terminou ratificando o

entendimento, vedando, implicitamente, a atuação de cooperativas como “fornecedoras de mão de obra terceirizada” – art. 4º-A da referida Lei.

3ª Situação: Terceirização ilícita envolvendo órgãos públicos

Quando o contratante for um órgão público da administração direta ou indireta, o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício com ele, no caso de terceirização ilícita, é juridicamente impossível, restando ao reclamante propor reclamação na forma clássica, ou seja, pedindo a responsabilização subsidiária do contratante. A conclusão deriva do art. 37, inciso II e § 2º, da CF.

A reclamação, nesse caso, deve ser dirigida contra a empresa prestadora de serviços a terceiros (responsável principal) e contra o órgão público (contratante).

Quando falo em órgão público, me dirijo aos entes da administração direta (União, Estados, Município e DF) e da administração indireta (autarquias, fundações públicas, consórcios públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Na reclamação envolvendo terceirização ilícita em órgão público, apesar de o reconhecimento direto do vínculo empregatício ser juridicamente impossível, o advogado do trabalhador deve requerer a isonomia salarial entre o terceirizado (seu cliente) e os servidores/empregados públicos (servidores celetistas) que desempenhavam a mesma atividade, à luz da OJ 383 da SDI-1, *verbis*:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. Art. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Observem que **a isonomia é ampla**, alcançando as verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas aos servidores/empregados públicos. Digamos que o juiz se convenceu de uma terceirização ilícita entre determinada empresa e um banco público (empresa pública ou sociedade de economia mista). O trabalhador terceirizado não será reconhecido como bancário, pois não há possibilidade de constituição de vínculo empregatício entre ele e o tomador (banco público), mas fará jus a todas as verbas trabalhistas de um bancário daquela instituição pública, abarcando a incidência do art. 224 da CLT, da convenção coletiva de trabalho, do acordo coletivo de trabalho e das vantagens previstas no regulamento interno do contratante.

Quanto à responsabilidade subsidiária do órgão público, já estudamos que o pedido continua juridicamente possível, mas a procedência fica condicionada à comprovação de sua participação culposa para a inadimplência.

Observem que a Justiça do Trabalho pode condenar o ente público subsidiariamente, quando contratante, desde que fique constatada a sua culpa no cumprimento da Lei 8.666/1993, especialmente na fiscalização sobre a empresa prestadora de serviços a terceiros.

4ª Situação: Terceirização no caso de Trabalho Temporário

Caso não haja ilicitude no trabalho temporário, a reclamação poderá ser ajuizada em face da Empresa de Trabalho Temporário (responsável principal) e do tomador (responsável subsidiário, nos termos do § 7º do art. 10 da Lei 6.019/1974), lembrando que se trata de litisconsorte passivo facultativo, mas para o tomador ser executado é preciso que ele tenha participado do processo de conhecimento e conste da sentença, na qualidade de condenado.

No caso de trabalho temporário ilícito, o vínculo empregatício poderá ser reconhecido diretamente com o tomador.

O trabalho temporário é regulado pela Lei 6.019/1974, legislação que também cuida da terceirização propriamente dita. O trabalho temporário é uma *espécie de terceirização*, envolvendo a ETT (Empresa de Trabalho Temporário), o Tomador e o Trabalhador Temporário.

A Lei prevê, para fins de duração do contrato temporário, o prazo máximo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não, admitindo-se a prorrogação por até noventa dias, consecutivos ou não, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram – §§ 1º e 2º do art. 10 da Lei 6.019/1974.

A Lei 13.429/2017 incluiu o § 5º ao art. 10 da Lei 6.019/1974, criando um tipo de carência. O trabalhador temporário que cumprir o período máximo estipulado (cento e oitenta dias + noventa dias de prorrogação), somente poderá ser colocado à disposição do **mesmo tomador**, na qualidade de trabalhador temporário, depois de no mínimo noventa dias do término do contrato anterior. **Se a carência não for respeitada, o vínculo empregatício será reconhecido diretamente com o tomador** – § 6º do art. 10 da Lei 6.019/1974.

É vedada a contratação por experiência (art. 445 da CLT) de trabalhador temporário, nos termos do § 4º do art. 10 da Lei 6.019/1974.

Já dizia, nas edições anteriores desta obra, que o trabalho temporário pode ser usado em atividade-fim ou em atividade-meio do tomador. O § 3º do art. 9º da Lei 6.019/1974, incluído pela Lei 13.429/2017, apenas ratificou o entendimento.

A contratação temporária, nos termos do art. 2º da Lei 6.019/1974, só pode ocorrer em duas situações:

- Em caso de necessidade de substituição transitória de pessoal permanente.
- Em caso de demanda complementar de serviços.

Nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 6.019/1974, é proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos na Lei 7.783/1989.

Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal – § 2º do art. 2º da Lei 6.019/1974.

Os requisitos para o funcionamento da Empresa de Trabalho Temporário

estão previstos no art. 6º da Lei 6.019/1974, devendo, o contrato firmado com o tomador, conter todos os dados previstos no art. 9º da citada Lei.

Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário – parágrafo único do art. 11 da Lei 6.019/1974.

Vale ressaltar que o trabalhador temporário tem direito à mesma remuneração paga pelo tomador ao empregado que executar atividade similar (isonomia salarial), como prevê a alínea a do art. 12 da Lei 6.019/1974.

A responsabilidade indireta do tomador é **subsidiária**, nos termos do § 7º do art. 10 da Lei 6.019/1974. A norma foi incluída pela Lei 13.429/2017, que revogou tacitamente o art. 16 da Lei 6.019/1974 (previa a responsabilidade solidária).

Já criticávamos a dubiedade do art. 16 da Lei 6.019/1974 nas edições anteriores deste *Manual*, conforme pode ser visto no trecho abaixo transcrito:

Apesar de estipular a responsabilidade “solidária”, a referida norma “condiciona a responsabilidade do tomador à falência do fornecedor”. Ora, na solidariedade não há condição. Se existir condição, a responsabilidade não pode ser considerada solidária. Apesar de o corpo do art. 16 da Lei 6.019/1974 se encontrar tatuado pela “responsabilidade solidária”, sua alma tem aura de típica responsabilidade subsidiária, tatuada que está pelo benefício de ordem (insolvência da empresa de trabalho temporário).

2.2.4.1. A Terceirização depois das decisões do STF

Duas decisões do STF foram exaradas em 2018, todas sobre terceirização, fruto do julgamento de três ações. São elas:

- 1) Decisão proferida no dia 30/08/2018 na ADPF 324 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e no RE 958.252, cujas petições iniciais foram protocoladas nos dias 25/08/2014 e 22/03/2016, respectivamente, tratando da inconstitucionalidade da

Súmula 331 do TST (vedação à terceirização em atividade-fim).

- 2) Decisão proferida no dia 11/10/2018 no ARE 791932, cuja petição inicial foi protocolada no dia 10/01/2014, tratando da constitucionalidade da terceirização de atividade de call center nas empresas de telefonia, sendo certo que, no dia 26/09/2014, em decisão monocrática, o ministro Teori Zavascki determinou o “sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral no presente caso, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas”.

No momento em que estou escrevendo essas linhas, as decisões do STF ainda não foram publicadas, e, conseqüentemente, não transitaram em julgado. De outra banda, as decisões foram prolatadas sem modulação dos seus efeitos, omissão esta que provavelmente será atacada por embargos de declaração.

O meu propósito, no momento, é antecipar os efeitos das decisões, quer na chamada relativização da coisa julgada, quer na própria modulação (*ex nunc* ou *ex tunc*), já que o STF, conforme já relatado, infelizmente, até o momento, não modulou os seus impactos, quando poderia, à luz do art. 27 da Lei 9.868/1999.

Vamos à luta.

A) Inexigibilidade do título executivo

A relativização da coisa julgada, tratada com exclusividade no item 17.8 da Parte 2 desta obra, tem os seus efeitos insculpidos no § 5º do art. 884 da CLT e também nos §§ 12 e 14 do art. 525 do CPC.

O título executivo judicial (decisão judicial), baseado em lei ou ato normativo **já declarados** inconstitucionais pelo STF, tornar-se-á **inexigível**, podendo ser impugnado pelo executado (via impugnação aos cálculos, exceção de pré-executividade ou embargos à execução, a depender do estágio do processo executório, assim como também por ação rescisória). Observem que a premissa da “inexigibilidade” do título executivo está no fato de **a decisão do STF ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão**

exequenda. Eis onde reside todo o brilho do § 14 do art. 525 do CPC, *verbis*: “A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser **anterior** ao trânsito em julgado da decisão exequenda”.

Destarte, para que o título executivo judicial se torne **inexigível** é preciso que o STF tenha declarado a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo **antes** do trânsito em julgado da decisão impugnável, ou seja, **antes do início da exigibilidade do título executivo**. Assim sendo, uma vez fulminada a norma pelo STF, antes de a decisão, baseada naquela norma, transitar em julgado, o título executivo brotará natimorto, tornando, futuramente, a coisa julgada inexigível, exatamente por se encontrar lastreada em preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF.

No caso da terceirização, temos duas situações. A primeira diz respeito à **inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST (*)**, declarada nas decisões dos processos ADPF 324 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e RE 958.252 (Recurso Extraordinário). A segunda trata da **constitucionalidade da terceirização de atividade de call center em empresas de telefonia (**)**, declarada na decisão do processo ARE 791932.

(*) Primeira Situação

O STF declarou inconstitucional a Súmula 331 do TST, tornando, com isso, inexigível, a partir do trânsito em julgado de sua decisão, todo e qualquer título executivo judicial que surja **depois daquela data**, e que tenha por objeto a ilicitude da terceirização em atividade-fim do contratante (antigo tomador).

As decisões proferidas pelos órgãos da Justiça do Trabalho, que já transitaram em julgado **antes da publicação da decisão do STF, não serão afetadas** pela declaração de inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST, permanecendo intacta a exigibilidade dos títulos executivos judiciais, a uma pela incidência da Súmula 343 do STF, a duas pela aplicação do precedente do STF nascido no julgamento do RE 590.809, a três por respeito à coisa julgada e à segurança jurídica.

O advogado do executado, constatando que a decisão da Justiça do Trabalho transitou em julgado depois do trânsito em julgado da decisão do

STF, terá duas opções. Poderá ajuizar ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 966 do CPC, ou poderá “impugnar” a decisão, mediante impugnação aos cálculos, exceção de pré-executividade ou embargos à execução, a depender do estágio processual, alegando exatamente a sua inexigibilidade (art. 525, § 12 e art. 884, § 5º, da CLT).

Já o advogado do exequente deve observar se a decisão do STF transitou em julgado **depois** do trânsito em julgado da decisão favorável ao seu cliente, que tenha considerado ilícita a terceirização em atividade-fim, pois, nesse caso, **o título executivo continuará exigível**, visto que foi gerado, desenvolvido e concebido sob a proteção da pureza reluzente de uma norma inequivocamente constitucional, quando da época de sua incidência. O título executivo, por conseguinte, não poderá ser considerado inexigível. Tal conclusão repele de imediato a aplicação do § 5º do art. 884 da CLT e dos §§ 12 e 14 do art. 525 do CPC, condicionada que está ao fato de a decretação da inconstitucionalidade da norma pelo STF preceder a exigibilidade do título.

O “busílis” (ponto fundamental) da questão reside no maquiavélico § 15 do art. 525 do CPC, que **não dispõe sobre a inexigibilidade do título executivo judicial**, já que, de forma surreal, “almeja” tornar rescindível a coisa julgada que brotou antes da declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que lhe serviu de fundamento, ameaçando, com isso, o inciso XXXVI do art. 5º da CF. E não é só isso. A referida norma, como se a iniquidade não possuísse limites, ainda lança mão de um *dies a quo* exclusivo para o ajuizamento da ação rescisória, transferindo-o do trânsito em julgado da decisão rescindenda, para o trânsito em julgado da decisão do STF.

Sobre o tema, eis a lição do iluminado pensador Luiz Guilherme Marinoni, que, com autoridade inatacável, decreta:

Tudo isso significa que os juízes e tribunais não devem aplicar o § 15 do art. 525 do CPC/2015, dada a sua inescandível e insuperável inconstitucionalidade. Aliás, como será visto a seguir, o STF recentemente declarou a impossibilidade de ação rescisória baseada em ulterior precedente da sua lavra exatamente sob o fundamento de que isso configuraria violação da garantia constitucional da coisa

julgada material. (A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA DIANTE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: IMPUGNAÇÃO, RESCISÓRIA E MODULAÇÃO DE EFEITOS – texto completo disponível no link: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-c%C3%B3pia-de-A_INTANGIBILIDADE_DA_COISA_JULGADA_DIANT.pdf).

A decisão do STF, citada pelo mestre Marinoni, diz respeito ao RE 590.809 (Plenário), publicada no dia 22.10.2014, tendo como relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, que cita, como um dos seus fundamentos, a Súmula 343 do STF, que diz que “*não cabe ação rescisória por ofensa a literal à disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”. Com o citado *decisum*, de repercussão geral, restou superada a tese anterior, presente no julgamento do RE 328.812, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008. Em resumo, o STF entende que: (1) A declaração de inconstitucionalidade **ulterior** ao trânsito em julgado da decisão, **não pode servir de fundamento para a ação rescisória**; (2) A Súmula 343 do STF é aplicável em ação rescisória fundada em violação de norma constitucional, de modo que, **quando há divergência interpretativa à época da prolação da decisão rescindenda, a ação rescisória não é viável**; (3) A invocação de precedente constitucional **ulterior à formação da coisa julgada**, para o efeito de rescindi-la, é **incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada material**.

() Segunda Situação**

Na decisão do STF no ARE 791932, foi declarada a **constitucionalidade da terceirização de atividade de call center nas empresas de telefonia**. Nesse caso, o STF tinha determinado o sobrestamento de todas as demandas que apresentavam questão idêntica (constitucionalidade ou inconstitucionalidade da terceirização de serviços de call center em empresas de telefonia) **a partir de 26/09/2014**. Esse detalhe diferencia a presente situação da anterior, deixando-me à vontade para dizer que este *decisum* do STF irradiará sobre todas as decisões proferidas a partir de 26/09/2014, inclusive aquelas que transitaram em julgado depois da referida data, cujos títulos se tornaram inexigíveis. Já o título executivo oriundo de coisa julgada

anterior a 26/09/2014 permanece exigível, com todos os seus efeitos, como estudamos na situação anterior.

B) Da modulação da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST

O artigo 27 da lei 9.868/1999 trata da modulação da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF, dispondo que se trata de uma mera “faculdade” do Pretório. Eis o seu inteiro teor: “*Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”. (sem grifos no original)

Importante registrar que a modulação dos efeitos desse tipo de decisão tem por alicerce os **princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade**, citados pelo próprio STF em diversas decisões moduladas, tais como nos Recursos Extraordinários 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626.50.

O mesmo se diga de decisões em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, como, por exemplo, aquela do TST, presente neste *Manual*, sobre a responsabilidade do dono da obra em contrato de empreitada (IRR-190-53.2015.5.03.0090).

Conforme já expus no início da abordagem sobre a terceirização propriamente dita, a Súmula 331 do TST, agora declarada inconstitucional pelo STF, foi, por décadas, a única fonte formal disponível para a análise sobre a licitude ou ilicitude da terceirização em atividade-fim do contratante, em face da anomia legal, ou seja, da incúria dos Poderes Executivo e Legislativo, que deixaram sobre os ombros da Justiça do Trabalho tal definição, visto que a prestação jurisdicional é indeclinável.

Eis a lição de Georges Ripert: “Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito”.

A terceirização, ignorando a lacuna legal, simplesmente chegou e se

instalou na sociedade brasileira. A regulamentação, entretanto, só veio ao mundo no ano de 2017 (Lei 13.429/2017 e Lei 13.467/2017).

Não pode o STF, depois de anos e anos de vácuo legislante, simplesmente desprezar os efeitos pretéritos da Súmula 331 do TST, como se jamais ela tivesse existido. A uma pelo fato de as suas decisões, com as devidas vênias, terem exalado de ações que não possuíam mais objeto, pois as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 já haviam regulamentado a matéria, esvaziando o poder do STF de algo declarar a respeito do tema (“declarou o que a lei já tinha declarado”). A duas pelo fato de o art. 19-C da Lei 6.019/1974, inserido pela Lei 13.429/2017, ter fincado o marco regulatório da terceirização propriamente dita, ao “facultar” a adequação dos contratos aos seus dispositivos, numa clara alusão ao direito adquirido e à irretroatividade da lei.

Finalizo a análise com um trecho do belíssimo artigo da lavra do insigne Procurador Federal Anderson Santos dos Passos:

Ademais, os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade, os quais têm assento constitucional, permitem o afastamento casuístico do princípio da nulidade (que é a regra), num legítimo processo de ponderação de interesses. Neste sentido, afirma Gilmar Ferreira Mendes o seguinte: “Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional importante, manifestado sob a forma de interesse relevante.” Nenhum princípio constitucional tem caráter absoluto. Sempre haverá casos onde a aplicação plena do princípio da nulidade poderá gerar uma situação de inconstitucionalidade muito pior do que aquela criada pela aplicação da lei inconstitucional. Nestas situações, caberá ao Tribunal fazer uma análise ponderada e criteriosa da situação, modulando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, tendo em vista os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles eventualmente sacrificados pela declaração

de inconstitucionalidade. Feito todo esse criterioso processo de ponderação de interesses, pode o STF entender legitimamente que uma norma inconstitucional produza efeitos durante certo lapso temporal, como se constitucional fosse. Tal norma inconstitucional terá como fundamento de validade os princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica, sempre em prol da máxima efetividade da Constituição. (Anderson Santos dos Passos - “A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: A produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro” – No site: www.ambito-juridico.com.br/site/).

C) Da isonomia salarial (equivalência salarial)

Conforme já estudamos, a Lei 13.467/2017 colocou uma pá de cal na discussão sobre a licitude da terceirização em atividade-fim (essencial) do contratante, dando nova redação ao *caput* do art. 5º-A da Lei 6.019/1974: “*Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*”. Sendo assim, qualquer que seja a atividade do contratante, ela poderá ser objeto de terceirização.

A terceirização em atividade-fim já estava prevista para o caso de contrato temporário, pela mesma Lei 6.019/1974, desde o seu nascimento, seja para substituição transitória de empregado permanente, seja para atender demanda complementar de serviços.

Na alínea “a” do art. 12 da Lei 6.019/1974, o legislador, levando em conta o fato de a terceirização temporária ocorrer em atividade-fim do tomador, garantiu a equivalência (isonomia) salarial como um direito do trabalhador temporário (*remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente*). Já o § 1º do art. 4º-C da Lei 6.019/1974, incluído pela Lei 13.467/2017, “apenas” facultou a contratante e contratada a dita equivalência. Como se vê, o legislador passou a tratar de forma diferenciada situações similares, violando, com isso, o princípio da isonomia, esculpido no *caput* do art. 5º da CF.

Ora, se numa terceirização temporária o trabalhador tem direito à isonomia com aquele empregado do tomador que exerce a mesma função, qual a razão capaz de justificar a não incidência da isonomia na terceirização por tempo indeterminado? Nenhuma!

O legislador, por conseguinte, foi infeliz quando redigiu o § 1º do art. 4º-C da Lei 6.019/1974, maculando a norma de flagrante inconstitucionalidade, afinal *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

Diante disso, não temo em dizer que o trabalhador terceirizado, seja temporário ou não, que exercer atividade-fim no contratante (tomador), terá direito potestativo (incondicionado) à isonomia salarial, tomando por base a remuneração dos empregados daquele.

Entendo, por fim, que a equivalência é ampla, abarcando todas as fontes formais, heterônomas (lei, sentença normativa, sentença arbitral coletiva etc.) e autônomas (regulamento interno, convenção coletiva, acordo coletivo etc.).

2.2.5. *No Caso de Sucessão Trabalhista, Contra Quem Vou Ajuizar a Reclamação?*

Os arts. 10 (Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados) e 448 (A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados) da CLT preveem a sucessão trabalhista. Neles encontraremos a regra de que:



A sucessão é corolário natural dos princípios da despersonalização do empregador, da continuidade da relação de emprego e da intangibilidade objetiva do contrato de trabalho.

A relação de emprego é personalíssima quanto ao empregado, como estipula a parte final do art. 2º da CLT. Mas não é *intuitu personae* quanto ao empregador. Em outras palavras, a infungibilidade marca o empregado na relação de emprego, enquanto a fungibilidade acompanha o empregador.

Na relação de emprego, portanto, é possível um empregador ser substituído (sucedido) por outro, sem que isso afete a relação.

O novo empregador, chamado de sucessor trabalhista, assume ativo e passivo trabalhistas, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT. O novo art. 448-A da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017, ratificou a “herança” do sucessor, dizendo, no seu *caput*, o seguinte: “*Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor*”.

A sucessão trabalhista também é conhecida como “sucessão de empregadores” (expressão usada pela Lei 13.467/2017) ou “alteração subjetiva do contrato de trabalho”.

A alteração de um empregador por outro, não afeta a continuidade da relação empregatícia. Eis a sombra do princípio da continuidade da relação de emprego sobre a sucessão. A alteração de um empregador por outro, não fere os direitos adquiridos pelos empregados. As cláusulas contratuais são intangíveis. Eis a incidência do princípio da intangibilidade objetiva do contrato sobre a sucessão.

Ocorrendo sucessão de empregadores, a reclamação deve ser proposta, em regra, apenas contra o sucessor.

Mas o parágrafo único do art. 448-A da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, reza que a empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada **fraude na transferência**. A previsão encontra respaldo também no art. 942 do CCB.

Para a caracterização da sucessão, não precisa que a nova empresa/pessoa aproveite a mão de obra da antiga. Isso é irrelevante. A sucessão tem como pressuposto a “transferência da unidade jurídico-econômica”, por qualquer

meio (doação, fusão, incorporação, arrendamento, compra e venda etc.). Ocorrendo a **transferência**, incidirá a sucessão, sendo fácil detectar quem é o sucedido e quem é o sucessor. Há situações excepcionais, como aquelas previstas na OJ 225 da SDI-1, que serão abordadas mais adiante.

A transferência da “unidade econômica” é o pressuposto da sucessão. Logo, se transferência não existir, também não existirá sucessão.

Digamos que a padaria “A” encerrou as suas atividades e nada pagou aos seus 15 empregados, os quais foram à Justiça do Trabalho, venceram as ações e estão aguardando o desenrolar das execuções. Pois bem. O ponto ocupado pela antiga padaria, uma vez devolvido ao proprietário, passou a exibir placas de “vende-se” e “aluga-se”. Determinado empresário, que nunca teve qualquer ligação com os sócios da padaria “A”, se interessou pelo ponto e o alugou, montando a padaria “B”. Não há que se pensar, no caso, em sucessão trabalhista, pois **jamais ocorreu a transferência da unidade jurídico-econômica de “A” para “B”**. Logo, “B” não pode ser considerado sucessor de “A”. Assim sendo, “B” não pode assumir o passivo trabalhista de “A”.

Esse pressuposto ganhou força com o parágrafo único do art. 448-A da CLT.

A sucessão, como prevê o referido parágrafo único do art. 448-A da CLT, pode estar maculada por fraude, tornando nulo o ato de transferência e gerando a responsabilização solidária das empresas. Seria o caso, por exemplo, de uma **sucessão simulada**, para desonerar o sucedido (a famosa “desova”). A venda “dissimulada” da empresa, com o intuito de livrar o “sucedido” de suas dívidas trabalhistas, é nula de pleno direito – inteligência do art. 9º c/c parágrafo único do art. 448-A da CLT. Nesse caso, o advogado deve requerer que o juiz do trabalho declare a nulidade do negócio jurídico fraudulento, condenando solidariamente “sucedido” e “sucessor”. Para tanto, a reclamação terá que ser dirigida contra as duas empresas.

Certa vez deparei-me com uma reclamação envolvendo um comerciante que tinha comprado um ponto de vendas de camarão. Ele já tinha sido condenado em quatro processos por outro juiz, todos movidos por empregados “herdados” do antigo proprietário do ponto. Lá estava ele, sem

advogado, sentado, aguardando mais uma sentença condenatória. Comecei a conversar com o advogado do reclamante e o reclamado pediu para falar, quando então batemos um papo. Ele disse que tinha adquirido o ponto de um grande comerciante da região e que o reclamante, a exemplo dos demais, já trabalhava para o antigo proprietário há mais de cinco anos, sem carteira assinada e sem receber verbas trabalhistas básicas. Exibiu o recibo da negociação e o reclamante tudo confirmou. Transcrevi o seu relato na ata de audiência e ali mesmo decretei a nulidade da sucessão, pois tinha ocorrido uma “desova”. O antigo proprietário simplesmente repassou o ponto com a certeza da impunidade. Fez isso com a intenção de deixar sobre o colo do adquirente toda a dívida trabalhista. Com a nulidade, determinei a citação do antigo dono, que passou a integrar a lide (art. 942 do CCB), na qualidade de litisconsorte passivo. Fiz isso antes da chegada do parágrafo único do art. 448-A da CLT, tanto assim que este relato consta das edições anteriores desta obra.

O exemplo serve para demonstrar que a sucessão trabalhista existe para “proteger” os trabalhadores, blindando os contratos contra qualquer alteração que venha a ocorrer na empresa. Essa proteção se encontra na presunção de que aquele que compra pode proporcionar maior garantia do que o que vende. Quando essa presunção não se concretiza, mediante a inversão da lógica, a fraude pode ser latente.

A sucessão fraudulenta, além de gerar a nulidade do negócio jurídico, faz nascer, com efeitos *ex tunc*, o que chamo de “grupo econômico do mal”, constituído por empresas/pessoas que se juntam com o objetivo de passar o calote nos empregados.

Considerando que no grupo econômico a solidariedade é dual, ou seja, passiva e ativa, determinei, no caso acima exemplificado, a inclusão do antigo proprietário nos processos já sentenciados, providência que rapidamente redundou em bons acordos e na extinção das execuções (interpretação histórica do cancelamento da antiga Súmula 205 do TST). Esse exemplo consta das edições anteriores do nosso *Manual*, demonstrando o quão visionário ele era.

Há situações em que não ocorre a sucessão trabalhista, ou seja, o “novo

empregador” ou “adquirente” não assume as dívidas trabalhistas do antigo empregador. São elas:

- 1) Aquisição da massa falida em hasta pública – Lei 11.101/2005, art. 141, II.
- 2) Aquisição da empresa em recuperação judicial – Lei 11.101/2005, art. 60, parágrafo único (posição do STF).
- 3) Desmembramento de municípios e estados – OJ 92 da SDI-1.
- 4) Vínculo doméstico de emprego – art. 7º, *a*, da CLT.
- 5) Concessão de serviços públicos no caso previsto no item II da OJ 225 da SDI-1.

A Lei 11.101/2005, no seu art. 141, II, prevê que não ocorrerá sucessão quando da venda, em hasta pública, no todo ou em parte, da massa falida. Eis uma exceção ao princípio protetivo. Sem sucessão, os créditos trabalhistas ficarão limitados ao que for arrecadado pelo juízo universal. É comum, inclusive, a imposição de um deságio naquele juízo, fazendo o crédito trabalhista despencar 30%, 40%, 50% etc. O arrematante da massa, portanto, não é considerado sucessor, **salvo** se for sócio da sociedade falida ou de sociedade controlada pelo falido, ou se for parente, em linha reta ou colateral, até o quarto grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida, ou se for identificado como agente do falido, com o objetivo de fraudar a sucessão – o velho e conhecido “laranja” – ressalvas previstas no § 1º do art. 141 da Lei 11.101/2005.

A Lei 11.101/2005, art. 60, parágrafo único, também livra o arrematante, em hasta pública, de empresa em recuperação judicial, das dívidas trabalhistas (posição do STF), **salvo** se for sócio da sociedade falida ou de sociedade controlada pelo falido, ou se for parente, em linha reta ou colateral, até o quarto grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida, ou se for identificado como agente do falido, com o objetivo de fraudar a sucessão (“laranja”), mesmas ressalvas do § 1º do art. 141 da Lei 11.101/2005.

Na OJ 92 da SDI-1 o TST é enfático ao afirmar que não ocorre sucessão

trabalhista no desmembramento de municípios (emancipação política de municípios). Digamos que um servidor “celetista” trabalhe em determinado órgão público municipal e ocorra a emancipação política do bairro no qual se localiza o referido órgão, passando, então, o servidor a trabalhar para o novo município. Caso deseje buscar, na Justiça do Trabalho, o pagamento de verbas sonegadas antes do desmembramento, deverá direcionar a reclamação em desfavor do município desmembrado, pois o novo município não é considerado sucessor trabalhista.

Mesmo como todas as conquistas dos últimos anos, a categoria doméstica continua alijada da incidência dos arts. 10 e 448 da CLT, por conta do art. 7º, *a*, da CLT. A CLT, por conseguinte, continua sendo aplicada apenas de forma subsidiária ao empregado doméstico, desde que seja compatível com a natureza do liame (art. 19 da LC 150/2015).

Quando ocorrer contrato de concessão de serviço público em que uma empresa (primeira concessionária) outorgar a outra (segunda concessionária), no todo ou em parte, bens de sua propriedade, tem grande relevância saber se os contratos de trabalho da primeira foram ou não rescindidos antes da transação. Se não, a segunda concessionária será considerada sucessora, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira (item I da OJ 225 da SDI-1). Entretanto, se os contratos já tiverem sido extintos antes da vigência da nova concessão, a responsabilidade atingirá apenas a primeira concessionária, ou seja, não ocorrerá sucessão trabalhista (item II da OJ 225 da SDI-1).

Esse mesmo entendimento, pertinente ao aproveitamento da mão de obra, como requisito *sine qua non* para a ocorrência da sucessão, se aplica aos cartórios, que não deixam de ser uma concessão (sentido *lato*) de serviço público.

A Lei 13.467/2017 incluiu o art. 10-A na CLT, tratando da responsabilidade do “sócio retirante”. Apesar de a previsão mais interessar à descon sideração da personalidade jurídica e seus efeitos, ela também tem relevância para o caso de sucessão, pois a descon sideração pode ser feita logo no ajuizamento da reclamação, quando o advogado do reclamante incluirá no polo passivo a empresa e os sócios, à luz do que dispõe o § 2º do art. 134 do

CPC, aplicável ao processo do trabalho, por conta da previsão contida no art. 855-A da CLT.

O sócio retirante responde **subsidiariamente** pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas **ao período em que figurou como sócio**, somente em ações ajuizadas **até dois anos depois de averbada a modificação do contrato** (art. 10-A da CLT).

A partir daí, podemos dizer o seguinte:

- a) O ex-sócio não responderá solidariamente, mas subsidiariamente, ou seja, tem direito ao benefício de ordem. Na verdade, ele tem direito ao que chamo de **duplo benefício de ordem**, pois, nos termos dos incisos do art. 10-A da CLT, a responsabilidade principal é da empresa, seguida da responsabilidade subsidiária dos sócios atuais, e, só depois disso, é que incide a responsabilidade subsidiária do sócio retirante.
- b) O ex-sócio só responderá subsidiariamente se a reclamação trabalhista for ajuizada dentro de dois anos, a partir do registro de sua saída no contrato social da empresa. Esse limite já estava previsto no Código Civil – parágrafo único do art. 1.003 do CCB, art. 1.032 do CCB e § 3º do art. 1.091 do CCB.
- c) O ex-sócio só responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio.

2.2.6. No Caso de Emprego de Empreiteira, Contra Quem Vou Ajuizar Reclamação?

O contrato de empreitada está previsto no Código Civil (arts. 610 a 626), tendo como objeto a realização de uma obra, nos interessando, neste momento, o contrato de empreitada em construção civil. Pois bem. A pergunta, quanto à formação do polo passivo da reclamação trabalhista, tem hoje quatro respostas possíveis, que são:

- 1) A reclamação será ajuizada em face do empreiteiro e do dono da

obra, sendo este o responsável subsidiário, no caso de contrato de empreitada firmado **após 11/05/2017**.

- 2) A reclamação será ajuizada em face do empreiteiro e do dono da obra, sendo este o responsável subsidiário, no caso de contrato de empreitada firmado **até 11/05/2017**, desde que o dono da obra seja um construtor ou um incorporador.
- 3) A reclamação será ajuizada apenas em face do empreiteiro, no caso de contrato de empreitada firmado **até 11/05/2017**, quando o dono da obra não for um construtor ou um incorporador.
- 4) A reclamação será ajuizada apenas em face do empreiteiro, no caso de o dono da obra ser um ente público, da Administração direta ou indireta, **independentemente da data** do firmamento do contrato de empreitada.

Vamos exemplificar.

Digamos que João, dentista autônomo, possua um terreno numa praia e deseje construir uma casa de veraneio, para curtir o verão com a sua família. Para a edificação, João contrata um empreiteiro. Este, contando com a ajuda de um mestre de obras e dois serventes, conclui a construção e recebe o valor pactuado. O mestre de obras e os serventes, que trabalharam para o empreiteiro, nada receberam deste, e pretendem ingressar com ação na Justiça do Trabalho. O que irá definir o polo passivo das reclamações será a **data do firmamento do contrato de empreitada**. Caso tenha sido firmado **até 11/05/2017**, João, na qualidade de dono da obra, não responderá pela dívida trabalhista do empreiteiro, por conta da previsão contida na OJ 191 da SDI-1 (João não é construtor ou incorporador). Porém, se o pacto de empreitada tiver sido firmado **após 11/05/2017**, João poderá responder subsidiariamente, por culpa *in eligendo*, tornando-se, por conseguinte, parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Até o dia **11/05/2017**, aplicávamos, sem medo, a OJ 191 da SDI-1, ora transcrita:

CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da

inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Observem que a OJ 191 da SDI-1 parte da regra da não responsabilização do dono da obra. A presunção, por conseguinte, é a de que o dono da obra não responderá, nem subsidiária, nem solidariamente. No final de sua redação, a OJ 191 da SDI-1 faz duas ressalvas à regra.

A primeira diz respeito à natureza jurídica do dono da obra. Sendo este uma empresa de construção civil (construtora, empreiteira), responderá, juntamente com o empreiteiro, pelas verbas devidas aos seus trabalhadores. Para o TST, quando uma construtora contrata um empreiteiro, na realidade está subempreitando a obra, como se o empreiteiro principal fosse o próprio dono da obra. A OJ 191 da SDI-1, no caso, traz à baila a previsão contida no art. 455 da CLT, que dispõe sobre a responsabilidade do empreiteiro principal em contrato de subempreitada, *verbis*:

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

A segunda exceção alcança a atuação do dono da obra como “incorporador”. Atuar como “incorporador” é construir para vender, alugar, arrendar, ou seja, construir com o escopo de obter lucro direto com a obra. Agindo como “incorporador”, o dono da obra responderá indiretamente pelas verbas devidas pelo empreiteiro aos seus empregados.

No exemplo elaborado anteriormente, eu poderia modificar um aspecto da narrativa, dizendo que João, dentista autônomo, dono do terreno, contratou um empreiteiro para construir quatro chalés para venda e aluguel durante a alta estação. Se assim fosse, o dono da obra, ou seja, João, responderia, juntamente com o empreiteiro, pois estaria atuando como verdadeiro

incorporador.

Faltava unanimidade quanto à natureza da responsabilidade indireta do dono da obra, existindo decisões que conferiam responsabilidade subsidiária e decisões que fixavam a responsabilidade solidária. No julgamento do IRR-190-53.2015.5.03.0090, em junho de 2017, o TST acolheu a tese de **responsabilidade subsidiária**, fulminando a corrente que defendia a solidariedade.

Sempre entendi pela responsabilidade subsidiária, em todas as edições dos meus livros, ante a ausência de previsão legal em sentido contrário. A solidariedade, segundo o Código Civil, não deve ser presumida, derivando da lei ou da vontade das partes, conforme art. 265 do CCB. A redação do art. 455 da CLT, que se aplica à primeira exceção (quando o dono da obra também for uma construtora), aparentemente prevê uma típica responsabilidade solidária, já que não condiciona, em momento algum, a possibilidade de o trabalhador acionar o “empreiteiro principal” na Justiça do Trabalho. Porém, a redação não é explícita quanto à solidariedade.

A OJ 191 da SDI-1 deixou de ser um precedente absoluto, a partir da decisão do TST em incidente de recurso de revista repetitivo (IRR-190-53.2015.5.03.0090), especificamente quando do julgamento de ED, que modulou os seus efeitos, levando em conta a data do contrato de empreitada (a data da modulação é a de 11/05/2017).

O TST está apenas aguardando o trânsito em julgado da decisão para alterar a redação da OJ 191 da SDI-1, já que se trata de julgamento de **incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**, previsto nos arts. 976 a 987 do CPC (compatível com o Recurso de Revista, como dispõem os arts. 896-B e 896-C da CLT).

O referido incidente foi gerado pela Súmula 42 do TRT da 3ª Região (MG) – fulminada pela decisão –, que sempre interpretou a OJ 191 da SDI-1 do TST no sentido de apenas isentar, de responsabilidade solidária ou subsidiária trabalhista, a pessoa física ou micro e pequenas empresas, e, desde que, a sua atividade econômica não estivesse vinculada ao objeto contratado. Em junho de 2016, o recurso de revista, originalmente distribuído à Sexta

Turma do TST, **foi afetado à SDI-1** para ser examinado sob a sistemática dos **recursos repetitivos**. As teses jurídicas firmadas no incidente, portanto, são dotadas de efeito vinculante e serão aplicadas **a todos os demais processos que tratarem da mesma questão jurídica**.

Das quatro teses jurídicas aprovadas no julgamento do incidente de recurso de revista repetitivo (**IRR-190-53.2015.5.03.00900 TST**), a quarta (IV) representa a grande novidade:

(IV) Exceto ente público da Administração direta e indireta, se houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do artigo 455 da CLT e culpa in eligendo, exclusivamente quanto aos contratos de empreitada celebrados após 11 de maio de 2017.

Esse item IV da decisão do TST é o que representa a **NOVIDADE**, alargando o patamar da responsabilidade do dono da obra, mediante a exclusão da OJ 191 da SDI-1 sobre os contratos de empreitada firmados **depois de 11/05/2017**.

Para facilitar, vou “destrinchar” a tese IV:

- Os entes públicos, da Administração direta e indireta, não respondem, nem solidária, nem subsidiariamente, quando figurarem como dono da obra em contrato de empreitada.
- No caso de inadimplemento do empreiteiro que não conta com idoneidade econômico-financeira, o dono da obra (salvo os entes públicos) responderá subsidiariamente, tornando-se irrelevante a sua natureza ou seu ramo de atividade, sendo a sua culpa presumida (culpa *in eligendo*), ou seja, caberá ao dono da obra provar que o empreiteiro, à época da contratação, gozava de idoneidade econômico-financeira.

Sendo assim, para os contratos de empreitada firmados depois de 11/05/2017, o **dono da obra** (seja pessoa física ou jurídica; sendo jurídica: indústria, usina, transportadora; empresa comercial; empresa prestadora de

serviços; associação; entidade sem fins lucrativos; entidade filantrópica; cooperativa etc.) **responderá subsidiariamente**, bastando, para tanto, a constatação **da mera inadimplência do empreiteiro**, pois a sua responsabilidade está sombreada por presunção de culpa (*in eligendo*), devendo, pois, o advogado do empregado/trabalhador do empreiteiro ajuizar reclamação em desfavor deste e do dono da obra, citando, na causa de pedir, a decisão exarada no **IRR-190-53.2015.5.03.0090**.

Resumindo:

- **Para os contratos de empreitada firmados até 11/05/2017**, a regra da não responsabilização do dono da obra, em relação às verbas trabalhistas devidas pelo empreiteiro aos seus empregados/trabalhadores, consagrada na OJ 191 da SDI-1, continua a incidir, sendo certo que o dono da obra só responderá subsidiariamente se estiver enquadrado em uma das duas exceções (se for uma construtora ou uma incorporadora).
- **Para os contratos de empreitada firmados após 11/05/2017**, a regra passa a ser a de responsabilização subsidiária do dono da obra, mediante a aplicação da culpa presumida *in eligendo*, sendo dele o ônus da prova de tentar convencer o juiz de que, no ato da contratação do empreiteiro, este gozava de idoneidade econômico-financeira.

Com relação aos entes públicos, o TST pacificou a tese de não responsabilização, mesmo considerando a dificuldade do seu enquadramento em uma das exceções previstas na OJ 191 da SDI-1, sendo certo que a exclusão do ente público não sofreu modulação, retroagindo para atingir todos os processos similares ainda não sombreados por decisão transitada em julgado.

Pois bem.

Até agora discutimos verbas trabalhistas devidas pelo empreiteiro aos seus empregados/trabalhadores e a possibilidade de o dono da obra responder subsidiariamente. No caso de responsabilidade civil, no entanto, já havia decisões no sentido de aplicar o art. 942 do Código Civil.

O TST (RR - 819-20.2012.5.12.0013) reformou acórdão de TRT que tinha aplicado friamente a OJ 191 da SDI-1 no julgamento de reclamação trabalhista envolvendo “dano reflexo” (ou “dano por ricochete”), em face do falecimento de um empregado de uma empreiteira. O pedreiro, no caso em comento, morreu ao cair do terceiro andar de um prédio em construção. O juiz do trabalho condenou o dono da obra e a empreiteira, rejeitando a incidência da OJ 191 da SDI-1. O TRT reformou a sentença, aplicando a OJ 191 da SDI-1, fundamentando que o dono da obra não era uma empresa de construção civil, nem tampouco estava atuando como incorporador. Os reclamantes (herdeiros do trabalhador falecido) recorreram ao TST, o qual, por sua vez, reformou o acórdão do TRT. O relator do recurso, ministro João Oreste Dalazen, citou as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho (NR-5.48 e NR-9.6.1) da Portaria 3.214/1978, que impõem ao dono da obra (contratante) e às empreiteiras (contratados) *“a adoção, de forma integrada, de medidas de prevenção de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, e a execução de ações visando à proteção em relação aos riscos ambientais”*. O TST finalizou demonstrando que a culpa (negligência) não foi apenas da empreiteira, mas também do dono da obra, os quais desprezaram os procedimentos de segurança, principalmente quanto à utilização de equipamentos de proteção individual, especificamente o cinto de segurança. Para o ministro relator, *“A diretriz da OJ 191 da SDI-1 não é aplicável ao caso, pois se dirige às obrigações meramente trabalhistas contraídas pelo empreiteiro”*, acrescentando que: *“há consenso quanto à inaplicabilidade da referida OJ em hipóteses idênticas, em que se discute a responsabilidade civil do dono da obra em relação aos acidentes de trabalho ocorridos em decorrência do contrato de empreitada”*.

O TST, na referida decisão (RR - 819-20.2012.5.12.0013), usou o magnífico **art. 942 do Código Civil**, que tanto cito aqui nesta obra, exatamente para alicerçar a responsabilidade solidária do dono da obra e da empreiteira, em conjunto, claro, com os arts. 186 e 927 do Código Civil.

Sendo assim, no que diz respeito à **responsabilidade civil no sentido estrito**, a OJ 191 da SDI-1 já tinha o seu impacto mitigado, levando em conta, principalmente, a culpa *“in vigilando”*.

Eis a ementa em sua íntegra:

PROCESSO Nº TST-RR-819-20.2012.5.12.0013. ACÓRDÃO. 4ª Turma. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DONO DA OBRA. ACIDENTE DE TRABALHO. FALECIMENTO DE EMPREGADO CONTRATADO POR EMPREITEIRA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SDI-1 DO TST. INAPLICABILIDADE.

1. Nas ações acidentárias não se postulam simplesmente parcelas contratuais não adimplidas, e sim indenização por dano moral e/ou material decorrente de infortúnio que, nos casos de contrato de empreitada, em regra, ocorre nas dependências da dona da obra, igualmente responsável em relação à prevenção de acidentes e doenças ocupacionais.

2. Se o dono da obra concorreu para o infortúnio, no que não impediu a prestação de labor sem a observância das normas de higiene e segurança do trabalho, a cargo do empregador, incide a responsabilidade solidária inserta no art. 942, caput, do Código Civil de 2002. Precedentes da SDI-1 do TST.

3. Agravo de instrumento dos Reclamantes conhecido e provido. Recurso de revista dos Reclamantes de que se conhece e a que se dá provimento.

2.2.7. Existindo um Grupo Econômico, Isso Afeta a Reclamação?

A Lei 13.467/2017 conferiu nova redação ao § 2º do art. 2º da CLT, passando a consagrar o grupo econômico vertical e o grupo econômico horizontal. Ambos já estavam previstos no Estatuto do Trabalhador Rural – art. 3º, § 2º, da Lei 5.889/1973. A CLT, no entanto, só previa o “grupo clássico” (vertical), marcado pela presença de uma empresa que comanda, dirige e fiscaliza as demais. Eis o § 2º do art. 2º da CLT em sua íntegra: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua

autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”.

No grupo econômico vertical (grupo por subordinação), as empresas estão sob a direção, controle ou administração de uma delas (“empresa mãe”; “empresa líder”; *holding*).

No grupo econômico horizontal (grupo por coordenação), cada empresa preserva a sua autonomia, não existindo uma “empresa controladora”.

Para o advogado do reclamante, seja qual for o tipo de grupo econômico, o importante é saber que todas as empresas que o integram responderão solidariamente pelas verbas decorrentes do contrato de trabalho firmado por uma delas (solidariedade passiva), à luz do § 2º do art. 2º da CLT.

Ao contrário da terceirização e da relação de empreitada, no grupo econômico a jurisprudência trabalhista admite que a execução se volte contra empresas que não tenham participado da fase de conhecimento, desde que elas integrem o mesmo grupo da empresa condenada. O cancelamento da Súmula 205 do TST expressa bem o entendimento. Essa posição deriva da ampla aceitação da teoria da **solidariedade dual** (solidariedade ativa e passiva).

Inquestionável a solidariedade passiva que paira sobre as empresas integrantes de um grupo econômico, afinal a legislação trabalhista consagra que todas responderão solidariamente pelas verbas decorrentes do contrato de trabalho mantido por uma das empresas com um determinado empregado.

A incidência da “solidariedade ativa” sobre as empresas de um grupo econômico, com o tempo, foi se solidificando. Ela respalda o poder de as demais empresas exigirem labor de um obreiro contratado por uma delas, sem que isso caracterize a multiplicidade contratual. Constitui, pois, a extensão do poder diretivo patronal a todas as empresas do grupo, como se o empregador fosse o próprio grupo (teoria do grupo como empregador único). Neste sentido a Súmula 129 do TST, *verbis*:

CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a

coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

No caso de grupo econômico, vertical ou horizontal, se uma empresa for acionada e condenada, as demais poderão ser executadas, mesmo que não tenham participado da fase de conhecimento. É como se a empresa acionada atuasse na qualidade de “preposta” das demais.

A Lei 13.467/2017 incluiu o § 3º ao art. 2º da CLT, fixando **os pressupostos para a caracterização do grupo econômico**. Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, diz a norma. São necessários, para a configuração do grupo, os elementos que marcam a *affectio societatis*, que são: (1) o interesse integrado; (2) a comunhão de interesses; e (3) a atuação conjunta das empresas.

Sempre defini, quer nos meus livros, quer em aulas e palestras, o grupo econômico como uma “sociedade entre empresas”, demonstrando, inclusive, que, para a inclusão, na execução, de empresas que não tenham participado da fase de conhecimento, é imprescindível a instauração de um incidente similar ao de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do CPC e art. 855-A da CLT), prestigiando a ampla defesa e o contraditório, já que “a mera identidade de sócios não caracteriza grupo econômico”.

Há grupos econômicos verticais de notória existência, desaguando, com naturalidade, a responsabilidade solidária que une as respectivas empresas que o integram (fatos notórios prescindem de provas, como bem dispõe o art. 374, I, do CPC). Essa notoriedade continua, pois, no grupo econômico vertical, marcado pela presença de uma empresa que lidera as demais, a presunção, quanto ao “interesse integrado e comum” e à “atuação conjunta”, é absoluta (*juris et de jure*).

A marca de um grupo econômico está na presença daquilo que une os “sócios de um empreendimento”: a *affectio societatis* (a colaboração dos sócios na realização do objeto da sociedade, buscando um fim comum, à procura de um resultado a partilhar).

A identidade de sócios entre determinadas empresas não representa, por si só, uma prova cabal da presença de grupo econômico (será apenas um indício,

capaz de gerar presunção relativa de veracidade). De outra banda, a identidade de sócios não é um requisito *sine qua non* para a caracterização de um grupo econômico, o qual pode existir mesmo que os sócios das empresas sejam diferentes. Eis uma conclusão importante.

Exemplificando.

José pode ser sócio de Manoel em determinado empreendimento que vem rendendo lucros razoáveis. Daí José resolve investir parte do seu capital (não é o capital da empresa, mas dinheiro seu) em outra empresa. Para muitos, o fato de José ser sócio na empresa A e sócio na empresa B já caracterizaria grupo econômico entre as empresas A e B, independentemente da atuação das empresas. Com a Reforma Trabalhista, cai por terra esse único fundamento. Significa dizer que o juiz do trabalho não mais poderá fundamentar a sua decisão, quanto à existência de um grupo econômico, apenas no fato de as empresas possuírem sócios em comum.

A reação do legislador visou atingir certos “exageros” hermenêuticos.

O novo § 3º do art. 2º da CLT, além disso, impõe, para a configuração do grupo, a “demonstração do interesse integrado”, a “efetiva comunhão de interesses” e “a atuação conjunta das empresas dele integrantes”. São três pressupostos cumulativos.

Enxergamos, nos dois primeiros, um só. Já estamos acostumados com essa carência de objetividade do nosso legislador, viciado em obscuridades, fruto do seu despreparo, *data maxima venia*. Com efeito, “interesse integrado” nada mais é do que “interesse comum”. E “comunhão de interesses” nada mais é do que “interesse comum”. Haja paciência para decifrar tanta bobagem.

“Interesse comum entre as empresas”, consequentemente, é o primeiro pressuposto do grupo econômico (reunindo os dois primeiros que constam do § 3º), desaguando na já comentada *affectio societatis*. Grupo econômico, conforme dito, nada mais é do que uma “sociedade entre empresas”, com a natural presença de comunhão de interesses, integrados por atuação conjunta, na busca de um fim comum.

Essa cautela do legislador, ao estipular pressupostos, mostra-se

compreensível, principalmente pelo arroubo de muitos juízes do trabalho que, na fase de execução, sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, simplesmente exaravam decisões declarando a existência de grupos econômicos por indícios e/ou suspeitas, desprezando qualquer critério técnico-jurídico.

O terceiro pressuposto (atuação conjunta) é o mais importante e provocará acirradas discussões, pois exige “atuação conjunta das empresas”.

Nos grupos verticais de notória existência, haverá uma natural presunção (absoluta) da presença de todos os pressupostos, pois a liderança/direção/fiscalização de uma delas e a subordinação das demais tornarão a responsabilidade solidária inafastável, inclusive pela aplicação supletiva do art. 942 do CCB.

Nos grupos horizontais, contudo, diante da autonomia das empresas, os pressupostos terão que ser comprovados. A depender do caso e, principalmente, dos indícios, o ônus da prova poderá pesar sobre os ombros do reclamante ou do reclamado.

Existindo um indício (como, por exemplo, a identidade de sócios), entendo que a existência de grupo horizontal já gozará de presunção relativa de veracidade (*juris tantum*), que poderá ser elidida por prova em contrário (ônus probante do réu, que estará levantando um fato impeditivo do direito do autor – art. 818, II, da CLT e art. 373, II, do CPC).

Não existindo qualquer indício, o fardo probante ficará sobre os ombros do reclamante.

Não podemos negar que existirá uma tendência entre os juízes do trabalho para a aplicação dos §§ 1º a 3º do art. 818 da CLT. Estamos falando da distribuição dinâmica do ônus da prova, já prevista no art. 373 do CPC. Fica fácil enxergar a excessiva dificuldade do trabalhador em cumprir o encargo probatório quanto à presença dos pressupostos caracterizadores do grupo econômico, principalmente no grupo horizontal, surgindo, a partir daí, a possibilidade de o magistrado atribuir às empresas reclamadas (ou executadas) o ônus da prova quanto à inexistência do grupo.

2.3. Causa de Pedir

Antes de iniciar a narração dos fatos, o advogado do reclamante deve observar duas questões. Se o seu cliente atende a um dos requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita e se o seu cliente atende a um dos requisitos para a prioridade de tramitação processual.

I – Dos Benefícios da Justiça Gratuita

O recolhimento das custas, no processo trabalhista, é realizando apenas no final, depois do trânsito em julgado da sentença ou, se for o caso, dentro do prazo recursal – § 1º do art. 789 da CLT e Súmula 245 do TST. Sendo assim, o advogado do autor, seja este trabalhador ou empregador/empresa, não tem que efetuar qualquer pagamento antecipado para fins de processamento da ação.

A Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) alterou significativamente o instituto da gratuidade da justiça, seja quanto aos critérios para a sua concessão, seja na sua extensão, com indisfarçável escopo de restringir a sua aura protetora e amedrontar os pretensos reclamantes, não conseguindo disfarçar a intenção de retaliar e punir trabalhadores, objetivando a diminuição no número de reclamações trabalhistas.

Detectei diversas inconstitucionalidades e elas precisam ser arguidas pelo advogado na petição inicial, a depender da situação econômica do seu cliente.

Sempre é bom lembrar que a gratuidade da justiça pode ser concedida a reclamante e/ou a reclamado (trabalhador, empregador, empresa etc.).

No caso de pessoa física, defendo a aplicação do § 3º do art. 99 do CPC (neste sentido o item I da Súmula 463 do TST), gozando, portanto, a declaração de hipossuficiência, de presunção de veracidade.

No caso de pessoa jurídica, não basta uma mera declaração. É necessária a comprovação de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo, nos termos do item II da Súmula 463 do TST e da interpretação a “*contrario sensu*” do § 3º do art. 99 do CPC.

Os benefícios da justiça gratuita podem ser requeridos em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento

formulado no prazo alusivo ao recurso. Caso indeferido o requerimento de justiça gratuita, formulado na fase recursal, cumpre ao órgão julgador fixar prazo para que o recorrente efetue o preparo, nos termos do art. 99, § 7º, do CPC de 2015. Essa previsão se encontra na OJ 269 da SDI-1.

Vamos analisar caso a caso.

a) Benefícios da Justiça Gratuita – Requerimento com base na renda mensal – Critério objetivo

O salário mínimo deixou de ser o alicerce de aferição da hipossuficiência para fins de concessão da gratuidade da justiça (antes da Reforma Trabalhista, os benefícios eram concedidos àqueles que recebessem salário mensal igual ou inferior ao dobro do salário mínimo). O § 3º do art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, agora diz que os benefícios da justiça gratuita serão concedidos àqueles que perceberem salário igual ou inferior a **40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social** (no ano de 2017, o teto previdenciário foi de R\$ 5.531,31; a expectativa é de que o teto, no ano de 2018, passe a ser de R\$ 5.702,78; basta calcular 40% sobre o referido valor).

Caso o reclamante esteja desempregado ou receba salário mensal que não ultrapasse 40% do teto previdenciário, o requerimento de concessão da gratuidade da justiça será simples, baseado no § 3º do art. 790 da CLT.

Para esse tipo de requerimento, não vejo a necessidade de juntada de “declaração de pobreza” assinada pelo reclamante ou de poderes especiais na procuração. O art. 105 do CPC exige poder específico para o advogado “declarar a hipossuficiência econômica” do seu cliente, exigência que passou a ser aplicada no processo do trabalho, depois do cancelamento da OJ 331 da SDI-1 em julho de 2016. Ora, se o reclamante está desempregado ou sua renda não ultrapassa o limite legal, não há “declaração” a ser feita, nem por ele, nem por seu advogado, já que o critério para a conquista da gratuidade da justiça é objetivo. Porém, como sempre digo, advogado bom é advogado previdente, ou seja, que não corre riscos. Não custa, portanto, inserir na procuração os poderes especiais previstos no art. 105 do CPC (o modelo proposto, que se encontra logo abaixo, está marcado por essa cautela).

O requerimento de concessão dos benefícios da justiça gratuita deve ser feito logo no início da causa de pedir, de forma direta e objetiva. Segue, abaixo, um modelo.

O reclamante requer a concessão ampla e irrestrita dos benefícios da justiça gratuita, por não ter condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento e da sua família, declarando (opção 01 = “estar desempregado”; opção 02 = “receber salário mensal no valor de R\$ ___, limitado, portanto, a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”), nos termos do § 3º do art. 790 da CLT, declaração realizada, neste ato, mediante poderes especiais constantes da procuração anexa, à luz do *caput* do art. 105 do CPC.

b) Benefícios da Justiça Gratuita – Declaração de hipossuficiência – Critério subjetivo – Inconstitucionalidade do § 4º do art. 790 da CLT

Antes da Reforma Trabalhista, o § 3º do art. 790 da CLT exigia, daqueles que não se enquadrassem no critério objetivo para a concessão da gratuidade da justiça (renda mensal), a mera declaração de hipossuficiência, que podia ser feita pelo próprio advogado, munido de procuração com poderes especiais (art. 105 do CPC), e que gozava de **presunção de veracidade**.

A Lei 13.467/2017 extirpou arbitrariamente a simplicidade daquela regra, inserindo o § 4º ao art. 790 da CLT, passando a exigir, como condição para a concessão da gratuidade da justiça àquele com renda mensal superior a 40% do teto previdenciário, a **comprovação** da insuficiência de recursos.

A virulenta previsão fere o *caput* do art. 5º da CF, norma que consagra o princípio da isonomia, já que o CPC continua imprimindo presunção de veracidade à declaração de hipossuficiência feita por pessoa física (§ 3º do art. 99 do CPC).

Cabe ao advogado, na petição inicial, requerer a concessão ampla e irrestrita dos benefícios da justiça gratuita, declarando a hipossuficiência do seu cliente, arguindo a inconstitucionalidade do § 4º do art. 790 da CLT. Segue, abaixo, um modelo.

O reclamante requer a concessão ampla e irrestrita dos benefícios da justiça gratuita, por não ter condições de arcar com as despesas processuais, declarando, na forma do *caput* do art. 98 e do § 3º do art. 99, ambos do CPC, a sua hipossuficiência econômica, declaração realizada, neste ato, mediante poderes especiais constantes da procuração anexa, à luz do *caput* do art. 105 do CPC. Requer, ainda, a decretação, de forma difusa, da inconstitucionalidade do § 4º do art. 790 da CLT, pois a “comprovação”, nele exigida, viola o inciso III do art. 1º da CF (princípio da dignidade da pessoa humana) e o *caput* do art. 5º da CF (princípio da isonomia). Com efeito, o § 3º do art. 99 do CPC reveste, a declaração de hipossuficiência econômica, de presunção de veracidade, não exigindo, em momento algum, qualquer comprovação do declarante, transformando o § 4º do art. 790 da CLT em norma iníqua e que afronta os princípios gerais do direito, tais como os da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da razoabilidade, da equidade, da proporcionalidade e da boa-fé. Todos são iguais perante a lei, e, para a diferença ser lícita, é preciso que esteja alicerçada em critério razoável, o que não é o caso, já que, notoriamente, o processo do trabalho tutela relação jurídica de direito material marcada pela hipossuficiência de um dos sujeitos, tornando discriminatória a distinção, cabendo, no caso, trazer à baila a regra de hermenêutica que diz: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* – “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”.

c) Benefícios da Justiça Gratuita – Inconstitucionalidade do § 2º do art. 844 da CLT

Quando do estudo do arquivamento da reclamação trabalhista, destaquei a flagrante inconstitucionalidade do § 2º do art. 844 da CLT, que prevê a condenação do reclamante, mesmo beneficiário da justiça gratuita, no pagamento de custas, quando este não comprovar, no prazo de quinze dias, que a sua ausência à audiência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Cabe ao advogado do reclamante, na petição inicial, suscitar, em tópico específico, de preferência também no início da causa de pedir, a inconstitucionalidade da referida norma. Segue, abaixo, um modelo.

Requer, por cautela, no caso de arquivamento da reclamação pelo não comparecimento do reclamante à audiência, a dispensa do recolhimento das custas, sem a necessidade de comprovação de qualquer motivo legalmente justificável, mediante a decretação, de forma difusa, da inconstitucionalidade do § 2º do art. 844 da CLT, por violação ao inciso III do art. 1º da CF (princípio da dignidade da pessoa humana) e por violação ao *caput* do art. 5º da CF (princípio da isonomia), principalmente pelo fato de não existir, no regramento processual comum, especificamente nos arts. 98 e 99 do CPC, qualquer condição ou exigência similar. Situações idênticas, douto julgador, não podem atrair normas distintas, pois todos são iguais perante a lei, e, para a diferença ser lícita, é preciso que esteja alicerçada em critério razoável, o que não é o caso, já que, notoriamente, o processo do trabalho tutela relação jurídica de direito material marcada pela hipossuficiência de um dos sujeitos, tornando discriminatória a distinção, cabendo, no caso, trazer à baila a regra de hermenêutica que diz: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* – “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”.

- d) Benefícios da Justiça Gratuita – Inconstitucionalidade da parte final do *caput* e do § 4º do art. 790-B da CLT

Quando do estudo da prova pericial, fiz questão de demonstrar a inconstitucionalidade da parte final do art. 790-B da CLT, que impõe o pagamento de honorários periciais ao beneficiário da justiça gratuita.

Caso a reclamação trabalhista envolva algum fato que possa resultar na necessidade de realização de perícia (insalubridade, periculosidade, doença profissional, doença do trabalho, redução ou perda da capacidade laborativa por conta de acidente do trabalho típico etc.), deve o advogado, na petição inicial, ou, se for o caso, depois da determinação da realização da perícia, arguir a inconstitucionalidade. Segue, abaixo, um modelo.

Requer, por cautela, no caso de sucumbência na pretensão objeto da perícia, que os honorários periciais sejam suportados pela União, nos termos da Súmula 457 do TST, mediante a declaração, de forma difusa, da inconstitucionalidade da parte final do *caput* do art. 790-B

da CLT, especificamente do trecho que diz “*ainda que beneficiária da justiça gratuita*”, e do § 4º do art. 790-B da CLT, por violação ao inciso III do art. 1º da CF, que traduz o princípio da dignidade da pessoa humana, violação ao inciso LXXIV do art. 5º da CF, que garante a concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem, e violação mortal ao *caput* do art. 5º da CF, que exala o princípio da isonomia, mormente pelo fato de o CPC, no seu art. 98, VI, isentar, sem exceção ou condição, o beneficiário da justiça gratuita do pagamento de honorários periciais, em clara demonstração de que as previsões do *caput* e do § 4º do art. 790-B da CLT são inconstitucionais, pois todos são iguais perante a lei, e, para a diferença ser lícita, é preciso que esteja alicerçada em critério razoável, o que não é o caso, já que, notoriamente, o processo do trabalho tutela relação jurídica de direito material marcada pela hipossuficiência de um dos sujeitos, tornando discriminatória a distinção, cabendo, no caso, trazer à baila a regra de hermenêutica que diz: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* – “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”.

II – Prioridade na Tramitação Processual

O advogado do reclamante tem que ficar atento aos casos de prioridade na tramitação do processo, fazendo, se for o caso, o requerimento logo no início da causa de pedir, juntando prova do fato gerador, se for o caso. O pedido de prioridade deve ser renovado na audiência, caso ainda não tenha sido apreciado pelo juiz.

Eis os casos de prioridade na tramitação processual:

- Processos que tenham como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (art. 1.048, I, do CPC).
- Processos que tenham como parte ou interessado pessoa portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/1988 (art. 1.048, I, do CPC).
- Processos que tenham como parte ou interessado pessoa portadora de deficiência física ou mental (necessidades especiais) – Instrução

Normativa 29/2005 do TST, art. 69-A da Lei 9.784/1999 e art. 9º, VII, da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

- Processos que tenham como reclamada a massa falida – art. 79 da Lei 11.101/2005.

A prioridade pertinente ao portador de deficiência está prevista na Lei 9.784/1999, especificamente no art. 69-A. Apesar de a Lei tratar de processos administrativos, o TST garante expressamente a preferência de tramitação para “portadores de deficiência física ou mental” na Instrução Normativa 29/2005.

A prioridade de tramitação, uma vez concedida, estende-se ao cônjuge supérstite e ao companheiro em união estável, no caso de falecimento do beneficiado – § 3º do art. 1.048 do CPC.

2.3.1. *Lesão*

Já vimos que a causa de pedir (*causa petendi*) é constituída da narrativa dos fatos e da argumentação jurídica. A CLT, em sua sublime simplicidade, resume a causa de pedir a uma “breve exposição dos fatos” (simplicidade mantida pela Reforma Trabalhista). E ela não está errada. Para o juiz, indubitavelmente, o que importam são os fatos. Sem eles, o órgão jurisdicional nada poderá fazer. Sem eles, o reclamado também não conseguirá se defender.

O advogado, no entanto, não pode restringir a causa de pedir apenas ao mero relato fático, pois o juiz, em diversas situações, pode ser “influenciado” por uma contundente argumentação jurídica, principalmente aquela que traz “novidades” no campo dos precedentes jurisprudenciais, ou até mesmo opiniões doutrinárias alternativas.

A petição inicial é construída com o escopo de fortalecer ainda mais o direito do reclamante, expondo, o advogado, a lesão sofrida pelo cliente.



Com a lesão nasce a pretensão, ou seja, o direito de ir ao Judiciário buscar

uma reparação (tutela jurisdicional específica). Com a lesão a ação torna-se ajuizável (*actio nata*). Processualmente, chamamos de “interesse de agir”, que é a principal condição da ação.

Observem o arrebatador conteúdo do art. 189 do CCB, *verbis*:

Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.
(sem grifos no original)

Dessarte, quem dá vida à pretensão é a lesão.

Um determinado empregado laborou durante anos em câmara fria, sem receber adicional de insalubridade. Procurou um advogado e disse que pretendia pleitear o pagamento do adicional na Justiça. O empregado PRETENDE buscar, na Justiça, a condenação da empresa no pagamento do adicional de insalubridade. A condenação da empresa, no pagamento do adicional de insalubridade, é aquilo que se pretende obter no Judiciário, ou seja, é a própria pretensão. A lesão ocorreu com o não pagamento do adicional. Lesionado o direito, nasce a pretensão. O não pagamento (lesão) do adicional de insalubridade é o interesse de agir (aquilo que motivou o ajuizamento da ação).

O Código Civil, no mesmo art. 189, ensina, contudo, que a pretensão não se eterniza, pois se encontra limitada pela prescrição. Esse assunto será abordado quando do estudo da contestação.

2.3.2. *Princípios do Direito do Trabalho e Causa de Pedir*

Já estudamos que a reclamação trabalhista não é uma exclusividade do trabalhador.

Não posso esconder, e nem preciso, visto ser notório o fato, que as reclamações, em sua esmagadora maioria, são ajuizadas por empregados. Levando isso em conta, recomendo, ao advogado do trabalhador, o estudo dos princípios norteadores do direito do trabalho. Dominando os princípios do direito do trabalho, o advogado do empregado, principalmente na reclamação trabalhista, estará preparado para enriquecer ainda mais os seus argumentos,

fortalecendo a defesa dos interesses do seu cliente.

As normas trabalhistas, em sua quase totalidade, se encontram lastreadas no **princípio da proteção ao empregado**, parte historicamente hipossuficiente na relação de emprego.

Os princípios **são normas fundamentais do sistema jurídico**, tendo típica natureza normativa, capazes, por conseguinte, de regular um caso concreto, servindo de base para uma decisão judicial.

Juristas de renome classificam as normas em duas categorias: normas-princípio e normas-disposição. As normas-disposição (leis) regulam situações específicas, “descrevendo fatos”. As normas-princípio (princípios) regulam situações inespecíficas, possuindo, destarte, um grau mais elevado de abstração, já que o seu objeto são valores.



Os princípios também têm natureza de **fonte supletiva do direito**, como dispõe o *caput* do art. 8º da CLT. Diante de lacunas legais, é comum o aplicador do direito se socorrer dos princípios jurídicos. A lacuna pode ser extrínseca, quando não existir, para determinado caso (fato), lei capaz de regulá-lo. Pode também ser intrínseca, quando o jurista, mesmo existindo uma lei, observa que ela não é capaz de solucionar determinado conflito. Daí se dizer que os princípios atuam de forma descritiva, cumprindo importante papel na interpretação do direito.

Em resumo, os princípios possuem múltiplas funções:

- **Função normativa** (normas-princípio).
- **Função supletiva** (atuando na integração do direito, suprimindo lacunas legais).
- **Função informativa** (auxiliando o aplicador na interpretação das normas-disposição).

2.3.2.1. Análise Concreta dos Princípios do Direito do Trabalho

- a) Princípio da proteção ao hipossuficiente.
- b) Princípio da norma mais favorável ao trabalhador.
- c) Princípio da imperatividade das normas trabalhistas.
- d) Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas do empregado.
- e) Princípio da condição mais benéfica ao trabalhador.
- f) Princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao obreiro.
- g) Princípio da intangibilidade contratual objetiva.
- h) Princípio da despersonalização do empregador.
- i) Princípio da continuidade da relação de emprego.
- j) Princípio da intangibilidade salarial.
- k) Princípio da primazia da realidade sobre a forma.

a) Princípio da proteção ao hipossuficiente

É o princípio mais importante do direito do trabalho, apontado, por alguns doutrinadores, como **o único princípio do direito do trabalho**, do qual os demais derivariam.

Há, no direito do trabalho, uma verdadeira rede de proteção ao trabalhador, abrangendo desde a elaboração das normas trabalhistas, passando pela interpretação jurídica e culminando em presunções próprias capazes de proteger o hipossuficiente.

A proteção ao obreiro chega a ser apontada como a essência do direito do trabalho, assim como a proteção ao consumidor é vista como o alicerce do direito do consumidor. A relação jurídica laboral guarda um desequilíbrio natural entre as partes, razão pela qual o direito do trabalho, ao proteger o empregado, tenta balancear, de forma mais justa, o liame.

Discordo daqueles que ainda defendem a existência do princípio do “*in dubio pro operario*”. Já falei disso no início do livro. A hipossuficiência diz respeito à relação de emprego e não à “relação processual”. No processo trabalhista deve prevalecer a aplicação da teoria do ônus da prova. O fardo

probante sempre estará sobre os ombros de uma das partes, seja do empregador, seja do empregado. A CLT, nos §§ 1º a 3º do art. 818, prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova (também encontrada no art. 373 do CPC), seja em relação ao trabalhador, seja em relação ao empregador/empresa. Trata-se de norma excepcional que só pode ser aplicada em situações excêntricas e mediante clara fundamentação, não podendo o magistrado impor uma “prova diabólica” ao réu pelo simples fato de o autor se encontrar com a mesma “prova demoníaca” no seu colo.

O princípio da proteção faz com que o Código de Defesa do Consumidor seja uma fonte formal do direito do trabalho, já que se trata de uma norma que guarda total consonância com o direito laboral.

Um bom exemplo está no art. 48 do CDC, usado, pelos juízes do trabalho, nos casos de responsabilidade pré-contratual, e, também, para definir a competência territorial, mediante a aplicação do § 3º do art. 651 da CLT para os casos de arregimentação de mão de obra, onde o juiz considera que a contratação se deu no local da reunião dos trabalhadores.

O princípio da proteção ao hipossuficiente não foi afetado pela Reforma Trabalhista, pois a Lei 13.467/2017 manteve, como regra, a limitação à autonomia da vontade individual, com a manutenção do *caput* do art. 468 da CLT e do art. 9º da CLT. A Reforma incentivou, por outro lado, a autonomia da vontade coletiva (parte final do § 3º do art. 8º da CLT e art. 611-A da CLT), sempre tutelada pela obrigatória representação sindical da categoria profissional (art. 8º, III e VI, da CF e art. 510-E da CLT). Como exceção à tutela sindical, surgiu o empregado hipersuficiente, previsto no parágrafo único do art. 444 da CLT, que pode negociar sozinho (para ele, a autonomia da vontade individual foi prestigiada). Mas sempre é bom lembrar que a negociação coletiva não pode ocorrer de forma ilimitada, pois encontra freio no art. 611-B da CLT (restrições também aplicáveis ao empregado hipersuficiente).

b) Princípio da norma mais favorável ao trabalhador

No ápice da “pirâmide normativa” do direito do trabalho se encontrava, em regra, a norma mais favorável ao trabalhador. Isso mudou com a Reforma

Trabalhista.

A norma que conta hoje com maior prestígio no âmbito trabalhista é o **Acordo Coletivo de Trabalho**. Antes, o art. 620 da CLT dizia que não havia hierarquia entre convenção coletiva e acordo coletivo, prevalecendo aquele que fosse mais favorável ao empregado. A nova redação do art. 620 da CLT, esculpida pela Lei 13.467/2017, diz agora que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. De outra banda, nos estritos limites dos arts. 611-A e 611-B da CLT c/c arts. 7º e 8º da CF, as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho prevalecerão sobre a lei.

O princípio em comento foi o mais afetado pela Reforma Trabalhista, que sacudiu a vida de todos os que militam na área, exterminando a cômoda posição de aplicação da norma mais favorável ao obreiro. O aplicador do direito do trabalho, por conseguinte, se viu forçado, a partir do dia 11/11/2017, a analisar, caso a caso, todas as normas aplicáveis a uma determinada categoria, principalmente as coletivas.

O operador do direito do trabalho, diante de mais de uma norma aplicável a um caso concreto, não mais optará, automaticamente, pela mais favorável ao obreiro.

As hipóteses de flexibilização dos direitos trabalhistas continuam válidas (art. 7º, VI, XIII e XIV da CF; arts. 476-A e 71, § 5º, da CLT; diversos artigos da LC 150/2015 etc.). Com a Reforma Trabalhista, houve um acréscimo, que pode ser encontrado no rol meramente exemplificativo do art. 611-A da CLT.

O advogado deve compreender que a convenção coletiva, o acordo coletivo, o regulamento interno da empresa e o próprio “costume” integram o que chamamos de “normas consuetudinárias” (normas costumeiras), regras que o juiz pode exigir comprovação do conteúdo e da vigência, como prevê o art. 376 do CPC, *verbis*: “*A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar*”.

Sendo assim, caso o direito do cliente esteja previsto em norma costumeira escrita, o advogado, por cautela, deve juntar aos autos, no prazo

determinado pelo juiz, cópia da norma (convenção coletiva, acordo coletivo etc.). Caso o direito esteja previsto em norma costumeira não escrita (costume no sentido estrito), a comprovação far-se-á por todo e qualquer meio de prova em direito admitido, inclusive a prova oral.

Vale ressaltar que o princípio da norma mais favorável não se aplica quando o empregado tiver sido contratado por empresa estrangeira para laborar no exterior. A Lei 7.064/1982 dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Nos arts. 12 a 20, a referida Lei regula a contratação de trabalhador, por empresa estrangeira (não sediada no Brasil), para trabalhar no exterior, impondo, especificamente no art. 14, a incidência da legislação trabalhista do país da prestação dos serviços.

Apesar de reconhecer a aplicabilidade da legislação trabalhista alienígena, a Lei 7.064/1982 repassa diversos direitos ao empregado, fixando cláusulas obrigatórias contratuais, tais como a assunção, pela empresa estrangeira, das despesas de viagem de ida e volta do trabalhador e dos seus dependentes, além de fixar a permanência máxima em três anos, salvo se for assegurado ao obreiro o gozo de férias anuais no Brasil, com “todas as despesas por conta do empregador”.

Diferente é o caso do empregado **transferido** para o exterior.

Empregado transferido é aquele que passa a laborar em outro país ou aquele que foi contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior, ou seja, a “transferência” pode ocorrer mesmo que o empregado não tenha trabalhado no Brasil, basta que seja “contratado por empresa sediada no Brasil para laborar em outro país” – art. 2º da Lei 7.064/1982.

No caso de empregado transferido, a Lei 7.064/82, no seu art. 3º, II, prevê que a aplicação da legislação trabalhista brasileira é possível, “desde que mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”.

A previsão nada mais é do que a consagração, para o caso, da **teoria do conglobamento mitigado** ou “por instituto”, prestigiando a norma mais

benéfica, observando-se o tratamento de cada matéria (férias, 13º salário, aviso prévio, jornada laboral etc.).

Para os empregados transferidos, além da norma mais benéfica, devem ser aplicadas as regras pertinentes à previdência social, ao PIS e ao FGTS. Após dois anos de permanência, o empregado transferido terá direito a gozar, anualmente, férias no Brasil, cujas despesas de viagem correrão por conta do empregador.

Com a Reforma Trabalhista, e a nova redação do art. 620 da CLT, a teoria do conglobamento mitigado continua sendo aplicada para convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho, mas apenas para evitar a acumulação de vantagens, e não mais para detectar a “norma favorável”. O mesmo se diga quando do aparente conflito entre norma coletiva e normal legal, em face da previsão contida no *caput* do art. 611-A da CLT.

Sendo assim, o espírito da teoria do conglobamento continua vivo e pujante. De outra banda, a teoria oposta, chamada de “teoria da acumulação” ou “teoria da atomização”, continua totalmente desprestigiada. Significa dizer que diante de um aparente conflito entre normas, o jurista, à luz da legislação atual e dos princípios norteadores do direito laboral, aplicará apenas uma delas, espancando o enriquecimento sem causa, e prestigiando o princípio do *non bis in idem*.

c) Princípio da imperatividade das normas trabalhistas

As regras justralhistas são, por sua natureza, imperativas, cogentes, de ordem pública, não podendo, em regra, ser afastadas pela simples vontade das partes, tanto assim que a Reforma Trabalhista manteve intactos o *caput* do art. 468 da CLT e o art. 9º da CLT.

No contrato de trabalho, por conseguinte, pouco espaço resta à autonomia individual da vontade, diferente do direito civil. A exceção fica por conta do empregado hipersuficiente, definido no parágrafo único do art. 444 da CLT.

As normas de proteção à saúde do trabalhador ganham destaque, neste aspecto, como aquelas que regulam o fornecimento de equipamentos de proteção e a prevenção de acidentes – inciso XVII do art. 611-B da CLT.

O rol exemplificativo do art. 611-B da CLT demonstra a força cogente das normas trabalhistas, especificando direitos que não podem ser negociados, nem mesmo por acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Importante observar que o parágrafo único do art. 611-B da CLT excluiu as regras sobre duração do trabalho e intervalos da restrição à negociação coletiva.

d) Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas do empregado

Deriva da imperatividade das regras trabalhistas, traduzindo a inviabilidade de o empregado poder, salvo raríssimas exceções, despojar-se das vantagens e proteções legais. Entre as exceções, ganha destaque a autonomia da vontade individual do empregado hipersuficiente, definido no parágrafo único do art. 444 da CLT.

A indisponibilidade, ou, em outras palavras, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas por parte do empregado, encontra alicerce na presunção de que o trabalhador, hipossuficiente, poderia ser forçado a abrir mão de alguns direitos com o escopo de apenas garantir o trabalho.

A desigualdade dos sujeitos contratuais é o que ampara a indisponibilidade.

O termo indisponibilidade termina assumindo um sentido mais amplo do que a mera “irrenunciabilidade”, vedando a renúncia (concessão unilateral) e a transação (concessões recíprocas).

Costumo dizer que esse princípio tem mais importância cultural (teórica) do que prática, pois o direito do trabalho vem evoluindo para fortalecer ainda mais as negociações coletivas. Essa assertiva já constava das edições anteriores desta obra. Com a Reforma Trabalhista, a minha previsão se concretizou – art. 611-A da CLT e § 3º do art. 8º da CLT.



A priori, também não incide nas comissões de conciliação prévia, em face da participação obrigatória do sindicato da categoria profissional – art. 625-E, parágrafo único, da CLT. Realizado um acordo em comissão de conciliação prévia, o empregado só poderá pleitear na Justiça do Trabalho as verbas expressamente ressalvadas no termo de conciliação. Não existindo ressalva, o termo vale como comprovação de quitação geral e irrevogável, conduzindo o processo à sua extinção sem resolução meritória.

Caso o advogado do trabalhador detecte a presença de vício de consentimento (simulação, fraude, dolo etc.), terá de requerer, na Justiça do Trabalho, a nulidade do termo firmado em comissão de conciliação prévia, seja no corpo da própria reclamação trabalhista, seja em ação anulatória.

No ano de 2015, o STF, em julgamento histórico (Recurso Extraordinário 590.415), decretou a validade da quitação geral e irrevogável firmada quando da adesão do obreiro a PIDV (plano de incentivo a demissão voluntária), desde que previsto em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, enfraquecendo a OJ 270 da SDI-1. Na decisão, vale reforçar, o STF condicionou a quitação ampla e irrestrita à necessária previsão do PIDV em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. A Reforma Trabalhista veio apenas ratificar a decisão do STF. Com efeito, a Lei 13.467/2017 incluiu o art. 477-B na CLT, dispondo que o Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Os precedentes do TST há um bom tempo já suavizam o peso do princípio da indisponibilidade, como no caso em que o empregado pode abrir mão do aviso prévio (quando já conseguiu um novo emprego) – Súmula 276 do TST; ou no caso de optar por um novo regulamento empresarial, renunciando ao anterior – Súmula 51 do TST; ou no caso da Súmula 342 do TST e da OJ 160 da SDI-1, que tratam de descontos salariais, consagrando presunção favorável ao empregador.

SÚMULA 276 do TST. AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO

EMPREGADO. 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.

SÚMULA 51 do TST. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. Art. 468 DA CLT.

I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

SÚMULA 342 do TST. DESCONTOS SALARIAIS. Art. 462 DA CLT. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

OJ 160 da SDI-1. DESCONTOS SALARIAIS. AUTORIZAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO. VALIDADE. É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade.

e) Princípio da condição mais benéfica ao trabalhador

Ao longo do contrato, prevalecerá a cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador (*caput* do art. 468 da CLT). Isso não mudou com a Reforma Trabalhista, pois a cláusula não é norma.

O princípio da condição mais benéfica termina por consagrar a cláusula mais vantajosa como verdadeiro **direito adquirido**.

Observem que este princípio não se confunde com o da norma mais favorável ao obreiro e que foi mitigado pela Reforma Trabalhista, pois contrato de trabalho não é fonte formal do direito (não é um ato-regra; é um ato-condição).

f) Princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao obreiro

Se por um lado as alterações contratuais favoráveis ao trabalhador são amplamente permitidas, por outro, há clara vedação às desfavoráveis, mesmo que provenientes de “mútuo consenso”.

Não há espaço, *em regra*, à teoria da imprevisão no direito do trabalho, afinal cabe ao empregador a assunção dos riscos do negócio – *caput* do art. 2º da CLT (princípio da alteridade). A teoria da imprevisão vem respaldada pela fictícia cláusula *rebus sic stantibus*, a qual busca atenuar a inalterabilidade, quando se instala um grave desequilíbrio contratual. No direito do trabalho, em regra, não sobra espaço para a incidência da cláusula *rebus sic stantibus* (o art. 503 da CLT, inclusive, não encontrou recepção na nova ordem constitucional, sendo, atualmente, impossível ao empregador, unilateralmente, reduzir salários, mesmo em caso de força maior; a redução salarial só pode ocorrer mediante negociação coletiva – art. 7º, VI, da CF).

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao obreiro vem consagrado na CLT – *caput* do art. 468. As alterações contratuais só serão lícitas se feitas por mútuo consenso e desde que não causem prejuízo direto ou indireto ao trabalhador.

As exceções ao princípio ficam por conta do chamado *jus variandi*, que são casos excepcionais previstos expressamente no ordenamento jurídico, nos quais o empregador poderá alterar o contrato de trabalho unilateralmente, mesmo que em prejuízo ao trabalhador (exemplos: reversão – §§ 1º e 2º do art. 468 da CLT; transferência de localidade – art. 469 da CLT; horas extras para atender necessidade imperiosa – art. 61 da CLT).

g) Princípio da intangibilidade contratual objetiva

Este princípio acentua ainda mais o princípio da inalterabilidade lesiva, resguardando o contrato de trabalho das mudanças de propriedade da empresa, assim como das modificações na sua natureza jurídica. Serve de fundamento ao instituto da sucessão de empregadores – arts. 10 e 448 da CLT. Dizemos que o contrato de trabalho é “blindado” contra alterações subjetivas.

h) Princípio da despersonalização do empregador

Não se confunde com aquele princípio de direito processual chamado de “princípio da desconsideração da personalidade jurídica”, presente no art. 50 do CCB e no art. 28 do CDC. A desconsideração, inclusive, passou a ser tratada como um incidente processual, nos termos dos arts. 133 a 137 do CPC e do art. 855-A da CLT, podendo ocorrer na fase de conhecimento ou na fase de execução.

O princípio da despersonalização do empregador consagra a ausência de pessoalidade quanto à figura do empregador. A relação de emprego só é personalíssima quanto ao empregado, inexistindo, em regra, pessoalidade quanto ao empregador. A substituição de um empregador por outro, por conseguinte, não afeta o contrato de trabalho, tampouco pode arranhar direitos adquiridos pelos obreiros, salvo naqueles casos em que a sucessão não incide.

Em face da despersonalização do empregador, o vínculo de emprego termina se instalando com a unidade empresarial, sendo irrelevantes, para a continuidade da relação de emprego, as alterações subjetivas, ou seja, aquelas que venham a afetar a figura do dono da “empresa”.

É mais um princípio que alicerça a “sucessão trabalhista”.

i) Princípio da continuidade da relação de emprego

A permanência da relação empregatícia é vista com bons olhos pelo direito do trabalho, tanto assim que sempre há uma presunção de que o empregado não pediu dispensa ou abandonou o emprego, pois o contrato de trabalho, em regra, é vital para a subsistência do obreiro.

A Súmula 212 do TST ratifica a importância deste princípio, destacando que, no caso de “pedido de demissão” ou “abandono de emprego”, em caso de

controvérsia, o ônus da prova fica com o empregador. A Súmula, quando diz que cabe ao empregador a prova do término do contrato, “quando negada a prestação de serviços”, está se referindo à tese defensiva de “abandono de emprego”, ou seja, o empregador, para justificar a demissão por justa causa, alega que o reclamante se negou a trabalhar.

Este princípio não deixa de incorporar um pouco da escola institucionalista, porquanto vislumbra a integração do trabalhador à própria estrutura e dinâmica empresariais.

Por este princípio também se tem que os contratos por prazo determinado são verdadeiras exceções, cuja precariedade é desinteressante para o trabalhador, o qual, de preferência, deve ser contratado sem estipulação de termo certo ou incerto (se o empregado alegar que foi contratado por tempo indeterminado e o empregado, em sua defesa, apontar que a contratação se deu por prazo certo, caberá a este provar a existência do pacto por prazo determinado).

A mesma presunção afeta o contrato intermitente e o contrato em regime de tempo parcial, cujo ônus da prova será do empregador.

A sucessão de empregadores (arts. 10 e 448 da CLT) também encontra uma de suas bases no referido princípio.

O princípio da continuidade da relação de emprego influenciou o STF a adotar a tese de que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho – vide art. 453, §§ 1º e 2º, da CLT (parágrafos declarados inconstitucionais pelo STF – ADI 1.770-4 e ADI 1.721-3) e OJ 361 da SDI-1.

SÚMULA 212 do TST. DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

OJ 361 da SDI-1. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO. A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o

empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

j) Princípio da intangibilidade salarial

O salário é cercado de garantias legais, abrangendo a **impenhorabilidade** (art. 833, IV, do CPC e OJ 153 da SDI-2), a **proteção contra descontos patronais** (art. 462 da CLT), a **irredutibilidade** (art. 7º, VI, da CF) e o **privilegio em relação a outros créditos (Lei 11.101/2005)**.

A impenhorabilidade salarial não é absoluta. O § 2º do art. 833 do CPC prevê duas exceções: (1) pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem e (2) quando o salário exceder a 50 salários mínimos mensais.

A primeira exceção, ao contrário do que alguns alardeiam, se aplica ao processo do trabalho, nas condenações de pagamento de pensão por conta de falecimento do obreiro em decorrência de acidente do trabalho ou de perda/redução da capacidade laborativa em face de doença profissional ou doença do trabalho, à luz do art. 950 do CCB (a verba tem natureza de “prestação alimentícia”). Mas não se aplica às demais verbas condenatórias, segundo o TST (OJ 153 da SDI-2 – redação de setembro de 2017).

OJ 153 da SDI-2. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC DE 1973. ILEGALIDADE (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 220/2017 – DEJT divulgado em 21, 22 e 25.09.2017. Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC de 1973 contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC de 1973 espécie e não

gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

A segunda exceção é uma novidade no direito processual. A impenhorabilidade, a partir do Novo CPC, passou a não alcançar os salários que superam o valor mensal correspondente a 50 salários mínimos. A “penhora de altos salários” já encontrava respaldo doutrinário, tese que influenciou o legislador. Essa penhora, no entanto, **não pode superar 50% do salário líquido do devedor**, nos termos do § 3º do art. 529 do CPC.

A proteção contra descontos patronais também possui exceções. São válidos os:

- Descontos previstos em lei (*caput* do art. 462 da CLT).
- Descontos oriundos de adiantamento salarial (*caput* do art. 462 da CLT).
- Descontos previstos em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho (*caput* do art. 462 da CLT).
- Descontos em caso de dano causado dolosamente pelo empregado (§ 1º do art. 462 da CLT).
- Descontos em caso de dano causado culposamente pelo obreiro, desde que exista acordo prévio neste sentido (§ 1º do art. 462 da CLT).
- Descontos autorizados por escrito pelo empregado, nos termos da Súmula 342 do TST e da OJ 160 da SDI-1.

A irredutibilidade salarial também não é absoluta. O inciso VI do art. 7º da CF prevê a possibilidade de redução salarial mediante negociação coletiva, ou seja, em face de previsão contida em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, desde que o pacto coletivo não deságue de renúncia da classe trabalhadora (concessão unilateral), ou seja, a redução tem que ser justificada. Sempre é bom lembrar que o art. 503 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal (o salário não pode ser reduzido por ato unilateral do empregador, mesmo no caso de força maior). A previsão também se aplica ao empregado doméstico.

O privilégio dos créditos derivados da legislação trabalhista, no caso de falência do empregador, está previsto no art. 83 da Lei 11.101/2005, **limitado, entretanto, a 150 salários mínimos por trabalhador**. O teto não alcança os créditos decorrentes de acidentes do trabalho, os quais também contam com a mesma ascendência (indenizações por dano moral, material e/ou estético e prestações alimentícias fixadas em condenações judiciais).

À luz do § 4º do art. 83 da Lei 11.101/2005, os créditos trabalhistas **cedidos a terceiros** não gozam de qualquer privilégio, sendo considerados, por conseguinte, meramente quirografários.

Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa – art. 151 da Lei 11.101/2005.

k) Princípio da primazia da realidade sobre a forma

O contrato de trabalho é um contrato-realidade, não sendo a “forma” um elemento essencial para a sua existência, para o seu nascedouro, já que pode ser pactuado expressa ou tacitamente – *caput* do art. 442 da CLT. O princípio da primazia da realidade reina soberano no direito do trabalho, sempre na proteção do obreiro (há quem defenda a sua aplicação aos sujeitos da relação, ou seja, também ao empregador). O art. 456 da CLT espelha com precisão a força deste princípio, consagrando a possibilidade de o contrato de trabalho vir a ser comprovado mediante qualquer meio de prova admitido no direito.

O Código Civil chega a consagrar o princípio da primazia da realidade no seu art. 112, dizendo que a intenção das partes vale mais do que o que estiver meramente escrito.

A Súmula 12 do TST também serve de exemplo quanto ao poderio do princípio, estipulando que as anotações realizadas na carteira de trabalho geram presunção *juris tantum* (relativa) de veracidade, admitindo prova em contrário.

Qualquer ato que tenha como finalidade afastar a incidência da legislação trabalhista estará eivado de nulidade absoluta, na forma do art. 9º da CLT. A fraude pode ser comprovada por qualquer meio de prova em direito admitido.

Comentei, quando do estudo da “Audiência Trabalhista”, sobre os efeitos do princípio da primazia da realidade sobre o processo do trabalho.

2.3.3. Elaboração da Causa de Pedir

Costumo dizer que, quando um trabalhador procura um advogado, e, já sentado, tomando um cafezinho, começa a falar, o profissional diz para si mesmo: “aí vem a minha causa de pedir”. É exatamente isso. A causa de pedir brota da narrativa, muitas vezes confusa e truncada, do cliente. Afinal, a causa de pedir é a exposição do que ocorreu no plano do “ser” (período da vida do reclamante). A sua exposição não pode ser feita vulgarmente, como se o próprio cliente a estivesse escrevendo. Cabe ao advogado, profissional considerado como imprescindível pela Constituição Federal, elaborar uma causa de pedir lógica, coerente, compreensível, embasando, juridicamente, os fatos.

A formatação da causa de pedir vai depender do estilo de cada profissional.

A **simplicidade** deve marcar a vida do advogado moderno, mas isso não significa que o profissional terá que abrir mão do brilhantismo de sua formação. Os grandes doutrinadores, cujos clássicos se eternizaram, têm uma característica comum: conseguem sintetizar, de forma clara e objetiva, os seus pensamentos, sem abrir mão do fulgor de sua escrita. Adblando Pereira de Souza, mestre e sogro de sabedoria palpável, ensinou-me que “uma coisa é ver, outra é contar”. Minha proposta, a partir de agora, é “parar de contar” e “passar a mostrar” como se constrói uma causa de pedir.

FATOS RELATADOS PELO CLIENTE AO ADVOGADO

Foi contratado pela empresa ABC para exercer a função de atendente, mediante salário mínimo mensal, trabalhando 8h por dia, de segunda a sábado, com intervalo de 40min para repouso e alimentação, sem jamais ter recebido qualquer pagamento a título de horas extras ou indenização. Dispensado sem justa causa, o obreiro recebeu, tempestivamente, todas as verbas rescisórias.

Causa de Pedir

O reclamante foi contratado pelo reclamado para exercer a função de atendente, mediante salário mínimo mensal, trabalhando 8h por dia, de segunda a sábado, com intervalo de 40min para repouso e alimentação, sem jamais ter recebido qualquer pagamento a título de horas extras.

O reclamante, douto julgador, diante dos fatos expostos, sempre laborou em sobrejornada habitual, acima do limite semanal previsto no art. 7º, XIII, da CF, pelo que requer o pagamento de horas extras com adicional de 50%, além dos reflexos esculpidos no pedido.

Além disso, o reclamante não usufruía intervalo intrajornada mínimo de 1h, como prevê o art. 71 da CLT, fazendo jus ao pagamento de uma indenização, à razão de 20min por dia com acréscimo de 50%, a ser calculada sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, como dispõe o § 4º do art. 71 da CLT.

Comentários

A causa de pedir começa com a narrativa dos fatos. Narrar os fatos é contar, resumidamente, detalhes da relação de emprego, tais como a data de admissão do empregado, a função por ele exercida, o seu horário de trabalho etc. Os conflitos surgem de uma relação humana, no caso, de uma relação de emprego. Se o homem vivesse sozinho em uma ilha, conflito algum existiria, salvo aqueles conflitos internos, objeto de estudo dos psiquiatras e psicólogos.

As normas jurídicas existem exatamente para regular as relações jurídicas (pessoa \times pessoa). Cabe ao advogado explicar ao juiz que tipo de relação era essa. O que aconteceu entre os sujeitos da relação para justificar a procura ao Judiciário (interesse de agir). A fundamentação jurídica, por uma questão de lógica, vem depois da narração dos fatos. O advogado não precisa narrar todos os fatos para, só então, lançar mão das normas jurídicas. Ele pode narrar um fato e fundamentá-lo juridicamente. Depois ele narra outro fato e também o fundamenta. E assim por diante. A separação por tópicos facilita a vida do juiz. No caso, eu poderia ter criado títulos do tipo: “Das Horas Extras Decorrentes da Sobrejornada” e “Da Indenização Pela Não Concessão Integral do Intervalo Intrajornada”.

O estudo do caso precede a elaboração da peça. Ouvir o cliente. Pedir para

que ele exponha, por escrito, o que aconteceu (fatos). Raciocinar. Refletir. Observar onde estão as lesões. Da narrativa deriva logicamente a conclusão (silogismo). A argumentação jurídica, portanto, é corolário natural da própria narrativa fática.

OBSERVAÇÃO IMPORTANTE – O exemplo contido no 1º Caso já está adequado à alteração sofrida pelo § 4º do art. 71 da CLT, fruto da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). A nova redação, contudo, só se aplica ao período de trabalho a partir do dia 11/11/2017 (pós-reforma). Para período contratual até 10/11/2017 (pré-reforma), continuamos aplicando a Súmula 437, I e III, do TST, e, com isso, o reclamante teria direito ao pagamento de 1 hora extra por dia com adicional de 50% e reflexos. Observem que a Reforma Trabalhista retirou a natureza de horas extras e impôs natureza indenizatória à verba, além de limitar a condenação à proporção do intervalo suprimido, quando antes a concessão parcial importava no pagamento total do período correspondente. O advogado trabalhista lidará, nos próximos anos, com “empregados híbridos”, com períodos contratuais divididos pela Reforma Trabalhista, o que tornará híbrida a sua petição inicial (precisará separar os períodos).

A repercussão das horas extras será estudada mais adiante.

2.4. Do Pedido

O pedido é o objeto da ação, sintetizando a narrativa inculpada na causa de pedir.

O pedido é a conclusão do silogismo que baliza a petição inicial (premissa maior + premissa menor = conclusão). As premissas estão na causa de pedir remota e próxima.

--

Não adianta narrar e argumentar, para, ao final, nada PEDIR! Também não adianta pedir, sem edificar uma CAUSA DE PEDIR! Causa de pedir sem

pedido é silogismo falho, órfão de conclusão! Petição inicial sem causa de pedir ou sem pedido é petição inepta – inteligência do inciso I do § 1º do art. 330 do CPC.

Inépcia significa a falta de aptidão para que algo seja concluído. A impossibilidade de algo acontecer por insuficiência, por defeito, por carência de algo que, por si só, incapacitou a realização do ato.

Fulano realizou horas extras e não recebeu qualquer pagamento (lesão). Deverá o advogado, ao final da narrativa e da argumentação (causa de pedir), realizar o pedido de pagamento das horas extras. No pedido, o advogado **não vai repetir** a narrativa e a argumentação da *causa petendi*, mas apenas indicar o título ou a obrigação pretendida.

Narrou, por exemplo, que o reclamante foi agredido pelo patrão, sendo atingido em sua moral. No pedido vai requerer “*indenização por dano moral*”.

Há um melancólico vício nesse tipo de pedido, externado quando o patrono escreve, sem pensar: “*requer a condenação do reclamado em dano moral*”.



Aquele que causar dano a outrem (causa de pedir) tem o dever de indenizar (pedido). Isso está no Código Civil de 2002 (arts. 186 e 927). Estava também no Código Civil de 1916 (art. 159). Encontrava-se no Código de Napoleão, de 1804 (art. 1.382), *verbis*:

*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.
(Qualquer ato do homem, que causa um dano a outrem, obriga aquele que deu causa ao fato, a reparar o dano). (tradução livre)*

A reparação é chamada de indenização!

Digamos que a reclamação foi proposta contra duas empresas, a

prestadora de serviços a terceiros e a contratante, expondo, a causa de pedir, que se trata de uma terceirização. De nada adianta a exposição da relação terceirizada em causa de pedir se, no pedido, não constar o requerimento de “condenação do 1º reclamado, e, subsidiariamente, do 2º reclamado”.

O art. 321 do CPC, costumeiramente aplicado na Justiça do Trabalho, não justifica a falta de zelo do advogado.

Nos termos do § 1º do art. 840 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, o pedido deverá ser **certo, determinado** e com **indicação de seu valor**.

Trata-se de uma novidade, pois a liquidação dos pedidos não era exigida para o rito ordinário (procedimento aplicado às causas cujo valor superar quarenta salários mínimos e às causas que envolvam pessoa jurídica de direito público e também os Correios).

A liquidez do pedido já era obrigatória nas pretensões de indenização por dano (moral, material, estético etc.), em qualquer procedimento, nos termos do inciso V do art. 292 do CPC, ratificado pelo inciso IV art. 3º da IN 39/2015 do TST. Também já era obrigatória nos ritos sumário e sumaríssimo.

O advogado do autor, por conseguinte, tem que atribuir um valor para cada pedido. Não o fazendo, o juiz o intimará para que supra a omissão, no prazo de 15 dias, sob pena de indeferimento da petição inicial por inépcia – art. 321 do CPC.

Caso o pedido de indenização envolva o pagamento de pensão mensal, vitalícia ou não, à luz do que dispõe o *caput* do art. 950 do CCB, cabe ao advogado do reclamante fixar a quantia mensal pretendida, atribuindo, ao valor do pedido, o correspondente ao valor de um ano das prestações vincendas – § 2º do art. 292 do CPC. Esse pleito é comum nos casos de perda ou redução da capacidade laborativa decorrente de acidente do trabalho. Lembrando que não é obrigatório o requerimento de pensão mensal, podendo o reclamante optar pelo pagamento de uma indenização a ser paga de uma só vez – parágrafo único do art. 950 do CCB.

Entendo que o § 1º do art. 840 da CLT não exige a “prévia liquidação da condenação”, mas apenas que cada pleito esteja acompanhado de um valor a

ser arbitrado pelo advogado do reclamante. Há pedidos cuja liquidação é simples, como, por exemplo, o aviso prévio indenizado, o 13º proporcional, as férias + 1/3 etc. Há programas na Internet que facilitam a vida do advogado, inclusive quanto ao cálculo de horas extras, adicional noturno etc. Mas imaginem um pedido de pagamento de diferença salarial por equiparação, com base no art. 461 da CLT, quando o advogado do reclamante não dispõe de qualquer contracheque do paradigma, sabendo apenas que este ganhava mais do que o seu cliente. Sem falar no pedido de pagamento de adicional de insalubridade, cujo percentual (10%, 20% ou 40%) depende de prova técnica (perícia). Vou incluir no rol o pedido de diferença salarial por desvio de função ou acúmulo de funções, cujo *plus* é livremente arbitrado pelo juiz.

O juiz do trabalho, por conseguinte, **não pode exigir do advogado do reclamante a antecipação da liquidação da sentença.**

Estaríamos exigindo o *quantum debeatur* (quantia da dívida) antes mesmo do *an debeatur* (existência da dívida), capricho capaz de conduzir a interpretação ao abismo do absurdo.

A manutenção do art. 879 da CLT, que trata da liquidação da sentença, como fase do processo de execução, corrobora a nossa tese.

Os incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT são flagrantemente inconstitucionais, pois fixam o salário do empregado como parâmetro para o valor da indenização por dano extrapatrimonial, como se a “honra”, a “autoestima”, a “imagem” e todos os demais direitos da personalidade do obreiro pudessem ser medidos pelo seu salário (o empregado que recebe salário maior tem a valoração de sua honra superior à honra do colega que possui salário menor). O Governo Federal tentou “remediar” o vexame com a edição da MP 808/2017, porém esta norma caducou no dia 23/04/2018. A inconstitucionalidade dos ditos incisos está sombreada pela violação ao *caput* do art. 5º da CF (princípio da isonomia), ao inciso III do art. 1º da CF (princípio da dignidade da pessoa humana) e ao IV do art. 7º da CF (que veda a vinculação do salário). Sendo assim, o advogado trabalhista, quando da elaboração de uma reclamação, deve arguir a inconstitucionalidade das referidas normas e, com isso, arbitrar o valor desejado para o pedido de

indenização (dano moral, dano estético, dano existencial e/ou dano à imagem). O profissional não deve se curvar à medonha afronta constitucional, significando dizer que está livre para fixar o *quantum* que entender cabível.

No Processo Trabalhista é comum a presença de **pedidos cumulados**.

O CPC, no art. 327, consagra a possibilidade de cumulação de pedidos contra o mesmo reclamado, mesmo que não exista conexão entre eles, desde que os pedidos sejam compatíveis entre si; seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; e seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

Os pedidos cumulados, em regra, não se excluem. O reclamante pode pedir, por exemplo, a condenação do reclamado no pagamento de aviso prévio, de férias + 1/3, de 13º salário e de adicional noturno. Todos os pedidos serão apreciados pelo juiz.

Diferente é o caso de pedidos cumulados com natureza excludente, como é o caso do pedido principal e do pedido alternativo.

O pedido alternativo está previsto no art. 325 do CPC. Ele pode ser formulado quando, pela natureza da obrigação, o réu puder cumprir a prestação de mais de um modo.

A lesão pelo não recebimento do seguro-desemprego, decorrente da não realização da baixa do contrato na CTPS e/ou da omissão quanto à comunicação da rescisão aos órgãos competentes (*caput* e § 10 do art. 477 da CLT) gera um típico caso de alternatividade, desde que ainda não tenha decorrido o prazo decadencial para o requerimento do benefício (120 dias, para o empregado celetista e rural, à luz da Lei 7.998/1990, e 90 dias, para o empregado doméstico, nos termos da LC 150/2015). O reclamante, caso ainda não tenha decorrido o prazo decadencial, pode pedir a realização dos procedimentos necessários à liberação do benefício, e, alternativamente, o pagamento de uma indenização. O pedido de obrigação de fazer é o principal. O pedido de indenização (obrigação de pagar) é o alternativo.

A situação pode se inverter (parágrafo único do art. 325 do CPC). Digamos que o empregado faça apenas o pedido de indenização do seguro-

desemprego, sendo incontroverso o fato de ele ter sido dispensado sem justa causa. Na audiência, caso ainda não tenha decorrido o prazo decadencial, deve o advogado do empregador requerer a oportunidade para realizar os atos previstos no § 10 do art. 477 da CLT, e, com isso, desonerar o seu cliente da obrigação. O juiz não encontraria fundamento razoável para indeferir o pleito patronal, mormente pela contundência da redação do parágrafo único do art. 325 do CPC:

Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, *o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo*, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo. (sem grifos no original)

Imperdoável confundir “pedido alternativo” com “pedido subsidiário”.

O pedido subsidiário está previsto no art. 326 do CPC. Esta norma diz ser lícito, ao reclamante, formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que **o juiz** conheça do posterior, quando não acolher o anterior.



Um caso típico de pedido subsidiário é aquele envolvendo a reintegração ao emprego. O empregado detentor de estabilidade pede a reintegração ao emprego (retorno ao trabalho com efeitos *ex tunc*), formulando, subsidiariamente, o pedido de pagamento dos salários e acessórios do período entre a demissão e o final da estabilidade (no caso de estabilidade provisória). Caso o juiz dê procedência à pretensão, poderá descartar o pedido principal (reintegração) e deferir o pedido subsidiário. Importante destacar que o juiz do trabalho pode fazer isso de ofício, toda vez que se convencer de que o retorno ao labor não é aconselhável – art. 496 da CLT e Súmula 396, II, do TST.

No estudo do “pedido”, alguns assuntos não podem ser esquecidos.

2.4.1. Salário-condição

Os adicionais ganharam o epíteto de “salário-condição” porque o seu pagamento está “condicionado a certa circunstância”. O adicional noturno, por exemplo, está condicionado ao trabalho em horário noturno. A prestação de serviços em horário noturno, portanto, é a condição para a percepção do respectivo adicional. O mesmo ocorre com o adicional de horas extras, o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade e o adicional de transferência.

Quando o advogado formular o pedido de condenação do reclamado no pagamento de um adicional (salário-condição), não deve esquecer-se de pedir a repercussão desse adicional sobre determinadas verbas.

Repercussão é sinônimo de “reflexo” e de “integração”.

Quando se pede uma verba de natureza remuneratória, essa verba, em regra, vai refletir (repercutir) sobre outras verbas. Digamos que o empregado tenha laborado nos três anos de contrato em habitual sobrejornada, realizando, em média, duas horas extras por dia, sem receber qualquer pagamento adicional. Se o pagamento tivesse sido feito à época, as “horas extras” teriam integrado, por exemplo, a base de cálculo do repouso semanal remunerado, do 13º salário e das férias + 1/3. O FGTS também teria sido recolhido sobre as horas extras. Quando do pagamento das verbas rescisórias, o valor das horas extras, em sua média duodecimal, teria que repercutir sobre o cálculo do aviso prévio.

O reclamante busca o Judiciário com o objetivo de alcançar a reparação à lesão por ele sofrida. O prejuízo, no caso de não pagamento das horas extras realizadas durante os três anos de contrato, abrange o valor das horas extras (parcela principal) e os valores concernentes às naturais repercussões (parcelas acessórias).

Observem os modelos dos pedidos:

- **Pedido de adicional noturno feito por um empregado urbano demitido sem justa causa:** “Adicional noturno de 20%, com a incidência da hora noturna reduzida de 52min30seg e repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado”.

- **Pedido de adicional noturno feito por um empregado rural demitido sem justa causa:** “Adicional noturno de 25% e repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado”. **Observação:** O empregado rural tem adicional maior, mas não tem direito à hora noturna reduzida.
- **Pedido de adicional de periculosidade feito por um empregado demitido sem justa causa:** “Adicional de periculosidade de 30% e repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado”.
- **Pedido de adicional de insalubridade feito por um empregado demitido sem justa causa:** “Adicional de insalubridade de 40% (grau máximo) e repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%”. **Observações:** (1) *O adicional de insalubridade, segundo o TST, não repercute sobre o repouso semanal remunerado, à luz da OJ 103 da SDI-1, pelo fato de ter como base de cálculo o salário mínimo.* (2) *A Súmula 228 do TST, que consagrava o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário contratual, teve a sua eficácia suspensa por liminar do STF, sendo certo que o próprio TST, em setembro de 2012, suprimiu a sua redação, no aguardo da decisão final, prevalecendo a previsão do art. 192 da CLT.* (3) *O adicional de insalubridade possui três níveis: 10%, 20% e 40%.*
- **Pedido de adicional de transferência feito por um empregado demitido sem justa causa:** “Adicional de transferência de 25% e repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado”. **Observação:** *O adicional só é devido quando a transferência for provisória – OJ 113 da SDI-1 e § 3º do art. 469 da CLT.*

O pedido de pagamento de horas extras é diferente. Ele não tem o adicional como objeto principal, mas secundário.

Digamos que o empregado receba salário mensal de R\$ 2.200,00 para

trabalhar 44h por semana. O salário hora desse empregado vale R\$ 10,00 (resultado da divisão do salário mensal por 220). O adicional de horas extras vale R\$ 5,00 (50% do salário hora). O valor de uma hora extra, por conseguinte, equivale a R\$ 15,00 (salário hora + adicional). Se o pedido fosse de “pagamento do adicional de horas extras”, o advogado estaria restringindo a condenação a R\$ 5,00 por cada hora extra. O correto, portanto, é pedir o **“pagamento de horas extras com adicional de 50%”**. O advogado, neste caso, estará pleiteando o valor de R\$ 15,00 por cada hora extra. A diferença é grande!

O comissionista, que é aquele empregado que recebe salário “por produção” (quanto mais produz, mais ganha), não tem direito ao pagamento de horas extras com adicional, mas apenas ao pagamento do adicional de horas extras, pois o TST impôs presunção *juris et de jure* de que as comissões, recebidas no labor extraordinário, já remuneram as “horas extras” – Súmula 340 do TST e OJ 235 da SDI-1. Essa presunção não se aplica ao cortador de cana, desde abril de 2012, quando a categoria foi excluída da exceção, em alteração que afetou a própria OJ 235 da SDI-1.

No caso de empregado que receba “remuneração mista” (fixo + comissões), como, por exemplo, o comerciário (por força de previsão em convenção coletiva de trabalho), o cálculo também será “misto”, ou seja, em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras e em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras – OJ 397 da SDI-1.

- **Pedido de pagamento de horas extras feito por um empregado demitido sem justa causa:** “Horas extras com adicional de 50% e repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado”.
- **Pedido de pagamento do adicional de horas extras feito por um empregado comissionista demitido sem justa causa:** “Adicional de horas extras de 50% com repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado”.
- **Pedido de pagamento de horas extras feito por um empregado**

que recebe remuneração mista e que foi demitido sem justa causa: “Horas extras com adicional de 50% sobre a remuneração fixa e adicional de horas extras de 50% sobre as comissões (remuneração variável) e repercussão sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado”.

Os adicionais previstos em lei são “mínimos”. Eles podem ser majorados por lei ou por normas costumeiras, chamadas também de consuetudinárias, tais como o regulamento interno da empresa, o acordo coletivo de trabalho, a convenção coletiva de trabalho, entre outras. O advogado empregado, por exemplo, tem direito ao pagamento de horas extras com adicional de 100% – § 2º do art. 20 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia).

Os adicionais, porém, não podem ser reduzidos para menos do “mínimo” garantido por lei. A vedação foi mantida pela Reforma Trabalhista – *caput* e incisos VI, X e XVIII do art. 611-B da CLT.

O bancário possui previsão especial, pois trabalha de segunda a sexta-feira, folgando sábado e domingo. Seu repouso semanal remunerado ocorre no domingo. O sábado do bancário é classificado como um “dia útil não trabalhado”, razão pela qual o TST entende que as horas extras não repercutem no cálculo do sábado, mas apenas do domingo – Súmula 113 do TST. O advogado do bancário, entretanto, deve sempre verificar a convenção coletiva da categoria, pois é comum a presença de norma mais benéfica, dispondo que as horas extras também refletirão no cálculo da remuneração do sábado. O mesmo se diga sobre o divisor a ser utilizado, recentemente uniformizado pelo TST na Súmula 124.

Jurisprudência consolidada do TST sobre repercussão

SÚMULA 45 do TST. SERVIÇO SUPLEMENTAR. A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação natalina prevista na Lei nº 4.090, de 13.07.1962.

SÚMULA 60 do TST. ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO.

I – O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário

do empregado para todos os efeitos.

II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.

SÚMULA 113 do TST. BANCÁRIO. SÁBADO. DIA ÚTIL. O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração.

SÚMULA 115 do TST. HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS. O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais.

SÚMULA 132 do TST. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO.

I – O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras.

II – Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas.

SÚMULA 139 do TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais.

SÚMULA 203 do TST. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA SALARIAL. A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais.

SÚMULA 226 do TST. BANCÁRIO. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. INTEGRAÇÃO NO CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. A gratificação por tempo de serviço integra o cálculo das horas extras.

SÚMULA 247 do TST. QUEBRA DE CAIXA. NATUREZA JURÍDICA. A parcela paga aos bancários sob a denominação

“quebra de caixa” possui natureza salarial, integrando o salário do prestador de serviços, para todos os efeitos legais.

SÚMULA 376 do TST. HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. Art. 59 DA CLT. REFLEXOS.

I – A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas.

II – O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no “caput” do art. 59 da CLT.

OJ 97 da SDI-1. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. BASE DE CÁLCULO. O adicional noturno integra a base de cálculo das horas extras prestadas no período noturno.

OJ 103 da SDI-1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REPOUSO SEMANAL E FERIADOS. O adicional de insalubridade já remunera os dias de repouso semanal e feriados.

OJ 123 da SDI-1. BANCÁRIOS. AJUDA ALIMENTAÇÃO. A ajuda alimentação prevista em norma coletiva em decorrência de prestação de horas extras tem natureza indenizatória e, por isso, não integra o salário do empregado bancário.

OJ 259 da SDI-1. ADICIONAL NOTURNO. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO. O adicional de periculosidade deve compor a base de cálculo do adicional noturno, já que também neste horário o trabalhador permanece sob as condições de risco.

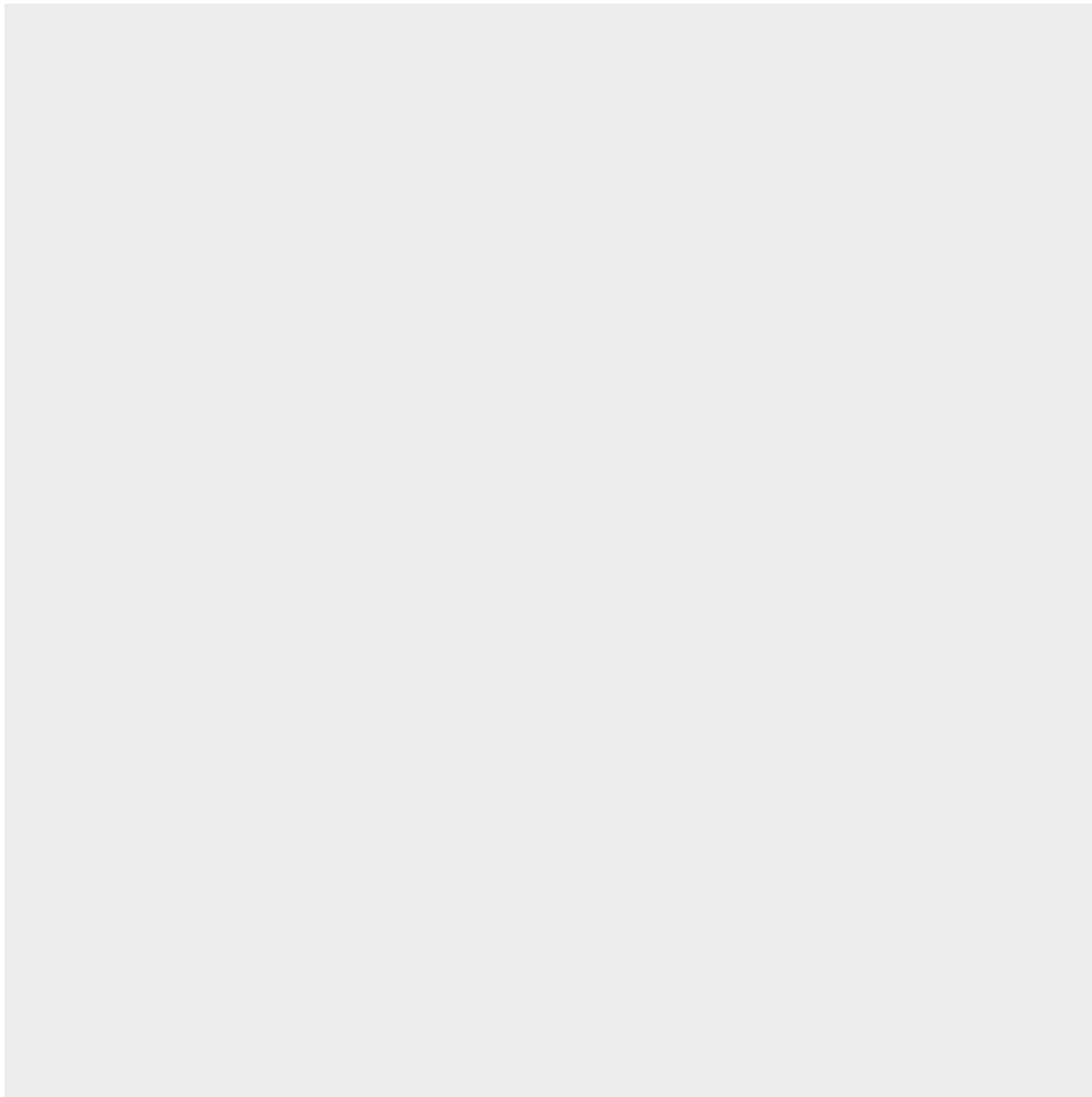
2.4.2. *Verbas Rescisórias*

Pensando em reclamação trabalhista, o natural é trabalhar sempre com a presunção de que o reclamante foi dispensado sem justa causa.

Não há necessidade de uma fundamentação jurídica específica para o pedido de pagamento das verbas rescisórias, pois elas derivam, com naturalidade, da extinção contratual. Quando o advogado diz que o

reclamante foi dispensado sem justa causa e não recebeu verbas rescisórias, a causa de pedir já está completa. Basta, no pedido, relacionar as respectivas verbas. Sempre é bom lembrar que as verbas rescisórias na rescisão indireta são as mesmas de uma dispensa sem justa causa, salvo no que diz respeito à multa do § 8º do art. 477 da CLT, que não se aplica à rescisão indireta.

As verbas rescisórias de uma dispensa sem justa causa são:



- **Aviso prévio**

O instituto está regulado pelos arts. 7º, XXI, da CF e 487 a 491 da CLT e pela Lei 12.506/2011, além de contar com inúmeras súmulas e orientações jurisprudenciais do TST.

O aviso prévio não pode ser suprimido ou reduzido por convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, como dispõe o inciso XVI do art. 611-B da CLT.

Na dispensa sem justa causa, o empregador deve conceder o aviso prévio ao obreiro. No pedido de dispensa, o empregado deve conceder o aviso prévio ao empregador.

Conceder aviso prévio é “avisar previamente à parte contrária da intenção de rescindir, sem justo motivo, o pacto, dando-lhe um tempo a mais de contrato, com o intuito de que, nesse lapso, o obreiro consiga um novo emprego ou o empregador consiga um substituto para o empregado demissionário”.

À luz do art. 7º, XXI, da CF, o prazo mínimo do aviso prévio é de 30 dias. Logo, o aviso prévio de oito dias, previsto no inciso I do art. 487 da CLT não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

O aviso prévio corresponde a uma obrigação assumida por aquele que, **sem justo motivo**, deseja rescindir um contrato firmado por tempo **indeterminado** – art. 487, *caput*, da CLT. A definição contida no *caput* do art. 487 da CLT nos revela características importantes do aviso prévio. O aviso prévio pode ser uma **obrigação patronal ou uma obrigação do empregado**, a depender de quem tomou a iniciativa de rescindir, **sem justo motivo**, o contrato. Na dispensa sem justa causa, o aviso prévio é um dever do empregador e um direito do empregado. No pedido de demissão, o aviso prévio é um dever do empregado e um direito do empregador.

E isso tem relevância? Claro que sim!

A Lei 12.506/2011, que regulamentou a **proporcionalidade** do aviso prévio (quanto maior o tempo de serviço, maior será o prazo do pré-aviso), aplica-se apenas em favor do empregado, destarte, não incide no pedido de dispensa feito pelo obreiro (nesse tipo de rescisão, o aviso prévio será sempre de 30 dias, independentemente do tempo de serviço).

Se a extinção contratual ocorrer por justo motivo, não existirá aviso prévio. Exemplos: demissão por justa causa; extinção por motivo de força maior; extinção por *factum principis*; extinção por morte do empregado. A

rescisão indireta do contrato de trabalho representa uma exceção à regra, pois, apesar de motivada, atrai o aviso prévio indenizado a cargo da empresa, como reza o art. 487, § 4º, da CLT.

O fechamento da empresa (encerramento de suas atividades) não afasta por si só o aviso prévio – art. 485 da CLT e Súmula 44 do TST. Incide o princípio da alteridade, cabendo ao empregador assumir os riscos do negócio. Logo, no caso de falência o aviso prévio indenizado é devido. Caso o encerramento das atividades tenha decorrido de motivo de força maior ou de fato do príncipe (arts. 501 e 486 da CLT, respectivamente), não será devido aviso prévio, pois a imprevisibilidade é uma das características da força maior e do fato do príncipe.

Não existe aviso prévio em contratos por prazo determinado, como bem define o *caput* do art. 487 da CLT. Isso é lógico, pois as partes, ao firmarem um pacto por prazo determinado, já sabem, de antemão, quando o vínculo terminará. Mas existe uma exceção. Estou falando do contrato por prazo determinado com “cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada” (cláusula prevista no art. 481 CLT). Existindo a referida cláusula no contrato, caso uma das partes resolva aplicá-la, ou seja, decida rescindir antecipadamente o pacto, o art. 481 decreta que a ruptura será regida pelos princípios da rescisão de um contrato por tempo indeterminado, atraindo, assim, a incidência do aviso prévio – Súmula 163 TST, *verbis*:

AVISO PRÉVIO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT.

Apesar de a Súmula 163 do TST falar especificamente do contrato de experiência, ela deve ser aplicada por analogia aos demais contratos por prazo determinado previstos na CLT.

Boa parcela da jurisprudência também entende que o aviso prévio é cabível em qualquer caso de rescisão antecipada e injustificada de contrato por prazo determinado, independentemente da presença ou não da cláusula assecuratória, exatamente pela “quebra de contrato”. O advogado do reclamante, nesse tipo de situação, tem que requerer o pagamento do aviso

prévio indenizado.

O aviso prévio, trabalhado ou indenizado, é computado como tempo de serviço. Infeliz, conseqüentemente, a denominação “*aviso prévio indenizado*”, que, de *indenização*, nada tem, possuindo típica natureza remuneratória. O aviso prévio indenizado não deixa de ser um caso atípico de interrupção do contrato de trabalho (empregado recebe salário sem prestar serviços). O entendimento de que o aviso prévio indenizado tem natureza remuneratória é pacífico na seara trabalhista, mas não se aplica no âmbito previdenciário. O STJ já definiu que o aviso prévio indenizado não serve de base de cálculo para contribuições previdenciárias. A informação é importante para o advogado, principalmente naquele caso da “discriminação das verbas” em termo de conciliação judicial. O TST vem seguindo a mesma trilha.

O aviso prévio, trabalhado ou indenizado, serve para fins de aquisição da estabilidade gestante, nos termos do art. 391-A da CLT. Logo, se a gravidez ocorrer durante o aviso prévio, a empregada terá direito à reintegração ao emprego ou ao pagamento dos salários e acessórios do período de estabilidade (art. 496 da CLT e Súmula 396, II, do TST).

A baixa na CTPS deve ser realizada com a data correspondente ao término do aviso prévio, ainda que indenizado, à luz da OJ 82 da SDI-1:

AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS. A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Como o aviso prévio, trabalhado ou indenizado, é computado no tempo de serviço, também repercute no cômputo prescricional, como bem define a OJ 83 da SDI-1:

AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO. A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, da CLT.

Sob o mesmo fundamento, o FGTS deve ser recolhido sobre o valor do aviso prévio, seja ele trabalhado ou indenizado – Súmula 305 do TST.

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO.

INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO. O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS.

Confuso?

Vamos exemplificar.

Digamos que o empregado tenha pedido demissão e, como não deseja permanecer nem mais um dia na empresa, aproveitou e requereu a dispensa do aviso prévio. O empregador, na qualidade de credor do aviso, poderá livremente exonerar o obreiro do seu cumprimento, pois os direitos trabalhistas patronais são disponíveis. E se o empregador indeferir o requerimento obreiro, exigindo o cumprimento do aviso prévio? O empregado terá duas opções:

Cumprir o aviso prévio (trabalhando, com isso, mais 30 dias na empresa, sem qualquer redução de jornada ou folga extra)

*Não cumprir o aviso prévio, quando, então, o empregador poderá **descontar** o respectivo valor das verbas rescisórias, nos termos do art. 487, § 2º, da CLT.*

Agora vamos para o outro lado da moeda. Digamos que o empregador deseje dispensar, sem justa causa, um empregado. Ele terá duas opções:

- 1) Conceder o aviso prévio **trabalhado**, pré-avisando ao obreiro, de preferência por escrito, que a rescisão se concretizará dali a tantos dias. A contagem dar-se-á com a exclusão do dia do aviso e a inclusão do dia final, como dispõe o art. 132 do CCB, ratificado pela Súmula 380 do TST. O advogado do empregador deve alertá-lo sobre a incidência do art. 488 da CLT, o qual dispõe sobre o direito de o empregado laborar, durante o período do aviso prévio, com redução de 2h em sua jornada. Se o trabalhador preferir, poderá optar por laborar em jornada integral, folgando 7 dias corridos para cada 30

dias de aviso prévio (se o aviso prévio, por exemplo, for de 60 dias, essa folga será de 14 dias; se o aviso prévio for de 90 dias, a folga será de 21 dias; se o aviso prévio for de 48 dias, a folga será de 12 dias – *matematicamente falando, o aviso prévio seria de 11,2 dias, resultado que deve ser arredondado para mais, por se tratar de direito mínimo*). O art. 488 da CLT não é aplicável no caso de pedido de dispensa, incidindo, exclusivamente, quando o aviso prévio trabalhado tiver como **credor** o trabalhador. Considero ineficaz o art. 15 da Lei 5.889/1973 (Estatuto do Trabalhador Rural), por não mais enxergar, depois do inciso I do art. 7º da CF, justificativa para a diferenciação, em se tratando de aviso prévio, entre empregado urbano e empregado rural.

- 2) Conceder o aviso prévio **indenizado**, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, fazendo com que o empregado estanque, imediatamente, a prestação de serviços, pagando-lhe, quando da quitação das verbas rescisórias, o valor correspondente aos dias do pré-aviso, observando, evidentemente, a proporcionalidade prevista na Lei 12.506/2011.

Na primeira situação (aviso prévio trabalhado), o empregador não pode substituir a redução de 2h da jornada pelo pagamento de horas extras, pois estaria soterrando a intenção do legislador (proporcionar mais tempo ao obreiro para buscar um novo emprego). Neste sentido a Súmula 230 do TST.

AVISO PRÉVIO. SUBSTITUIÇÃO PELO PAGAMENTO DAS HORAS REDUZIDAS DA JORNADA DE TRABALHO. É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

No caso de aviso prévio **trabalhado**, é possível, no decorrer do período, a dispensa, pelo empregado, do restante do pré-aviso, quando tiver obtido um novo emprego. A previsão está esculpida na Súmula 276 do TST, mas nem precisava, pois nasce do simples exercício da lógica.

O aviso prévio **trabalhado**, decorrente da dispensa sem justa causa, tem por escopo proporcionar ao obreiro um “sopro de tempo” para buscar um

novo emprego. Se esse objetivo (novo emprego) foi alcançado durante o cumprimento do aviso prévio trabalhado, o jurista, trazendo ao bailado o princípio da proporcionalidade, raciocina: o que tem mais valor, a continuidade do aviso prévio ou o novel emprego?

O emprego, logicamente!

Sou crítico, *data venia*, daqueles que enxergam, no caso, “renúncia” obreira ao aviso prévio. O empregado não estará, tecnicamente, “renunciando” a um direito, visto que renunciar é abandonar, largar, desprezar, não querer mais, pressupondo a livre disposição da vontade. Renúncia é ato unilateral que gera prejuízo. Ao aceitar o novo emprego, em horário incompatível com o cumprimento do aviso prévio, a continuidade deste, com sutil naturalidade, impossível se torna, encontrando, conseqüentemente, o seu fim. O empregado não renunciou ao seu direito, apenas o aviso prévio cumpriu, com maestria, a sua missão maior. Não há que se pensar, portanto, em prejuízo ao empregado. Segue a transcrição da referida Súmula:

AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO. 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. (sem grifos no original)

O advogado do empregador, para fins de dispensa, pelo empregado, do aviso prévio, deve exigir do obreiro prova documental quanto ao novo emprego, arquivando-a na empresa. Além disso, é recomendável que o trabalhador faça o requerimento por escrito.

O aviso prévio é incompatível com qualquer período de estabilidade, logo, inválido se torna quando concedido na fluência de garantia de emprego – Súmula 348 do TST. Digamos que a empregada tenha retornado ao trabalho, depois da licença-maternidade, ainda com pouco mais de um mês de estabilidade provisória (art. 10, II, *b*, do ADCT). O empregador, caso deseje dispensá-la sem justa causa, deverá esperar o fim da estabilidade, para, só então, conceder aviso prévio, trabalhado ou indenizado.

- **Aviso prévio proporcional**

A Constituição Federal fixou o mínimo de trinta dias para o aviso prévio – art. 7º, XXI, prevendo a concessão de “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”. A regulamentação finalmente veio à tona, mediante a Lei 12.506, de outubro de 2011. Diz a Lei:

Art. 1º O 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, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. 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.

O empregado que, no momento da dispensa sem justa causa, ainda não completou um ano de serviço, terá direito ao aviso prévio mínimo (30 dias). Depois de completado o primeiro ano de serviço, ou seja, a partir do segundo ano, o aviso prévio passa a ser proporcional ao tempo de serviço. Essa proporcionalidade incidirá à razão de três dias a mais para cada ano de labor.

A Lei 12.506/2011, marcada por graves lacunas, foi alvo de duras críticas, inclusive por parte de ministros do TST.

Na tentativa de afastar as mazelas decorrentes da inocuidade legal, o Ministério do Trabalho lançou mão de “notas técnicas”, algo não recomendável, já que o órgão ministerial não pode legislar sobre direito ou processo do trabalho, mas apenas regulamentar as normas sobre saúde, segurança e higiene no trabalho. A primeira “Nota Técnica”, de frágil estrutura, terminou contrariando a tendência jurisprudencial, dando lugar a uma segunda “Nota Técnica”, a qual, ao que parece, conseguiu mitigar os debates. Estou falando da Nota Técnica CGRT/SRT/MTE nº 184/2012. *Observem algumas dúvidas que foram solucionadas:*

- **1ª Dúvida:** O primeiro acréscimo de três dias ocorrerá quando o empregado tiver iniciado o segundo ano de serviço ou apenas quando

tiver completado o segundo ano? Resposta: O acréscimo se dá **no curso (no decorrer) do segundo ano**, ou seja, basta o empregado concluir o primeiro ano de trabalho para já ter direito à proporcionalidade. Digamos que o empregado foi dispensado sem justa causa antes de completar um ano de serviço – seu aviso prévio será de 30 dias. Digamos que o empregado foi dispensado sem justa causa com um ano e alguns dias de trabalho – seu aviso prévio será de 33 dias. Digamos que o empregado foi dispensado sem justa causa quando já contava com dois anos e um mês de contrato – seu aviso prévio será de 36 dias. E assim por diante. O aviso prévio máximo é de 90 dias.

- **2ª Dúvida:** A proporcionalidade é apenas para beneficiar o empregado, ou também deve ser aplicada no pedido de dispensa? Resposta: A proporcionalidade é um direito exclusivo do empregado, já que está prevista no art. 7º, XXI, CF (o art. 7º CF, no seu *caput*, diz que os seus incisos representam “direitos dos trabalhadores”). Sendo assim, em caso de pedido de dispensa, o aviso prévio será sempre de 30 dias, independentemente do tempo de serviço.
- **3ª Dúvida:** Aquele que estava cumprindo aviso prévio de trinta dias, quando da publicação da Lei 12.506/2011, terá direito à proporcionalidade? Resposta: Não! A citada Lei só deve ser aplicada às rescisões ocorridas **depois de sua publicação**, não alcançando, portanto, rescisões já concretizadas (posição, inclusive, já sumulada pelo TST – vide Súmula 441).

Conclusão:

Empregado com um ano incompleto de serviço = 30 dias de aviso prévio; com um ano completo = 33 dias de aviso prévio; com dois anos completos = 36 dias de aviso prévio etc. (a expressão “no decorrer” é bem esclarecedora; se o empregado for dispensado sem justa causa no decorrer do primeiro ano, ele terá 30 dias de aviso; se a dispensa for no decorrer do segundo ano, terá 33 dias de aviso; se a dispensa se der no decorrer do terceiro ano, terá 36 dias de aviso, e assim por diante).

A proporcionalidade aplica-se, exclusivamente, em benefício do empregado.

A lei não poderá retroagir para alcançar a situação de aviso prévio já iniciado.

A jornada reduzida ou a faculdade de ausência no trabalho, previstas no art. 488 da CLT, continuam válidas (a hipótese de ausência deve ser também proporcional à duração do aviso).

Recaindo o término do aviso prévio proporcional nos trinta dias que antecedem a data base da categoria, o empregado fará jus à indenização prevista no art. 9º das Leis 6.708/1979 e 7.238/1984, no valor de um salário mensal, integrado pelos adicionais legais e convencionais (Súmula 242 do TST).

O aviso prévio proporcional integra o tempo de serviço para todos os fins legais, seja trabalhado, seja indenizado.

As cláusulas pactuadas em acordo coletivo ou convenção coletiva que tratam do aviso prévio proporcional deverão ser observadas, desde que respeitada a proporcionalidade mínima prevista na Lei 12.506/2011 (princípio da norma mais benéfica c/c teoria do conglobamento mitigado).

Alguns sindicatos vêm, equivocadamente, repassando a informação de que o empregado, em caso de “aviso prévio proporcional trabalhado”, só teria a obrigação de laborar nos primeiros 30 dias, recebendo, de forma indenizada, o prazo restante. Seria um **aviso prévio híbrido** (parte trabalhada e parte indenizada). O TST, em decisão recente, jogou um balde de água fria na tese sindical, explicitando que o aviso prévio, no caso de dispensa sem justa causa, pode ser concedido na forma trabalhada ou na forma indenizada, no seu todo, *verbis*:

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO.
AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO.
É impossível aferir afronta direta e literal ao artigo 7º, caput, da Constituição Federal, pois o dispositivo apenas faz introdução ao rol dos direitos trabalhistas garantidos constitucionalmente, não tratando do aviso-prévio de maneira direta. Do mesmo modo, o

inciso XXI, do artigo 7º da CF, assegura o direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, porém não veda que o empregador possa exigir o cumprimento de todo o período. Logo, não se constata a ofensa direta e literal como exige o artigo 896, “c”, da CLT. (TST – RR 108500-74.2013.5.17.0013. Data de publicação: 28/11/2014).

O aviso prévio não pode coincidir com o período de estabilidade, porquanto os institutos são incompatíveis. Digamos que a empregada, após a licença-maternidade, tenha retornado ao trabalho com 50 dias de estabilidade (a garantia de emprego da gestante vai da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto). O empregado deseja dispensar, sem justa causa, a obreira, após, naturalmente, o fim de sua estabilidade. Daí surge a ideia de conceder o aviso prévio durante o lapso da garantia de emprego, “matando dois coelhos com um único tiro”. Ante a incompatibilidade dos dois institutos, o TST não reconhece esse tipo de pré-aviso.

SÚMULA 348 do TST. AVISO PRÉVIO. CONCESSÃO NA FLUÊNCIA DA GARANTIA DE EMPREGO. INVALIDADE. É inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos.

Se o fechamento da empresa ocorrer por motivo de força maior, inexistirá aviso prévio. A força maior tem como principal característica a imprevisibilidade, situação que afasta, por si só, a possibilidade de o empregador pré-avisar aos empregados. Diferente é o caso de encerramento da atividade empresarial sem a presença de motivo de força maior. A falência, por exemplo, não elide o aviso prévio. O entendimento decorre do art. 2º da CLT – cabe ao empregador assumir os riscos da atividade. Para o TST, a cessação a atividade da empresa não exclui, por si só, o direito dos empregados ao aviso prévio.

SÚMULA 44 do TST. AVISO PRÉVIO. A cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio.

Se a gravidez ocorrer durante o aviso prévio, trabalhado ou indenizado, a empregada adquirirá a estabilidade prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT – inteligência do art. 391-A da CLT.

Se o empregado sofrer acidente do trabalho durante o aviso prévio **trabalhado**, gerando licença médica maior que 15 dias, o fato também atrairá a estabilidade acidentária – art. 2º da CLT. No caso de empregado doméstico, o mero acidente do trabalho já vai gerar a estabilidade acidentária, porque não há a interrupção contratual nos 15 primeiros dias, recebendo, o doméstico, benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário já a partir do 1º dia da licença médica.

O início do aviso prévio segue a previsão contida no art. 132 do CCB (a contagem ocorrerá com a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia final). Eis a Súmula 380 do TST:

AVISO PRÉVIO. INÍCIO DA CONTAGEM. Art. 132 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. Aplica-se a regra prevista no “caput” do art. 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento.

Digamos que o empregado, depois de sete meses de contrato, numa segunda-feira pela manhã, seja pré-avisado de sua dispensa sem justa causa. Seu aviso prévio iniciar-se-á na terça-feira e não na própria segunda-feira.

- **Multa do art. 477, § 8º, CLT e Multa do art. 467 CLT**

Além das verbas rescisórias, existem duas multas previstas na CLT que são revertidas em favor do obreiro:

- ✓ Multa do art. 477, § 8º, da CLT.
- ✓ Multa do art. 467 da CLT.

O art. 477, no seu § 6º, com redação dada pela Lei 13.467/2017, fixa o prazo **de dez dias** para a entrega de documentos e para o pagamento das verbas rescisórias, a partir do término do contrato. A contagem dar-se-á na forma do *caput* do art. 132 do CCB, com a exclusão do dia da rescisão (término do contrato) e a inclusão do dia final, o qual, se recair em dia não

útil, será prorrogado para o imediatamente subsequente.

Não há mais a necessidade de homologação da rescisão no sindicato ou no Ministério do Trabalho, diante da revogação dos §§ 1º, 3º, 4º e 7º do art. 477 da CLT, pela Lei 13.467/2017.

A homologação continua obrigatória para o pedido de demissão de empregado portador de estabilidade – art. 500 da CLT. Deverá ser feita no sindicato da categoria profissional, e, se não houver, no Ministério do Trabalho.

Reza o § 8º do art. 477 da CLT:

A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

A “multa de 160 BTN por trabalhador” tem natureza de multa administrativa, não se revertendo em favor do empregado. Sendo assim, não deve ser requerida na reclamação trabalhista, visto que a Justiça do Trabalho não tem competência para aplicar penalidades administrativas (as multas administrativas são recolhidas em favor da União, sendo aplicadas pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego).

O advogado do reclamante, por conseguinte, ao pedir a aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT, estará requerendo apenas a multa no valor de um salário mensal.

O fato gerador da multa do art. 477, § 8º, da CLT é o atraso no pagamento das verbas rescisórias, existindo, entretanto, uma única excludente, prevista na parte final do referido § 8º: quando a culpa pelo atraso ou pelo não pagamento for do trabalhador, a multa não será devida.

Recentemente o TST publicou a Súmula 462, ratificando que a única excludente da multa é exatamente a comprovação de que foi o empregado quem deu causa à mora. Nem mesmo a controvérsia sobre a existência ou não

de relação empregatícia é capaz de afastar a aplicação da multa.

SÚMULA 462 DO TST. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. Com errata publicada no DEJT divulgado em 30.06.2016. A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.

A argumentação jurídica na causa de pedir, para a aplicação da multa, é muito simples, pois deriva naturalmente da narrativa dos fatos. O fato de o empregador ter incorrido em mora no pagamento das verbas rescisórias ou de simplesmente não ter efetuado qualquer pagamento já é o mote para o pedido da multa.

E se o empregador pagar as verbas em valor menor do que o devido?

Há juízes que, diante do pagamento parcial das verbas, aplica a multa, sob o argumento de que não basta ao empregador a mera quitação tempestiva dos títulos rescisórios, incumbindo-lhe também o dever de pagar o valor integral. De outra banda, os que não aplicam a multa usam como fundamento uma regra básica da hermenêutica jurídica: “as normas punitivas devem ser interpretadas restritivamente”. Aplicando-se a interpretação restritiva, a multa só incidirá se o fato gerador legal ocorrer, qual seja, “o atraso no pagamento das verbas”. Quando uma empresa paga apenas parte das verbas rescisórias, geralmente há controvérsia acerca do motivo da rescisão contratual. Diante da nova Súmula 462 do TST, já citada anteriormente, a primeira corrente ganhou força.

Digamos que um empregado, contratado no dia 20/08/2017, com salário mensal de R\$ 2.000,00, tem seu contrato extinto, mediante pedido de dispensa, no dia 15/11/2017. A empresa, diante do pedido de dispensa do empregado, formulado, inclusive, por escrito, o exonera do cumprimento do aviso prévio, pagando-lhe, no dia 21/11/2017, as seguintes verbas rescisórias:

Férias proporcionais + 1/3 de 3/12 no valor de R\$ 666,67;

13º salário proporcional de 3/12 no valor de R\$ 500,00;

Saldo de salário de 15 dias no valor de R\$ 1.000,00.

Total = R\$ 2.166,67.

As verbas rescisórias foram pagas tempestivamente, à luz do art. 477, § 6º, da CLT. Diante do pedido de demissão, o pagamento foi realizado no valor correto.

O empregado, alegando que jamais pediu dispensa do emprego, amparado pela presunção contida na Súmula 212 do TST, propõe reclamação trabalhista, destacando que foi “forçado” a assinar um fictício pedido de demissão, o qual, nos termos do art. 9º da CLT, deve ser declarado nulo. Diante da nulidade, requer o pagamento das “diferenças das verbas rescisórias”, abarcando:

- Aviso prévio indenizado de 30 dias, com integração ao tempo de serviço.
- 1/12 de férias proporcionais + 1/3, por conta da integração do aviso prévio.
- 1/12 do 13º salário proporcional, também por conta da integração do aviso prévio.
- Liberação do FGTS e pagamento da multa de 40%.
- Indenização do seguro-desemprego.
- Aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT, pela não quitação integral das verbas rescisórias.

O pedido de incidência da multa tem como fato gerador a quitação **parcial** das verbas.

Na contestação, o advogado da empresa vai refutar o fato de o empregado ter sido dispensado sem justa causa, defendendo a legalidade do pedido de demissão, mas, ao final, por cautela (princípio da eventualidade), deverá requerer o afastamento, em caso de condenação, da multa do art. 477, § 8º, da

CLT, argumentando que o pagamento foi efetuado, à época da rescisão, corretamente, considerando o pedido de dispensa (*tempus regit actum* – **lição dos romanos: o tempo rege o ato**). A **controvérsia quanto ao** motivo ensejador da rescisão, dirá o advogado da empresa, por si só, já basta para impedir a incidência da multa. Eis a adoção da corrente restritiva. O TST chegou a orientar a aplicação da interpretação restritiva (favorável ao empregador), mediante a publicação da OJ 351 da SDI-1. Mas a OJ foi cancelada no ano de 2009. Com a chegada da Súmula 462 do TST, a incidência da multa, nesse tipo de situação, ganhou força, porque a condenação do empregador termina traduzindo que foi ele quem deu causa à mora.

Confesso, entretanto, que não comungo da corrente ampliativa. Considero, pois, injusta e iníqua a incidência da multa quando a diferença das verbas rescisórias decorrer de **real controvérsia**.

Diferente é o caso de pagamento a menor quando inexistente controvérsia.

Digamos que aquele mesmo empregado, contratado no dia 20/08/2017, com salário mensal de R\$ 2.000,00, teve o seu contrato extinto, mediante pedido de dispensa, no dia 15/11/2017. A empresa, diante do pedido de dispensa do empregado, formulado, inclusive, por escrito, o exonera do cumprimento do aviso prévio, pagando-lhe, no dia 21/11/2017, as seguintes verbas rescisórias:

Férias proporcionais + 1/3 de 3/12 no valor de R\$ 666,67;

Saldo de salário de 15 dias no valor de R\$ 1.000,00.

Total = R\$ 1.666,67.

As verbas rescisórias foram pagas tempestivamente, à luz do art. 477, § 6º, da CLT. Mas foram pagas a menor, com a notória ausência do 13º salário proporcional de 3/12, no valor de R\$ 500,00. O empregado ajuizou reclamação trabalhista, confirmando que, de fato, pediu dispensa do emprego, requerendo apenas a condenação do reclamado no pagamento do 13º salário proporcional e da multa do art. 477, § 8º, da CLT. Nesse caso, não vejo como o juiz indeferir o pedido de incidência da multa, pois **jamais existiu controvérsia acerca da diferença das verbas rescisórias**.

A massa falida é isenta da multa do § 8º do art. 477 da CLT, nos termos da Súmula 388 do TST. Os entes da Fazenda Pública também são isentos, à luz da OJ 238 da SDI-1.

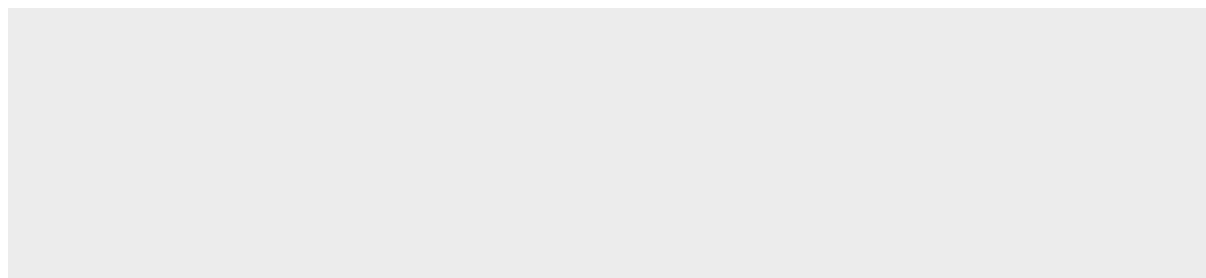
O fato gerador da multa do art. 467 da CLT é a **não quitação das verbas rescisórias incontroversas na data do comparecimento do empregador à Justiça do Trabalho.**

Verbas rescisórias incontroversas são verbas confessadas, admitidas como devidas, inconcussas, inquestionáveis etc.

A data do comparecimento corresponde à data da audiência. Existindo controvérsia sobre o valor das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, no dia da audiência, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de 50%. A multa do art. 467 da CLT, portanto, é de 50% das verbas rescisórias incontroversas.

Vamos voltar àquele exemplo explorado quando da abordagem da multa do art. 477, § 8º, da CLT.

O empregado, contratado no dia 20/08/2017, com salário mensal de R\$ 2.000,00, tem seu contrato extinto, mediante pedido de dispensa, no dia 15/11/2017. A empresa, diante do pedido de dispensa do empregado, calculou as verbas rescisórias, mas não efetuou qualquer pagamento, visto que, no dia agendado, o obreiro não compareceu. O empregador se encontra munido de certidão emitida pelo sindicato, comprovando que a mora foi provocada pelo não comparecimento do obreiro. Eis as verbas rescisórias:



Caso o empregado ajuíze reclamação trabalhista, sob o argumento de que foi dispensado sem justa causa, requerendo o pagamento das verbas rescisórias e da multa do art. 477, § 8º, da CLT, o empregador, independentemente do resultado da demanda, estará obrigado a pagar ao reclamante, no dia da primeira audiência, a parte incontroversa das verbas, ou

seja, o valor de R\$ 2.166,67. O empregador sabe que esse valor é indiscutível, inconcusso, incontroverso. Se o empregador não pagar a quantia na primeira audiência, sofrerá, mesmo vencendo a causa, a incidência da multa do art. 467 da CLT (50% sobre aquele valor). Mas o empregador não fez qualquer pagamento, apenas apresentando contestação e prova documental.

Terminada a instrução, a sentença foi proferida, confirmando validade do pedido de dispensa. Essa decisão, em sede de prejudicial meritória, conduziu, com natural lógica, à improcedência, o pedido de pagamento das verbas rescisórias concernentes à demissão sem justa causa. A mesma sentença considerou válida a excludente de ilicitude levantada pelo empregador, reconhecendo que a mora, quanto à quitação das verbas rescisórias, foi causada por culpa exclusiva do obreiro, soterrando o pedido de aplicação da multa do art. 477, § 8º, da CLT. O empregador ganhou tudo? Sim, o empregador ficou com as “batatas” (expressão do incomparável Machado de Assis, na obra *Quincas Borba*: “ao vencedor, as batatas”). Se o empregador ganhou tudo, nada pagará! Errado!

Mesmo com as “batatas”, o empregador será condenado ao pagamento das “verbas rescisórias incontroversas”, no valor de R\$ 2.166,67, além da multa do art. 467 da CLT, no caso, de R\$ 1.083,34 (50%), sem falar das custas processuais, no valor de R\$ 65,00 (2% do valor da condenação, que foi de R\$ 3.250,01).

O advogado do réu poderia ter evitado o prejuízo, orientando o cliente a quitar, na primeira audiência, as verbas rescisórias incontroversas.

Tem advogado de empregador que, na primeira audiência, requer prazo para quitação das verbas rescisórias incontroversas. Alguns juízes deferem o requerimento. Filio-me àqueles que **indeferem** o requerimento. Ora, o comando legal é no sentido de que: “(...) o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas (...)”. Trata-se, portanto, de um “prazo legal”. Sendo legal, só poderá ser dilatado por motivo de força maior, devidamente comprovado (inciso II do art. 775 da CLT), sendo inaplicável o inciso I do art. 775 da CLT, que só incide sobre os prazos judiciais, como já estudamos na primeira parte da obra. A massa falida é isenta da multa do art. 467 da CLT,

como dispõe a Súmula 388 do TST.

A multa do art. 467 da CLT não se aplica contra a Fazenda Pública, nos termos do seu parágrafo único, que se encontra em plena vigência. O parágrafo único do art. 467 da CLT continua vigendo, ao contrário do que alguns doutrinadores passaram a alardear. A Lei 10.272/2001, ao alterar a redação do *caput* do referido artigo, nada dispôs sobre a vigência de seu parágrafo único, incluído pela Medida Provisória 2.180-35, de 24/08/2001. O escopo da Lei 10.272/2001 foi o de modificar “a base de cálculo da sanção” e “o valor da multa” (antes a multa incidia apenas sobre os “salários” incontroversos e correspondia “ao dobro” do valor; hoje incide sobre “as verbas rescisórias” incontroversas e corresponde a “50%” do valor). Em momento algum o legislador desejou excluir a prerrogativa da Fazenda Pública, criada pela Medida Provisória, a qual ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Bom, como citei o inigualável Machado de Assis, nada melhor do que transcrever um pequeno trecho da obra *Quincas Borba*, só para relaxar:

Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos que assim adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividirem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz nesse caso, é a destruição; a guerra é a conservação. Uma das tribos extermina a outra e recolhe os despojos. Daí a alegria da vitória, os hinos, aclamações, recompensas públicas e todos os demais feitos das ações bélicas. Se a guerra não fosse isso, tais demonstrações não chegariam a dar-se, pelo motivo real de que o homem só comemora e ama o que lhe é aprazível ou vantajoso, e pelo motivo racional de que nenhuma pessoa canoniza uma ação que virtualmente a destrói. Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas.

– Mas a opinião do exterminado?

– Não há exterminado. Desaparece o fenômeno; a substância é a

mesma. Nunca viste ferver água? Hás de lembrar-te que as bolhas se fazem e se desfazem de contínuo, e tudo fica na mesma água. Os indivíduos são essas bolhas transitórias.

2.5. Do Valor da Causa

O art. 319, V, do CPC reza que a petição inicial indicará o “valor da causa”. A relevância da informação do “valor da causa”, no processo trabalhista, está no fato de ele definir o rito.

No processo trabalhista, se o valor da causa não ultrapassar dois salários mínimos, o feito estará enquadrado no rito sumário, também chamado de “rito de alçada” – art. 2º da Lei 5.584/1970 (já expus a minha opinião quanto à revogação deste procedimento pelo rito sumaríssimo, destacando, entretanto, que o rito sumário continua sendo exigido nos editais de concursos, além de constar no rol do PJE).

Considerando a sobrevida do rito sumário, as causas cujo valor esteja acima de dois e limitado a quarenta salários mínimos estarão enquadradas no rito sumaríssimo, salvo se for parte na contenda pessoa jurídica de direito público ou os Correios (art. 852-A da CLT e art. 12 do Decreto-Lei 509/1969).

Sendo o valor da causa superior a 40 salários mínimos, o processo tramitará no rito ordinário.

Atualmente, como todos os pedidos devem indicar a sua quantia, o valor da causa será exatamente a soma dos valores de todos os pedidos, incluindo o de honorários advocatícios sucumbenciais.

O valor da causa também é indispensável para o cálculo das custas processuais, nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito (incluindo o arquivamento da reclamação), de sentenças meramente declaratórias ou constitutivas e de sentença de improcedência dos pedidos, quando serão devidas à razão de 2% sobre o valor da causa – art. 789, II e III, da CLT.

Diferentemente do processo comum, onde as custas são recolhidas antecipadamente, no processo laboral o recolhimento só ocorre no final, após

o trânsito em julgado da decisão, salvo se o sucumbente desejar recorrer, quando então as custas terão que ser recolhidas, e comprovado o recolhimento, dentro do prazo recursal – § 1º do art. 789 da CLT.

Bom, independentemente do rito, o reclamado poderá apontar a “incorrecção do valor da causa” na contestação, à luz do inciso III do art. 337 do CPC. Não custa reforçar que a “correção do valor da causa” poderá ser feita de ofício pelo magistrado, à luz do § 3º do art. 292 do CPC c/c o inciso V do art. 3º da IN 39/2016 do TST. Assim sendo, o juiz do trabalho deve analisar, de ofício ou a requerimento do réu, se o valor da causa corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo reclamante, podendo com isso alterar o procedimento. Essa análise será feita em todos os ritos.

2.6. Honorários Advocatícios Sucumbenciais

Os honorários advocatícios sucumbenciais agora estão previstos no art. 791-A da CLT (incluído pela Lei 13.467/2017), norma esta eivada de inconstitucionalidade quanto aos percentuais nela previstos, menores do que aqueles tatuados no § 2º do art. 85 do CPC. Mais adiante comentarei esse aspecto.

Os honorários advocatícios sucumbenciais também foram prestigiados pelo Estatuto da Advocacia – art. 22 da Lei 8.906/1994.

Nas edições anteriores desta obra, já defendíamos o direito de o advogado receber honorários advocatícios sucumbenciais, sem a exclusão da percepção dos honorários advocatícios contratuais. Eis a fundamentação que usei nas minhas sentenças há anos (até a Reforma Trabalhista):

Hodiernamente, não mais se justifica a sobrevida do ultrapassado e sorumbático princípio do jus postulandi, esculpido nas tristes linhas do caput do art. 791 da CLT. Desprezar a imprescindibilidade do advogado, data maxima venia, é ignorar a realidade. O próprio TST vem, mesmo que ainda de forma restrita, soterrando o citado princípio, bastando, para tanto, observar o conteúdo da recente Súmula 425, onde o C. Tribunal exige a atuação de advogado em

recursos de sua competência, assim como em sede de ação rescisória, mandado de segurança e ação cautelar, em todas as instâncias. A Súmula 219, combinada com a IN 27/2005, ambas do TST, corroboram o novo sopro jurisprudencial, excluindo o jus postulandi dos litígios que envolvam outras relações de trabalho. Se nas demais relações de trabalho o advogado é necessário, o mesmo caminho interpretativo deve prevalecer para a relação de emprego, porquanto situações similares atraem interpretação idêntica. Diante do exposto, condeno o reclamado em honorários advocatícios sucumbenciais, à razão de 20% da condenação.

Os honorários advocatícios sucumbenciais não se confundem com os honorários advocatícios contratuais. Os honorários sucumbenciais integram a sentença (título executivo judicial) e devem ser pagos pelo sucumbente em favor do advogado da parte vencedora. Os honorários contratuais não constam da sentença e são pagos pelo cliente ao próprio advogado, mediante retenção. Os honorários contratuais, por conseguinte, não excluem os honorários sucumbenciais. Não há lei que obste a cumulatividade, pelo contrário, o caput do art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) prevê que: “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”. Ademais, os honorários advocatícios sucumbenciais não podem ser objeto de restrição ou indeferimento pelo juiz do trabalho, pois não se inserem a competência da Justiça Laboral – Súmula 363 do STJ.

O advogado trabalhista, seja do reclamante, seja do reclamado, não pode se curvar aos percentuais fixados no *caput* do art. 791-A da CLT, de no mínimo 5% e no máximo 15%. A norma, neste ponto, é inconstitucional, pois viola, principalmente, o princípio da isonomia, presente no *caput* do art. 5º da CF, já que o § 2º do art. 85 do CPC prevê o mínimo de 10% e o máximo de 20%.

Como estamos estudando Reclamação Trabalhista, o requerimento do advogado, no final da causa de pedir, ou até mesmo em pedido específico,

deve ser condenação do reclamado no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, à razão de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC, mediante o pedido de decretação da inconstitucionalidade, de forma difusa, do *caput* do art. 791-A da CLT, especificamente no que tange à fixação do limite dos percentuais (entre 5% e 15%), pelos seguintes fundamentos:

- 1) **Violação ao *caput* do art. 5º da CF** (princípio da isonomia), pois a norma diferencia, sem razoabilidade, o advogado trabalhista dos demais advogados, mormente pelo fato de o § 2º do art. 85 do CPC estipular o mínimo de 10% e o máximo de 20% a título de honorários, sendo certo que a diferenciação injusta conduz à intolerável discriminação.
- 2) **Violação ao inciso XXX do artigo 7º da CF**, em face da inadmissível discriminação remuneratória entre o advogado trabalhista e os demais advogados, restando incontestado a natureza alimentar da verba, à luz do § 14 do artigo 85 do CPC e da Súmula Vinculante 47.
- 3) **Violação ao inciso III do art. 1º da CF**, pois a injusta diferenciação dos percentuais é uma afronta ao princípio da dignidade humana e profissional.

2.7. Tutela de Urgência Antecipada

A CLT prevê a antecipação de tutela. Muitos não sabem, mas é verdade. No art. 659, IX, a CLT diz que o juiz do trabalho poderá conceder medida liminar em reclamações trabalhistas que visem tornar sem efeito transferência de localidade considerada abusiva. No inciso X do mesmo artigo, a CLT dispõe que o juiz do trabalho também poderá conceder medida liminar em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador. Apesar da previsão celetista, as regras do CPC devem ser observadas pelo advogado do reclamante.

O Novo CPC, a partir do art. 294, trata da Tutela Provisória. A Tutela

Provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

As denominações “tutela de urgência” e “tutela de evidência”, presentes no Novo CPC, já esculpam obras doutrinárias, como, por exemplo, o livro do ilustre ministro do STF Luiz Fux – *Tutela de segurança e tutela de evidência*, da Editora Saraiva. O Novo CPC, iluminado pelo bom senso, uniformizou, em seu “Livro V”, mediante o gênero “Tutela Provisória”, as medidas antecipatórias e as medidas cautelares. Assim dispõe o parágrafo único do art. 294 do Códex: “*A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental*”.

Como o próprio nome diz, a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (art. 296 do CPC). Trata-se, portanto, de decisão precária. O art. 298 do CPC, sombreado pelo art. 93, IX, da CF, impõe ao juiz o dever de expor, mediante clara e precisa fundamentação, o seu convencimento, quando conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória.

A tutela provisória também cabe em ações de competência originária dos tribunais e nos recursos. É o caso do efeito suspensivo ao recurso, que deve ser requerido ao TRT, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015, nos termos do item I da Súmula 414 do TST. O advogado do recorrente, no corpo do próprio recurso ordinário, pede a concessão do efeito suspensivo, nos termos do parágrafo único do art. 299 do CPC (a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito, ou seja, o juízo *ad quem*, aquele que vai apreciar as razões recursais).

A tutela provisória de urgência antecipada (antiga “tutela antecipada”) está no art. 300 do CPC, e será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano**. Para a concessão da Tutela de Urgência Antecipada, há, portanto, dois requisitos:

- a) Probabilidade do direito (o CPC 1973 exigia prova inequívoca da “verossimilhança”, também chamada de “fumaça do bom direito” – art. 273). O CPC/2015, ao fixar, como requisito, a mera “probabilidade do direito”, tornou mais fácil a obtenção da liminar,

exterminando a necessidade da presença de prova indiscutível. A existência de um indício, por exemplo, pode levar o magistrado a conceder a tutela de urgência.

- b) Perigo de dano. O CPC/2015 afastou também a necessidade de “prova inequívoca” do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, exigência presente no CPC de 1973 (art. 273). Basta o perigo em tese (o risco).

A tutela de urgência de natureza cautelar (concedida para garantir a utilidade do processo) pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. A medida, por conseguinte, **não mais precisa ser nominada pelo advogado** – argúcia do art. 301 do CPC.

Para a concessão da tutela de urgência, o juiz, nos termos do § 1º do art. 300 do CPC, pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer. A caução, entretanto, pode ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (comum no caso de reclamações trabalhistas ajuizadas por empregados).

A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, antes mesmo da citação (*inaudita altera parte*). O pedido de concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*) pode ser indeferido, para que o reclamado preste “justificação prévia”, ou seja, se manifeste. Depois da manifestação do réu, o juiz voltará a analisar a tutela de urgência – § 2º do art. 300 do CPC.

Concedida a liminar, sem ou com justificação prévia, cabe mandado de segurança, à luz do item II da Súmula 414 do TST, ante a inexistência, no processo trabalhista, de recurso próprio para atacar, de imediato, a referida decisão interlocutória (§ 1º do art. 893 da CLT).

Também cabe mandado de segurança para atacar decisão que não concedeu a liminar (item II da Súmula 414 do TST).

O advogado do reclamante deve observar, com atenção, a previsão contida

no art. 302 do CPC, pois, independentemente da reparação por dano processual (multas e indenizações por litigância de má-fé), o autor responderá pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: (1) a sentença lhe for desfavorável; (2) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; (3) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

A tutela provisória, como vimos, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

1. **Tutela provisória de urgência incidental** – Sendo incidental, a tutela provisória será requerida ao juízo da causa, no corpo da petição inicial ou, se for o caso, mediante petição específica, no curso do processo (art. 299 do CPC).
2. **Tutela provisória de urgência, de natureza antecipatória, requerida em caráter antecedente** – Sendo antecedente, a tutela provisória será requerida ao juízo competente para conhecer do pedido principal (art. 299 do CPC). Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Sendo a tutela concedida, o reclamante deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, no prazo de 15 dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar. Feito isso, o reclamado será citado para apresentar contestação. Caso o aditamento não seja realizado pelo reclamante, o processo será extinto sem resolução do mérito. Não sendo a tutela concedida, o juiz determinará o aditamento da petição inicial no prazo de até cinco dias. Não ocorrendo, no prazo, o aditamento, o processo será extinto sem resolução de mérito. Tudo isso se encontra no art. 303 do CPC.
3. **Tutela provisória de urgência, de natureza cautelar, requerida em caráter antecedente** – Sendo antecedente, a tutela cautelar será requerida ao juízo competente para conhecer do pedido principal (art.

299 do CPC). A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Caso o juiz entenda que o pedido tem natureza antecipatória e não cautelar, observará o disposto no art. 303 (exposto no item imediatamente anterior). Bom, se tratando de tutela de natureza cautelar, o reclamado será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum. Não há, portanto, qualquer necessidade de incluir o feito em pauta de audiência. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar (nada obsta, entretanto, que o pedido principal seja formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar; seria, no caso, uma cautelar incidental). A causa de pedir, evidentemente, poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal. Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência (o réu, no caso, será tecnicamente citado, exatamente para ofertar contestação). O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição. Tudo isso pode ser encontrado nos arts. 305 a 310 do CPC.

- **Tutela Provisória de Evidência**

Bom, a tutela provisória, além da urgência, também pode ser concedida mediante a presença da evidência.

Ela está prevista no art. 311 do CPC, podendo ser concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (a) Ficar caracterizado o **abuso do direito**

de defesa ou o **manifesto propósito protelatório da parte** (o juiz, nesse caso, pode decidir liminarmente); (b) As alegações de fato puderem ser **comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante**; (c) A petição inicial for instruída com **prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor**, a que o réu não oponha prova capaz de **gerar dúvida razoável**.

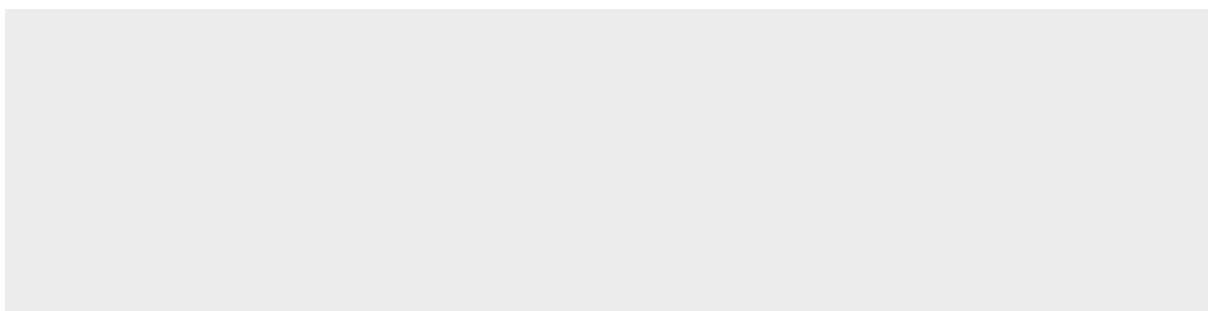
Digamos que o reclamante anexe à petição inicial cópia do termo de rescisão demonstrando, inequivocamente, que foi dispensado sem justa causa, afirmando, na exordial, não ter recebido o pagamento das verbas rescisórias ali esculpidas. Na audiência inicial, o reclamado não nega o motivo da rescisão e a inadimplência, porém, sem o menor pudor, diz que nada pagará naquele momento (“devo, não nego, pago quando quiser/puder”).

A depender da situação da empresa e dos seus sócios, a postura do reclamado pode ser entendida como verdadeira afronta ao Poder Judiciário, comum, infelizmente, em decorrência da mazela que marca a nossa sociedade: a impunidade!

No caso, o juiz, de ofício ou a requerimento do reclamante (se não formulado na exordial, pode ser feito na própria audiência, oralmente), deve determinar, mediante decisão fundamentada, o pagamento das verbas, via depósito judicial, fixando um prazo para o cumprimento da obrigação e multa diária em caso de injustificado descumprimento (*astreintes*).

2.8. Modelo de Reclamação Trabalhista

Para complementação do estudo da reclamação trabalhista, nada melhor do que treinar, pois, como diz o sábio homem do interior pernambucano, “uma coisa é ver, outra é contar”!



O Inquérito Para Apuração de Falta Grave é uma **ação judicial**. O seu nome, que remete a um mero procedimento administrativo, decorre de uma época em que a Justiça do Trabalho não integrava o Poder Judiciário. Sua legitimidade ativa pertence exclusivamente ao empregador. Surgiu como uma “garantia extra” para os empregados detentores da **estabilidade decenal** prevista no art. 492 da CLT.

Por ser uma ação judicial, alguns doutrinadores utilizam a denominação **INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE**.

Antes da Constituição Federal de 1988, o empregado, desde que não optante pelo FGTS, quando completava mais de 10 anos de serviço no mesmo empregador, adquiria estabilidade no emprego (art. 492 da CLT), e, conseqüentemente, a extinção do contrato por justa causa ficava condicionada à comprovação da falta grave na Justiça do Trabalho. Depois da Constituição, o FGTS tornou-se obrigatório, acabando com a possibilidade de aquisição da referida garantia. O legislador, porém, manteve o direito daqueles que já tinham adquirido a estabilidade decenal quando da promulgação da Lei Maior – art. 14 da Lei 8.036/1990.

O art. 492 da CLT, portanto, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, mas é possível encontrar empregados detentores da estabilidade decenal.

O Inquérito Judicial está regulado nos arts. 853 a 855, 494 e 495 da CLT.

Deixei bem claro que o Inquérito não foi criado para os casos de estabilidade provisória, mas para a antiga estabilidade decenal.

O TST, porém, no ano de 1997, passou a exigir a sua aplicabilidade ao dirigente sindical (titular e suplente), trazendo à baila o § 3º do art. 543 da CLT (norma citada na antiga OJ 114 da SDI e, atualmente, na **Súmula 379 do TST**). Andou bem o TST, visto que o § 3º do art. 543 da CLT exige, para a extinção do contrato do dirigente sindical, **“a apuração da falta grave nos termos da CLT”**. Ora, se a falta grave do dirigente sindical deve ser apurada “nos termos da CLT”, o Inquérito é o meio processual hábil para a referida apuração.

SÚMULA 379 DO TST. DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE. O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, § 3º, da CLT.

Com o tempo, os estudiosos passaram a enxergar a necessidade do uso do inquérito para a rescisão do contrato de outros empregados estáveis.

Foi o caso do diretor de cooperativa (apenas o titular, nos termos da OJ 253 da SDI-1). O art. 55 da Lei 5.764/1971 dispõe que ele gozará “das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da CLT”. Se o diretor de cooperativa goza das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais, claro que o seu contrato só poderá ser extinto mediante apuração em inquérito judicial. Não parou por aí.

O representante dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS), titular e suplente, tem a sua estabilidade prevista no art. 3º, § 7º, da Lei 8.213/1991. A norma diz que a extinção do contrato desse empregado deve ser precedida de “comprovação da falta grave mediante processo judicial”. Esse “processo judicial” corresponde ao Inquérito, concluíram os juristas.

O representante dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS e o representante dos empregados em comissão de conciliação prévia, titulares e suplentes, completam o rol. O primeiro tem a estabilidade prevista no § 9º do art. 3º da Lei 8.036/1990, que só permite a sua demissão mediante apuração da falta grave em “processo sindical”. Prevaleceu a interpretação que o

processo sindical seria o mesmo processo aplicável ao dirigente sindical, ou seja, aquele oriundo do ajuizamento do Inquérito. O segundo tem a estabilidade prevista no art. 625-B, § 1º, da CLT, só podendo ser demitido em caso de cometimento de “falta” (grave), nos termos da lei. A expressão “nos termos da lei” terminou influenciando a aplicação, por analogia, da exigibilidade do Inquérito.

O empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito tem direito à estabilidade, nos moldes da Súmula 443 do TST (inspirada na Lei 9.029/1995) e da OJ 142 da SDI-2. Essa estabilidade pode ser definitiva, pois o seu fato gerador é a doença. Sendo incurável, a estabilidade perdurará por toda a vida do trabalhador. Seria ou não um caso para a incidência do Inquérito Judicial? Entendo que sim, porquanto o Inquérito nasceu exatamente para proteger o empregado detentor de um tipo de estabilidade sem limite temporal, passando, posteriormente, a ser aplicado aos casos de estabilidade provisória. Quem pode o mais, pode o menos. Se o Inquérito é aplicado a casos de estabilidade provisória, não seria aceitável ignorar a sua incidência no caso de estabilidade definitiva.

Vamos organizar as ideias?

O Inquérito Judicial Para Apuração de Falta Grave é condição *sine qua non* para desconstituir, por justa causa, contrato de trabalho de:

- Empregado detentor da estabilidade decenal prevista no art. 492 da CLT.
- Dirigente sindical, titular e suplente – Súmula 379 do TST.
- Empregado eleito diretor de sociedade cooperativa (apenas o titular), nos termos do art. 55 da Lei 5.764/1971.
- Representante dos trabalhadores no CNPS, titular ou suplente, nos termos no § 7º do art. 3º da Lei 8.213/1991.
- Representante dos trabalhadores no CCFGTS, titular ou suplente, nos termos do § 9º do art. 3º da Lei 8.036/1990.
- Representantes dos empregados em CCP, titular ou suplente, nos termos do art. 625-B, § 1º, da CLT.

- Empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito – Súmula 443 do TST e OJ 142 da SDI-2 c/c art. 4º da Lei 9.029/1995.

Observações importantes:

□ Nos casos do diretor de cooperativa e do representante dos trabalhadores no CNPS, as leis foram claras na extensão das “mesmas garantias do dirigente sindical” (cooperativa) e na “apuração mediante processo judicial” (CNPS).

□ No caso do representante dos trabalhadores no CCFGTS, a Lei 8.036/1990 (art. 3º, § 9º) admite a rescisão contratual por motivo de falta grave “regularmente comprovada através de processo sindical”. Vem prevalecendo o entendimento de que processo sindical diz respeito àquele mesmo aplicável ao dirigente sindical, atraindo a aplicação do Inquérito.

□ No caso dos representantes dos empregados em CCP, o art. 625-B, § 1º, da CLT assegura a estabilidade, “salvo se cometerem falta, nos termos da lei”. Prevalece o entendimento de que a referida expressão equivale àquela constante do art. 543, § 3º, da CLT (“salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”).

O Inquérito Judicial tem natureza de ação constitutiva negativa (desconstitutiva), pois tem por escopo “desconstituir uma relação jurídica” (relação de emprego).

O empregador é quem possui legitimidade para propor o Inquérito Judicial, buscando a desconstituição, por justa causa, do contrato de trabalho. Digamos que dois empregados foram flagrados cometendo falta grave. Um deles é dirigente sindical e a outra está grávida. O empregador deseja rescindir, por justa causa, os dois contratos. No caso do dirigente sindical, o empregador poderá suspendê-lo preventivamente, nos termos do art. 494 da CLT, para ajuizar, a partir daí, no prazo de 30 dias, Inquérito. Quanto à empregada grávida, o empregador poderá demiti-la sumariamente, porquanto,

para ela, é inaplicável o Inquérito.

A ação deve ser proposta obrigatoriamente por escrito – art. 853 da CLT.

No inquérito, cada parte poderá apresentar até seis testemunhas, o dobro, portanto, do rito ordinário – art. 821 da CLT.

O art. 494 da CLT, citado no exemplo, faculta ao empregador “suspender preventivamente o empregado até a conclusão do processo”. A suspensão preventiva, prevista no art. 494 da CLT, apesar de não ser obrigatória, é recomendável. O empregador, ao suspender preventivamente o empregado, já mostra a sua intolerância quanto à falta grave.

Caso a suspensão preventiva seja aplicada, o empregador deve ajuizar o inquérito dentro de 30 dias, a contar do início da suspensão, à luz do art. 853 da CLT. **O prazo de 30 dias tem natureza decadencial** – Súmula 403 do STF. A contagem dar-se-á nos moldes do art. 132 do CCB, com a exclusão do dia do começo (dia em que o empregado recebe a informação da suspensão contratual) e a inclusão do dia final, sendo certo que se este recair em dia não útil, será prorrogado para o imediatamente subsequente. **A contagem é feita em dias corridos (contínuos), não se aplicando o *caput* do art. 775 da CLT, já que não se trata de prazo processual.**

A suspensão preventiva não se confunde com a suspensão disciplinar. Esta tem natureza punitiva (art. 474 da CLT), não podendo ultrapassar 30 dias. Já a suspensão preventiva tem natureza de “faculdade do empregador” (direito patronal), durando até a prolação da sentença.

Observem que a suspensão preventiva dura até a prolação da sentença, ou seja, até o julgamento do Inquérito, o que poderá durar meses. Durante esse período, o contrato estará suspenso (não há trabalho e não há pagamento de salário).

O TST, mediante a OJ 137 da SDI-2, ratifica a natureza da suspensão preventiva como sendo um “direito líquido e certo patronal”, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIRIGENTE SINDICAL. Art. 494 DA CLT. APLICÁVEL. Constitui direito líquido e certo do empregador a suspensão do empregado, ainda que detentor de

estabilidade sindical, até a decisão final do inquérito em que se apure a falta grave a ele imputada, na forma do art. 494, “caput” e parágrafo único, da CLT.

O Inquérito Judicial é uma “ação dúplice”. Basta observar a previsão contida no art. 495 da CLT, *verbis*:

Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Se o Inquérito Judicial alcançar procedência, ou seja, o juiz se convenceu da falta grave praticada pelo obreiro, o contrato será extinto com efeitos *ex tunc*, caso o empregado tenha sido suspenso preventivamente, ou com efeitos *ex nunc*, caso o empregado não tenha sido suspenso. Porém, se o juiz não se convencer da acusação feita pelo empregador, julgando, por conseguinte, improcedente o pedido de extinção do contrato, na própria sentença, *ex officio*, ele determinará o “retorno do empregado ao serviço” (fim da suspensão preventiva) e o “pagamento dos salários e acessórios” de todo o período do injusto afastamento (lapso da suspensão preventiva). O juiz faz isso de ofício, independentemente, portanto, de reconvenção.

A reconvenção, apresentada pelo empregado no corpo da contestação, pleiteando, em caso de improcedência do pedido do Inquérito, o retorno ao trabalho e o pagamento de todo o período de suspensão, será “arquivada” (extinção do processo sem resolução do mérito), por falta de interesse de agir, já que o art. 495 da CLT prevê que tudo isso será feito de ofício pelo magistrado. Isso não afetará, evidentemente, a contestação.

A reconvenção é cabível se o réu pretender pedir a condenação do autor no pagamento de indenização por dano moral (injunta acusação de prática de falta grave). Trata-se de uma opção, pois o advogado do réu pode preferir aguardar o desfecho do inquérito para, só depois, no caso de improcedência, ajuizar reclamação trabalhista pleiteando o pagamento da indenização.

Interessante observar o equívoco do legislador no art. 495 da CLT, que usa o termo “*readmissão*” para se referir ao retorno do obreiro ao trabalho. Ora, não há readmissão, tampouco reintegração, pois o contrato não foi extinto. O

pacto está simplesmente suspenso. Logo, o correto é falar simplesmente em **retorno ao trabalho**, fruto do fim da suspensão contratual. Esse retorno ocorrerá com efeitos *ex tunc* (o empregado terá direito a receber todos os salários e acessórios do período do injusto afastamento).

Mesmo não cabendo reconvenção, o advogado do réu (trabalhador), na contestação, deve fazer referência ao art. 495 da CLT.

A improcedência do Inquérito gera, portanto, uma sentença condenatória. Interessante, não é mesmo? Se procedente, a sentença será meramente desconstitutiva (constitutiva negativa), porquanto o magistrado decretará a extinção do pacto. Se improcedente, a sentença será condenatória, pois o juiz determinará o retorno do obreiro ao trabalho (obrigação de fazer) e o pagamento dos salários e consectários do período de suspensão (obrigação de pagar), caso o empregado tenha sido preventivamente suspenso.

3.1. Modelo de Inquérito Judicial

Enunciado

O diretor da empresa Nunca S/A ficou estarrecido ao flagrar o empregado Aleatório Silva completamente embriagado durante o horário de trabalho, assediando sexualmente uma colega de setor, a qual se encontrava aos prantos. Aleatório Silva, na qualidade de dirigente sindical legitimamente eleito, encontra-se na plenitude do cumprimento de seu mandato, sendo detentor de estabilidade sindical. O empregador suspendeu preventivamente o obreiro, contratando, no mesmo dia, um advogado.

Proposta de solução do inquérito judicial

EXMO SENHOR JUIZ DO TRABALHO DA ____ VARA DO TRABALHO DE ____

NUNCA S/A, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ..., endereço..., vem, por seu advogado, com procuração anexa, ajuizar **INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE**, em face de **ALEATÓRIO SILVA**, nacionalidade..., estado civil..., profissão..., RG..., CPF..., CTPS..., endereço..., com fundamento nos arts. 853 a 855 da CLT, de acordo com as razões a seguir

aduzidas.

1. Da causa de pedir

1.1. Da tempestividade

O réu, douto julgador, foi comunicado da suspensão no dia ____, à luz do documento anexo, começando, a contagem do prazo de 30 dias, previsto no art. 853 da CLT, no dia ____, como dispõe o art. 132 do Código Civil, sendo certo que o último dia para a propositura do inquérito corresponde à data de _____. Sendo a presente ação protocolada no dia ____, mostra-se, pois, tempestiva.

1.2. Do cabimento da ação

O réu é dirigente sindical, logo, detentor da estabilidade prevista nos arts. 8º, VIII, da CF e 543 da CLT.

Sendo assim, é imprescindível, para a extinção do contrato, a propositura do inquérito judicial, como dispõe a Súmula 379 do TST.

1.3. Da falta grave obreira

O réu foi flagrado, durante o horário de trabalho, completamente embriagado, assediando sexualmente uma colega de setor, a qual, douto julgador, se encontrava aos prantos.

A insuportável atitude obreira traduz verdadeira ilicitude, contrariando regras morais e jurídicas.

Intolerável o fato de se encontrar embriagado em pleno expediente, falta grave tipificada no art. 482, “f”, da CLT.

Se não bastasse, assediou sexualmente uma colega de trabalho, prática conhecida como “incontinência de conduta”, falta grave prevista no art. 482, “b”, da CLT. O assédio também representa verdadeira ofensa à honra da vítima, falta grave inculpada no art. 482, “j”, da CLT.

O autor, como alhures comentado, suspendeu preventivamente o réu, conforme o permissivo legal do art. 494 da CLT, requerendo, diante do exposto, a extinção, por justa causa, do pacto laboral, a

partir da data do início da suspensão preventiva.

1.4. Dos Honorários Advocatícios Sucumbenciais

Requer a condenação do réu no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, à razão de 20% sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC, ou em valor a ser fixado por Vossa Excelência, à luz do § 8º do art. 85 do CPC.

Requer a decretação da inconstitucionalidade do *caput* do art. 791-A da CLT, especificamente no que tange à fixação do limite dos percentuais dos honorários advocatícios sucumbenciais entre 5% e 15%, pelos seguintes fundamentos:

(A) Violação ao *caput* do art. 5º da CF (princípio da isonomia), pois a norma diferencia, sem razoabilidade, o advogado trabalhista dos demais advogados, mormente pelo fato de o § 2º do art. 85 do CPC estipular o mínimo de 10% e o máximo de 20% a título de honorários, sendo certo que a diferenciação injusta conduz à intolerável discriminação;

(B) Violação ao inciso XXX do artigo 7º da CF, em face da inadmissível discriminação remuneratória entre o advogado trabalhista e os demais advogados, restando inconteste a natureza alimentar da verba, à luz do § 14 do artigo 85 do CPC e da Súmula Vinculante 47;

(C) Violação ao inciso III do art. 1º da CF, pois a injusta diferenciação dos percentuais é uma afronta ao princípio da dignidade humana e profissional.

2. Do pedido

Pelo exposto, vem requerer o reconhecimento das faltas graves cometidas pelo réu e a decretação da extinção do contrato por justa causa, com fulcro nas alíneas “b”, “f” e “j” do art. 482 da CLT, a partir da data do início da suspensão preventiva, com a condenação do réu no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

Requer a citação do réu, para contestar a ação, sob pena de revelia

e ficta confissão fática, e, ao final, seja julgado **procedente o pedido de desconstituição, por justa causa, do vínculo empregatício**, protestando provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Dá à causa o valor de R\$ ____.

Pede deferimento.

Município..., data...

Advogado..., OAB...

Comentários à proposta de solução

O enquadramento da falta grave é importante, mas não vincula o magistrado, que pode, diante dos fatos narrados, concluir por tipificação diferente.

Importante informar, de preferência logo no início da causa de pedir, a tempestividade da ação, já que o réu se encontra suspenso preventivamente. O prazo tecnicamente só existe quando ocorrer suspensão preventiva do obreiro, que é uma faculdade do empregador – art. 494 da CLT e OJ 137 da SDI-2.

Sendo suspenso o empregado, o prazo decadencial de 30 dias (Súmula 403 do STF) tem início logo no primeiro dia da suspensão, sendo que o “início da contagem” do prazo só ocorrerá a partir do dia seguinte. É a diferença entre “início do prazo” e “início da contagem” – art. 132 do CCB.

Exemplificando. Digamos que o empregado tomou ciência da suspensão preventiva na terça-feira, dia considerado como de “início do prazo”. O início da contagem, para fins de ajuizamento do inquérito, ocorrerá no dia seguinte (quarta-feira), como prevê o art. 132 do CCB. Caso o dia não seja útil, o início da contagem será postergado para o dia útil imediatamente subsequente.

Vale pontuar, para reforçar o estudo, que a contagem **não é realizada apenas em dias úteis, mas em dias corridos**, pois o prazo para ajuizamento do inquérito, que é uma ação autônoma, não é processual, elidindo qualquer possibilidade de aplicação do *caput* do art. 775 da CLT.

Se o empregador não suspender preventivamente o empregado, qual seria então o prazo para ajuizamento do inquérito? Neste particular, a lei é omissa. Alguns chegam a dizer que o prazo seria de dois anos, por analogia à prescrição bienal, o que é um absurdo, já que a demora afastaria um requisito *sine qua non* para o reconhecimento da falta grave: a imediatricidade (ou imediatidade). O ideal, para o empregador que resolver não suspender preventivamente o obreiro, é ajuizar o inquérito dentro de 30 dias, a contar do dia seguinte ao do conhecimento do fato.

No inquérito é imprescindível que o advogado do empregador demonstre o “interesse de agir”. Como fazer isso? Convencendo o juiz de que aquele empregado é detentor de uma estabilidade que exige, para fins de extinção contratual, o ajuizamento do inquérito.

Na peça em comento, o empregado é dirigente sindical (Súmula 379 do TST).

O valor da causa, no inquérito, tem que ser arbitrado pelo advogado, servindo, *a priori*, para o cálculo dos honorários advocatícios e, em caso de improcedência, para o cálculo das custas processuais.

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

A ação de consignação em pagamento é regulada pelos arts. 539 a 549 do CPC, sendo compatível com o processo do trabalho – art. 769 da CLT. O CPC apresenta dois tipos de ação de consignação, uma de natureza extrajudicial e outra de natureza judicial. Apenas a última nos interessa.

A ação de consignação em pagamento não é uma ação condenatória, tampouco constitutiva. Trata-se de uma **ação meramente declaratória**, na qual o consignante (autor) busca se desonerar de uma obrigação de pagar ou de fazer.

“Desejo pagar uma quantia a uma determinada pessoa, mas não consigo”.

“Desejo entregar um objeto a uma pessoa, mas não consigo”.

“Desejo pagar uma quantia, mas tenho fundadas dúvidas quanto à legitimidade do credor”.



Situações corriqueiras que atraem o ajuizamento da Ação de Consignação na Justiça do Trabalho:

- Empregado que se recusa **expressamente** a receber verbas rescisórias, seja por discordar dos valores, seja por divergir da própria demissão.
- Empregado que se recusa **tacitamente** a receber verbas rescisórias, não comparecendo, na data e horário agendados, ao local de pagamento.

- Empregado **menor de 18 anos** que, apesar de concordar em receber verbas rescisórias, não se encontra acompanhado do seu representante legal (art. 439 da CLT).
- Empregado que se encontra em **local incerto e não sabido** (comum no caso de demissão por abandono de emprego – importante observar a tolerância prevista na Súmula 32 do TST).
- Empregado que morre e o INSS expede “**certidão negativa de dependentes**” (o empregador não sabe a quem pagar as verbas rescisórias – art. 1º da Lei 6.858/1980).
- Empregado que morre e, apesar de os nomes dos seus dependentes constarem da certidão do INSS, o empregador tem informações concretas de que ele **deixou outros dependentes/herdeiros** (há notícias de que o empregado, além da esposa e filhos, possuía uma companheira também com filhos).

O consignante deve requerer o depósito da quantia e/ou da “coisa” (carteira de trabalho, equipamento/objeto deixado pelo obreiro na empresa etc.), a ser efetivado no prazo de cinco dias, a contar do deferimento – inciso I do art. 542 do CPC.

É bastante comum o uso da contestação com reconvenção em sede de ação de consignação em pagamento, apesar de posições doutrinárias contrárias ao cabimento da reconvenção. Com o Novo CPC, a reconvenção deixou de ser uma peça autônoma de resposta do réu, passando a integrar o corpo da contestação. Sempre defendi o cabimento da reconvenção em ação de consignação em pagamento, por medida de celeridade e economia.

Digamos que o consignante (empregador) ajuizou ação de consignação em pagamento visando quitar as verbas rescisórias decorrentes de demissão por justa causa aplicada a determinado obreiro. As verbas consistem em “saldo de salário” e “férias vencidas + 1/3”, sendo certo que o trabalhador não compareceu, na data e horário agendados, ao local para recebê-las (eis o interesse de agir do empregador na consignação). O empregado, na qualidade de consignatário, comparece à audiência, acompanhado de advogado, apresentando contestação, nos termos do art. 544, II e IV, do CPC,

argumentando não ter cometido falta grave, motivo pelo qual discorda do valor das verbas rescisórias. No parágrafo único do art. 544 do CPC, o legislador impõe ao consignatário, quando da tese de discordância do valor, a indicação do montante que ele entende devido. **Eis a base para a ação reconvencional, que deve constar da própria contestação.** Logo, o consignatário, na própria contestação, em tópico denominado “Reconvenção”, deverá pleitear a nulidade da demissão por justa causa e a condenação do consignante no pagamento das demais verbas rescisórias, narrando todos os fatos e discriminando as referidas verbas (os pedidos devem ser líquidos).

O magistrado não terá como recusar a reconvenção, salvo se agir de forma arbitrária, pois não há fundamento jurídico capaz de justificar a recusa, ato este que afrontaria os princípios da celeridade, da instrumentalidade, e da economia, tumultuando, desnecessariamente, o andamento processual. O ato desafia correição parcial, medida a ser protocolada no TRT pela parte interessada que se achar prejudicada por decisão judicial causadora de tumulto processual, da qual não haja recurso previsto em lei.

A ação de consignação em pagamento, conforme já estudamos, não tem índole condenatória ou constitutiva. O advogado não deve usar esse tipo de ação para buscar a “rescisão contratual”, pois, para o ato rescisório, inexistente interesse de agir, salvo naqueles casos que atraem o inquérito judicial para apuração de falta grave.

Digamos que um determinado empregado recebeu alta médica previdenciária e não retornou à empresa, a qual tentou entrar em contato com ele por todos os meios, sem sucesso. A empresa, nesse tipo de situação, pode presumir o abandono de emprego depois de 30 dias de ausência injustificada, como dispõe a Súmula 32 do TST. Ao fazer isso, a empresa **rescindirá o contrato por justa causa**, com fulcro no art. 482, *i*, da CLT. O ato rescisório é praticado extrajudicialmente, pois não há “necessidade” (interesse de agir) de buscar o Poder Judiciário para isso. A ação de consignação será ajuizada “depois da rescisão contratual”, exatamente para **desonerar o empregador das obrigações de pagar e de fazer decorrentes da rescisão** – art. 456 do CPC.

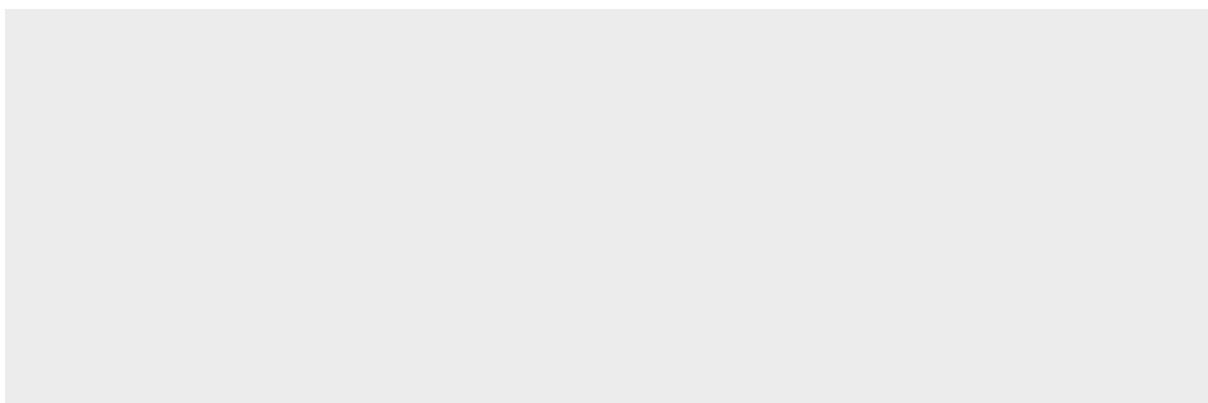
Digamos que o empregado que tenha recebido alta médica previdenciária

seja um dirigente sindical portador de estabilidade. A empresa, depois de 30 dias de injustificada ausência, em face da presunção contida na Súmula 32 do TST, deseja “rescindir” o contrato de trabalho por justa causa. Neste caso, precisará ajuizar Inquérito Para Apuração de Falta Grave na Justiça do Trabalho, como dispõe a Súmula 379 do TST, pleiteando a **desconstituição do vínculo empregatício por falta grave praticada pelo réu**, à luz do art. 482, *i*, da CLT c/c art. 853 da CLT. Proferida sentença de procedência do pedido, após o seu trânsito em julgado, o empregador ajuizará ação de consignação em pagamento, buscando, então, a desoneração das obrigações de pagar e fazer. É isso!

O consignatário, ao receber o valor consignado e “dar quitação”, estará desonerando o consignante apenas dos valores discriminados na ação. Essa quitação não é geral e irrestrita, já que a consignação é uma ação meramente declaratória. Porém, se for realizado um acordo e o juiz homologar um termo de conciliação com a quitação do contrato de trabalho, sem ressalva, nada mais poderá ser reclamado na Justiça do Trabalho – OJ 132 da SDI-2.

Sempre é bom lembrar que os §§ 1º, 3º e 7º do art. 477 da CLT foram revogados pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), tornando desnecessária a homologação do TRCT no sindicato ou no Ministério do Trabalho. Já o § 10 do art. 477 da CLT, incluído pela referida Lei, acabou com a obrigação patronal de entregar o TRCT e as guias do seguro-desemprego ao trabalhador, bastando, para o saque do FGTS e da multa de 40% e para a inscrição no programa do seguro-desemprego a baixa do pacto na CTPS e a comunicação da rescisão aos órgãos competentes.

4.1. Modelo de Ação de Consignação em Pagamento



Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor. Eis a previsão do art. 336 do CPC, marcada pela sombra da preclusão, já que impõe ao demandado o ônus de se defender de todas as “acusações” feitas pelo demandante na petição inicial. Reclamado que não apresenta contestação é considerado revel e revela nada mais é do que uma espécie de preclusão temporal – perda da oportunidade de praticar um ato processual pelo decurso do tempo (ofertar defesa).

A defesa, no processo laboral, **pode ser** apresentada na audiência, por escrito ou oralmente – *caput* do art. 847 da CLT. A juntada da peça **em sigilo** demonstra a intenção de o reclamado ofertar a sua defesa na audiência, depois da tentativa de conciliação, quando, então, o sigilo será retirado pelo juiz, ato processual que representará a “apresentação da defesa”.

No caso de defesa oral, o reclamado dispõe de 20 minutos.

No caso de defesa escrita, o reclamado poderá apresentá-la até a audiência, inclusive nela.

A Reforma Trabalhista, corporificada na Lei 13.467/2017, atualizou a legislação, inserindo o parágrafo único ao art. 847 da CLT, “permitindo” ao reclamado a apresentação de defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico (PJE) até a audiência, rotina que já era comum no dia a dia da Justiça do Trabalho. A juntada de defesa escrita, como já dito, nada mais é do que uma faculdade do advogado do réu, pois o *caput* do art. 847 da CLT não foi alterado.

Pode parecer que nada mudou com a Reforma Trabalhista e que o legislador apenas regulamentou aquilo que já ocorria na prática. Porém, a

mudança foi impactante, já que diz respeito ao momento da instalação da *litiscontestatio*, responsável pela estabilização do processo.

Antes da Reforma, a instalação da *litiscontestatio* e, conseqüentemente, a estabilização do processo, ocorria necessariamente na audiência, depois da tentativa de conciliação, mesmo que a defesa já tivesse sido juntada aos autos, com ou sem sigilo. Isso mudou.

A partir de 11/11/2017 (início da vigência da Lei 13.467/2017), o advogado do reclamado pode instalar a *litiscontestatio* antes da audiência, estabilizando o processo e, com isso, impedindo a desistência, total ou parcial, da ação pelo reclamante, de forma unilateral (§ 3º do art. 841 da CLT) e o aditamento da petição inicial. Para tanto, basta juntar a contestação antes da audiência, sem sigilo.

O advogado do reclamado, por conseguinte, tem agora três opções:

- 1) ‘Apresentar contestação **sem sigilo** antes da audiência, mediante a sua juntada aos autos do PJE, instalando a *litiscontestatio*, e estancando, a partir daí, a possibilidade de aditamento da petição inicial, e condicionando a desistência total ou parcial da ação à sua concordância (§ 3º do art. 841 da CLT).
- 2) Apresentar contestação **em sigilo** antes da audiência, mediante a sua juntada aos autos do PJE, ato que não instalará a *litiscontestatio* e não estabilizará o processo, pois o sigilo da peça revela a intenção de o réu só exalar o seu conteúdo na própria audiência, tornando possível o aditamento da inicial e/ou a desistência unilateral da ação logo depois de findada a tentativa de acordo.
- 3) Apresentar contestação na audiência, oralmente, por escrito ou por meio digital, tornando possível ao reclamante aditar a inicial e/ou desistir unilateralmente da ação logo depois da tentativa de conciliação.

Para o advogado do réu, a primeira opção surge como a mais lúcida, pois, quanto mais rápido ofertar contestação escrita **sem sigilo** nos autos do PJE, mais rápido “algemará” o advogado do reclamante, impedindo-o, a partir da juntada da defesa, de aditar a petição inicial e de desistir unilateralmente da

ação.

Porém, “pau que dá em Chico, dá em Francisco”. Ofertada a contestação antes da audiência, **sem sigilo**, operar-se-á, para o reclamado, **a preclusão consumativa do ato contestatório**, nos termos do art. 342 do CPC. Significa dizer que o advogado do réu não mais poderá “complementar” ou “aditar” a contestação, salvo se for para corrigir algum erro material, ou nos estritos casos previstos nos incisos do referido art. 342 do CPC.

A contestação, com o Novo CPC, passou a ser a única peça de “resposta” do reclamado. A incompetência territorial deixou de ser arguida em peça apartada (Exceção), passando a figurar como “questão preliminar de contestação”, nos termos do inciso II do art. 337 do CPC. A reconvenção também deixou de ser uma peça autônoma, passando a integrar o corpo da contestação – art. 343 do CPC.

No processo do trabalho, contudo, a incompetência territorial continua a exigir peça própria, chamada de Exceção de Incompetência Territorial, por força do art. 800 da CLT. A reconvenção, por não contar com previsão na legislação trabalhista, deve ser apresentada na própria contestação, ao final, nos moldes do CPC.

A reconvenção, mesmo passando a integrar a contestação, continua tendo natureza de ação, não sendo prejudicada pela desistência da reclamação ou extinção do feito – § 2º do art. 343 do CPC. Ademais, o réu pode apresentar reconvenção e não contestar – § 6º do art. 343 do CPC.

Contestar é “bloquear” a pretensão do autor. Contestar é “resistir” à pretensão do reclamante. Contestar é “ser do contra”, rechaçando os fatos alegados pelo reclamante e contrariando os seus argumentos.

A palavra “resistência do reclamado” vem da célebre definição da lide, como sendo “*o conflito de interesses qualificado pela pretensão **resistida***” (*Francesco Carnelutti*). A missão do reclamado, na contestação, está em repelir todos os fatos descritos na petição inicial, nos termos do art. 341 do CPC.

Falando em contestação, é comum o advogado de defesa insistir em fazer um “breve resumo” da petição inicial no começo da peça. Particularmente,

passo por cima e não leio, pois compete a cada parte fazer o seu: ao reclamante, expor a sua pretensão e pedir a reparação; ao reclamado, resistir à pretensão. O resto é puro confete!

Bom, antes de o reclamado enfrentar os fatos (entrar no mérito), cabe-lhe apontar, preliminarmente, “defeitos” existentes na ação ou no processo. São as “questões preliminares”, previstas, principalmente, no art. 337 do CPC.

5.1. Questões Preliminares

5.1.1. *Inexistência ou Nulidade da Citação*

No processo trabalhista, o reclamado é citado para comparecer à audiência e, ali, apresentar a sua “defesa”. Com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), vimos que a apresentação da contestação, antes da audiência, mediante a sua juntada pelo PJE, sem sigilo, instalará imediatamente a *litiscontestatio*, estabilizando o processo (§ 3º do art. 841 da CLT).

Entre a citação e a audiência, desde que o reclamado ainda não tenha juntado **sem sigilo** a contestação, o prazo mínimo de cinco dias deve ser respeitado, à luz do art. 841 da CLT. Significa dizer que, para a elaboração de sua defesa, o reclamado tem direito a, no mínimo, cinco dias.

Digamos que o reclamado foi citado numa sexta-feira (12/09), para comparecer a uma audiência na sexta-feira seguinte (19/09). O início do prazo ocorreu na sexta (12/09), mas o início da contagem só se deu na segunda-feira (15/09) – artigos 774 e 775 da CLT c/c Súmula 01 do TST. A audiência, no caso, não poderá ser realizada na sexta-feira (19/09), já que ela corresponde exatamente ao quinto dia. O juiz do trabalho deve respeitar o prazo mínimo de cinco dias, ou seja, **a audiência só pode ser realizada do sexto dia em diante**. Nesse caso, a audiência deve ser adiada e, conseqüentemente, o prazo de defesa será devolvido ao reclamado.

O art. 219 do CPC inovou na contagem dos prazos processuais, consagrando a sua incidência apenas nos dias úteis. O TST, à época, posicionou-se sobre o tema, decretando que o referido artigo do Novo CPC não se aplicava ao processo trabalhista (art. 2º, III, da IN 39/2016 do TST). A

posição do TST foi consumida pela Lei 13.467/2017, que alterou o art. 775 da CLT, **passando a consagrar, para o processo trabalhista, a mesma regra do CPC, pertinente à contagem dos prazos processuais apenas em dias úteis**. Com isso, o inciso III do art. 2º da IN 39/2016 do TST foi soterrado.

O art. 183 do CPC acabou com o prazo em quádruplo para a apresentação de defesa pelas pessoas jurídicas de direito público, uniformizando, para estas, “o prazo em dobro” para a prática de todos os atos processuais (defesa, recurso etc.). O TST, na IN 39/2016, silenciou sobre a aplicabilidade da inovação ao processo trabalhista. Entendo que não há lacuna para o fim do prazo em quádruplo para a defesa da Fazenda Pública e dos Correios (art. 12 do Decreto-Lei 509/1969), por força da previsão contida no art. 1º, II, do Decreto-Lei 779/1969, norma processual trabalhista específica, que impede a aplicação do art. 183 do CPC, como prevê o art. 769 da CLT. Sendo assim, em se tratando de processo cujo reclamado seja uma pessoa jurídica de direito público ou os Correios, o juiz deverá respeitar o prazo mínimo de 20 dias entre a citação e a realização da audiência, salvo se a contestação já tiver sido juntada pelo PJE sem sigilo.

5.1.2. Incompetência Absoluta

A competência de uma Justiça não é definida pelo direito material a ser aplicado pelo órgão jurisdicional, mas pela “natureza da relação jurídica” deduzida em juízo, ou, em outras palavras, pela “relação jurídica que originou o litígio”. Já estudamos que a pretensão nasce com a lesão ao direito (a lesão não é necessária nas ações meramente declaratórias e nas ações constitutivas positivas ou negativas). Lesionado o direito de um dos sujeitos de uma relação de trabalho, a competência para processar e julgar a ação de reparação será, *a priori*, da Justiça do Trabalho, mesmo que o juiz do trabalho tenha que aplicar, no caso concreto, normas do direito civil ou do direito empresarial. Sendo assim, quando se fala de competência quanto ao objeto litigioso, esta diz respeito à relação jurídica de direito material (competência em razão da matéria). Ultrapassada essa etapa, é preciso verificar se uma das pessoas (sujeitos) da relação pode influenciar na competência (competência em razão da pessoa). Depois disso, a competência já estará fixada (Justiça do Trabalho

ou Justiça Comum), bastando analisar em qual dos órgãos da respectiva Justiça a ação será ajuizada (competência funcional ou hierárquica).

A competência em razão da matéria, em razão da pessoa e funcional é absoluta, ou seja, é questão de ordem pública, que deve ser analisada de ofício pelo órgão jurisdicional – § 5º do art. 337 do CPC.

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações decorrentes das **relações de trabalho** – art. 114, I, da CF. Essa competência não alcança, entretanto, os servidores públicos que mantêm vínculo de natureza estatutária com a União, os Estados, os Municípios, o DF, as Autarquias, as Fundações Públicas e os Consórcios Públicos, cujos litígios continuam inseridos na competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal, por força de liminar do STF concedida na ADI 3.395-6, em 27/01/2005. Existindo controvérsia sobre a natureza do vínculo, a Justiça do Trabalho também não tem competência, cabendo à Justiça Comum dirimi-la.

As ações envolvendo empregados públicos e empresas públicas ou sociedades de economia mista são de competência da Justiça do Trabalho, pois entre eles há incontestável vínculo empregatício.

A Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar ação decorrente da relação mantida entre profissional liberal e cliente. O STJ pacificou o entendimento de que a relação mantida entre eles é de consumo, logo, de competência da justiça estadual – Súmula 363 do STJ. A referida Súmula é fruto do julgamento, pelo STJ, de inúmeros conflitos de competência, positivos e negativos, envolvendo juízes do trabalho e juízes de direito. Importante ressaltar que a incompetência da Justiça Obreira se restringe à relação mantida pelo profissional liberal **diretamente** com o cliente (destinatário final da prestação de serviços = consumidor – art. 2º do CDC).

Digamos que um cliente não tenha quitado os honorários advocatícios acordados com o seu advogado. Caso deseje cobrar judicialmente a dívida, o advogado terá de fazê-lo na Justiça Estadual. Mas digamos que um empregado tenha procurado um escritório de advocacia, contratando-o para determinada causa. Os sócios do escritório, diante da complexidade da

matéria, contrataram um advogado especialista. A relação entre o cliente e o escritório é uma relação de consumo (competência da Justiça Estadual). A relação mantida entre o advogado especialista e o escritório é uma típica relação de trabalho (prestação de serviços – *locatio operarum*), de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I, da CF).

O art. 114, VII, da CF dispõe que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações decorrentes das penalidades administrativas aplicadas pela fiscalização trabalhista. Estou falando das ações decorrentes das multas aplicadas pelos auditores fiscais do trabalho. Entendam: aplicada a multa, qualquer ação oriunda do fato, seja de conhecimento, seja de execução, será processada na Justiça do Trabalho (ação anulatória, mandado de segurança, ação de execução fiscal com base em certidão de dívida ativa etc.). A Justiça do Trabalho, entretanto, **não tem competência para aplicar as multas administrativas previstas em lei**, inclusive aquelas esculpidas na CLT. Parece mentira, mas não é. O juiz do trabalho não pode aplicar sobre o empregador uma multa administrativa, porém, depois de o auditor fiscal do trabalho aplicar a multa, qualquer ação decorrente daquela aplicação será de competência da Justiça do Trabalho. No mínimo, surreal.

A Justiça do Trabalho só tem competência para aplicar as multas que são revertidas em favor do trabalhador. Não é o caso, evidentemente, das multas administrativas, que são recolhidas em favor da União Federal. As multas mais famosas aplicadas pelo juiz do trabalho são aquelas previstas no § 8º do art. 477 da CLT (vide também Súmula 462 do TST; OJ 238 da SDI-1 e Súmula 388 do TST) e no art. 467 da CLT (vide parágrafo único do próprio artigo e Súmula 388 do TST).

A multa do art. 467 da CLT não se aplica contra a Fazenda Pública, nos termos do seu parágrafo único, que se encontra em plena vigência! O parágrafo único do art. 467 da CLT continua vigendo, ao contrário do que alguns doutrinadores passaram a alardear. A Lei 10.272/2001, ao alterar a redação do *caput* do referido artigo, nada dispôs sobre a vigência de seu parágrafo único, incluído pela Medida Provisória 2.180-35, de 24/08/2001. O escopo da Lei 10.272/2001 foi o de modificar “a base de cálculo da sanção” e “o valor da multa” (antes a multa incidia apenas sobre os “salários”

incontroversos e correspondia “ao dobro” do valor; hoje incide sobre “as verbas rescisórias” incontroversas e corresponde a “50%” do valor). Em momento algum o legislador desejou excluir a prerrogativa da Fazenda Pública, criada pela Medida Provisória, a qual ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Comum também a aplicação de multas previstas em convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

O art. 114, VIII, da CF reza que compete à Justiça do Trabalho **executar**, de ofício, as contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões. Observem que a competência se restringe à fase de execução. A Justiça do Trabalho, portanto, não tem competência para processar e julgar ação de cobrança de recolhimentos previdenciários. A competência previdenciária da Justiça Laboral é uma competência acessória.

Digamos que o empregado descobriu que o seu empregador não vem recolhendo as contribuições previdenciárias. Caso ajuíze reclamação trabalhista, pleiteando a condenação do reclamado nos referidos recolhimentos, o advogado de defesa deverá suscitar a preliminar de incompetência absoluta, citando a Súmula Vinculante 53, o art. 114, VIII, da CF e a Súmula 368 do TST.

Diferente é o caso de o empregado ajuizar reclamação pleiteando, por exemplo, diferenças salariais por desvio de função (verba de natureza remuneratória). Se o reclamado for condenado a pagar o título, o juiz do trabalho, além de executar as diferenças salariais, cobrará também “o crédito previdenciário decorrente daquela condenação”. Se o pedido fosse de indenização por dano moral, por exemplo, caso o juiz condenasse a empresa, nenhuma contribuição previdenciária seria cobrada, pois o título condenatório não é fato gerador da referida contribuição (ela incide apenas sobre verbas de natureza remuneratória).

Importante destacar o item II da Súmula 368 do TST, que deve constar de toda contestação. Ele prevê que o imposto de renda e as contribuições previdenciárias devem ser recolhidos pelo empregador, mas que ambas as partes arcarão, cada qual, com o seu quinhão, pois a culpa do empregador

pelo inadimplemento das verbas remuneratórias **não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte**. Destarte, depois da comprovação do recolhimento pelo empregador, o juiz, mediante a **retenção** sobre o crédito devido ao obreiro, devolverá ao empregador os valores do imposto de renda e da parcela da contribuição previdenciária devida pelo obreiro. O pedido de retenção do imposto de renda e das contribuições previdenciárias deve ser formulado pelo advogado de defesa, no final da contestação, por cautela.

Por fim, sempre é bom lembrar que a Justiça do Trabalho não tem competência para averbar tempo de serviço para fins de aposentadoria (OJ 57 da SDI-2).

A Justiça do Trabalho não tem competência criminal, segundo o STF, que concedeu liminar na ADI 3.684-0.

Competência criminal. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme dada ao art. 114, I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito *ex tunc*. O disposto no art. 114, I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais. (ADI 3.684-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º/02/2007, Plenário, DJ 03/08/2007).

Na relação de empreitada, a Justiça do Trabalho tem a sua competência condicionada à pessoa do empreiteiro. Sendo este um operário ou artífice (pessoa física), podendo até contar com ajudantes, a competência será da Justiça do Trabalho – art. 652, “a”, III, da CLT. Caso a relação de empreitada envolva uma empreiteira pessoa jurídica (empresa de construção civil), a competência da Justiça do Trabalho cessa. Eis uma típica competência em razão da pessoa.

Na relação de representação comercial deve se aplicada a mesma regra pertinente ao contrato de empreitada, ou seja, prevalecerá a competência em razão da pessoa. Após a promulgação da EC 45, entrou em pauta do

Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.542/2005, regulamentando a competência da Justiça do Trabalho. À luz deste Projeto de Lei, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de cobrança de crédito resultante de comissões de representante comercial ou de contrato de agenciamento e distribuição, quando o representante, agente ou distribuidor for **pessoa física**. Caso o representante comercial não seja pessoa física, a competência continuará sendo da justiça estadual, nos termos do art. 39 da Lei 4.886/1965.

O STF, no dia 20/02/2013, decidiu que a Justiça do Trabalho é INCOMPETENTE para processar e julgar as ações decorrentes de **planos de previdência complementar privada**, pois a relação entre o fundo fechado de previdência complementar e o beneficiário não tem natureza trabalhista. O Plenário do STF também decidiu **modular** o efeito da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999: a) **permanecerão na Justiça do Trabalho** os processos que já tiveram sentença de mérito proferida até 20/02/2013; b) **os demais processos** que tramitam na Justiça Trabalhista deverão ser remetidos à Justiça Comum.

5.1.3. *Inépcia*

Inépcia significa “falta de aptidão”, “absurdo”, “inabilidade”, “incapacidade” etc. Petição inicial inepta é petição que não se encontra apta a ser analisada, defeituosa, cujo conteúdo conduz ao absurdo.

O CPC, no art. 321, prevê que, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 319 e 320, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, **o juiz determinará que o autor a emende ou a complete, no prazo de 15 dias**, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Caso o reclamante não cumpra a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial, extinguindo, sem resolução meritória, o processo. A norma é compatível com o processo do trabalho, à luz de precedentes jurisprudenciais consubstanciados na Súmula 263 do TST.

SÚMULA 263 DO TST. PETIÇÃO INICIAL.
INDEFERIMENTO. INSTRUÇÃO OBRIGATÓRIA

DEFICIENTE (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. Salvo nas hipóteses do art. 330 do CPC de 2015 (art. 295 do CPC de 1973), o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 15 (quinze) dias, mediante indicação precisa do que deve ser corrigido ou completado, a parte não o fizer (art. 321 do CPC de 2015).

Quando se fala em inépcia, o art. 330, § 1º, do CPC surge como a base jurídica mais importante. À luz do citado artigo, considera-se inepta a petição inicial:

- Sem pedido.
- Sem causa de pedir.
- O pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico (§ 1º do art. 324 do CPC).
- Quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão.
- Contiver pedidos incompatíveis entre si.

Há juízes do trabalho que, na sentença, ao vislumbrarem a inépcia, decretam a extinção do processo sem resolução do mérito, quanto àquela parcela da pretensão. Isso acontece quando o juiz, na audiência, não se debruça sobre o conteúdo da exordial e também não dedica atenção especial às preliminares arguidas pelo reclamado na contestação.

Num ato maquinal, hoje tão comum, diante das pautas lotadas, simplesmente o magistrado recebe a defesa ou registra que ela já se encontra nos autos (PJE) e marca a audiência de instrução. Resultado: só perceberá a inépcia na oportunidade em que for elaborar a sentença. Pior: a instrução, que durou horas, se arrastou sobre uma questão que nem será julgada, em face da inépcia.

Digamos que o reclamante narrou que laborava 10h por dia, mas não pediu qualquer condenação em horas extras. O advogado do reclamado

suscitou a preliminar de inépcia, por ausência de pedido. O juiz, na audiência, não leu a inicial, nem tampouco leu a contestação. O advogado do reclamado, na audiência, silenciou. Na instrução, o juiz ouviu as partes e diversas testemunhas, sem antes delimitar a lide. Toda a instrução, que durou 3h, foi sobre horas extras. Na hora de sentenciar, o juiz descobre que a petição está inepta e, por conta disso, extingue o processo sem resolução do mérito. Conclusão: foram espancados, brutalmente, os princípios da celeridade, da economia, da instrumentalidade, entre outros.

Não há no processo trabalhista o despacho saneador. E isso é bom, pois imprime celeridade ao andamento processual, fixando a citação como mero ato ordinatório (salvo quando existir pedido de tutela provisória de urgência). Mas a inexistência de despacho saneador não afasta a necessidade de o juiz ler as peças (petição inicial e contestação) antes de qualquer instrução. Ganha relevo, neste ponto, o art. 357 do CPC.

O juiz, para fixar os pontos controvertidos, nem precisará “ouvir as partes”. Basta, inicialmente, ler a petição inicial e ler a contestação, observando, depois, os documentos que habitam os autos e o que as partes falaram sobre eles. O juiz do trabalho faz isso na audiência. Alguns, acertadamente, costumam chegar cedo ao órgão jurisdicional, exatamente para “estudar os processos”, o que ajuda no andamento dos trabalhos em audiência. Outros, também acertadamente, estudam os feitos no dia anterior. Cada magistrado tem o seu ritmo. Os mais experientes, na própria audiência, numa espécie de leitura dinâmica, rapidamente detectam, de ofício, preliminares dilatórias e peremptórias. Quando não, ao lerem a contestação, analisam as preliminares ali suscitadas e concordam com os argumentos da defesa. O que não pode é o magistrado passar horas e horas instruindo um fato natimorto.

5.1.4. Perempção Trabalhista

Já estudamos que no processo do trabalho não se aplica a perempção prevista no Código de Processo Civil.

No processo civil, o fato de o autor deixar de promover atos e diligências que deveria ter realizado, abandonando a causa por mais de trinta dias, gera a

extinção do processo sem resolução do mérito, conforme previsto no art. 485, III, do CPC. Isso não impede, entretanto, que o autor ajuíze ação idêntica à anterior. Caso a inércia do autor se repita por três vezes, ou seja, por três vezes o processo foi extinto sem resolução do mérito, devido ao abandono da causa por mais de trinta dias, incidirá a perempção, impedindo a propositura de uma quarta ação idêntica contra o réu – argúcia do § 3º do art. 486 do CPC. Nada disso se aplica ao processo trabalhista.

No processo do trabalho, há duas situações que, uma vez ocorrendo, impedirão o reclamante de ajuizar reclamação trabalhista idêntica, contra o mesmo reclamado, **por seis meses** (perempção temporária).

A proibição não é definitiva, daí não se confundir com a perempção do processo civil. Trata-se, na verdade, de um “castigo temporário”, aplicado contra reclamante relapso. A duração do “castigo” terminou levando uma parcela considerável da doutrina a denominar o fato de “perempção temporária”. Muitos também a chamam de “perempção trabalhista”.

Eis os dois casos:

- a) Arquivamento de duas reclamações consecutivas, pelo não comparecimento do reclamante à audiência – art. 732 c/c art. 844 da CLT. Observem que o arquivamento tem que atingir “duas reclamações consecutivas” e ter o mesmo fato gerador: “não comparecimento do reclamante à audiência”.
- b) Propositura de reclamação verbal no setor de distribuição e o não comparecimento do reclamante, à vara do trabalho para a qual foi distribuída a demanda, dentro de cinco dias, para redução a termo – Parágrafo único do art. 786 c/c art. 731 da CLT. Observem que a redução a termo de uma reclamação verbal jamais é feita pelo distribuidor. Reclamação verbal, apresentada no setor de distribuição, será distribuída, para uma das varas do trabalho, antes de sua redução a termo. O reclamante, a partir daí, tem cinco dias para comparecer à vara do trabalho, sob pena de “perempção trabalhista”. Esse segundo caso ainda tem eficácia, pois a norma está em plena vigência, mas não tem efetividade, já que as reclamações verbais desapareceram do

universo da Justiça Laboral.

5.1.5. *Litispendência e Coisa Julgada*

Tanto a litispendência, como a coisa julgada, são objeções que requerem “identidade de ações”. Ações idênticas possuem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (os mesmos elementos da ação) – § 2º do art. 337 do CPC.

Há litispendência quando se repete **ação que está em curso**. Há coisa julgada quando se repete **ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado** – §§ 3º e 4º do art. 337 do CPC.

Cabe relembrar, neste ponto do estudo, que o termo de conciliação judicial, no momento de sua homologação pelo juiz do trabalho, transita em julgado para as partes, nos termos do parágrafo único do art. 831 da CLT e das Súmulas 259 e 100, V, do TST.

O termo de conciliação firmado em comissão de conciliação prévia, que tem natureza de título extrajudicial, tem o condão de quitar todas as verbas decorrentes do contrato, de forma geral e irrestrita, desde que não haja qualquer ressalva no seu corpo – vide parágrafo único do art. 625-E da CLT.

O mesmo se diga do termo de adesão a plano de incentivo a demissão voluntária (PIDV ou PDV). O TST, na OJ 270 da SDI-1, dispõe que a transação mediante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo, porém o STF, no ano de 2015, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 590.415, considerou válida a quitação geral, irrestrita e irrevogável de todas as verbas decorrentes do contrato, à luz de cláusula prevista no termo de PDV assinado por empregado e empregador e ratificada por acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Existindo, por conseguinte, cláusula desse tipo, com respaldo em norma coletiva, o empregado não terá sucesso em reclamação trabalhista ajuizada posteriormente. A Reforma Trabalhista veio apenas ratificar a decisão do STF. Com efeito, a Lei 13.467/2017 incluiu o art. 477-B na CLT, dispondo que o Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual,

plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

OJ 132 DA SDI-2. AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. ALCANCE. OFENSA À COISA JULGADA. Acordo celebrado – homologado judicialmente – em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista.

NOTÍCIA PUBLICADA NO SITE DO TST – Na última sessão de 2011, a Sexta Turma do TST decidiu que a ofensa ocorrida antes de um acordo judicial trabalhista, ainda que não tenha correspondência direta com o objeto do acordo, está abrangida por esse ato. No caso analisado pela Turma, empregado e empregador firmaram um acordo na vara do trabalho, dando quitação total das verbas salariais decorrentes do contrato de trabalho. Posteriormente, o empregado propôs nova ação com pedido de indenização por danos morais, uma vez que se sentiu ofendido pelo preposto durante a audiência. Segundo o trabalhador, o preposto disse que ele havia praticado ato ilícito penal e iria para a cadeia, porque teria roubado leite da fazenda e vendido o produto sem autorização. Contou que as afirmações ocorreram durante a audiência, ou seja, antes do reconhecimento, pelo empregador, de que o leite fazia parte dos créditos salariais do ex-empregado e da celebração do acordo. O juiz da vara do trabalho considerou que o pedido de dano moral decorrente da extinta relação de trabalho estava abrangido pelo acordo firmado entre as partes. Da mesma forma entendeu o TRT ao reconhecer que havia coisa julgada e extinguir o processo. Para o TRT, o acordo quitava todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho, já que não existia ressalva. No TST, o trabalhador sustentou que a ação de indenização por dano moral tinha por finalidade a recomposição da sua dignidade, enquanto o acordo homologado teve por objetivo o ressarcimento das

obrigações não cumpridas pelo empregador. O relator deu razão ao empregado, por avaliar que não havia coisa julgada na hipótese, pois a ofensa não era decorrente da relação de trabalho, e sim de afirmações constantes nas peças processuais juntadas ao processo. *Entretanto, o ministro Maurício Godinho discordou desse entendimento, por concluir que o fato (ofensa) aconteceu dentro do processo no qual, em seguida, foi dada a quitação.* Para o ministro, portanto, o acordo celebrado entre as partes abrangia os atos processuais anteriores. Ainda de acordo com o ministro Godinho, é possível acontecer ofensa por dano moral depois que o trabalhador sai do emprego, mesmo que ele tenha feito acordo – se a empresa inventa uma lista suja e coloca o nome do trabalhador, por exemplo. Nesses casos cabe o pedido de indenização por danos morais porque se trata de fato novo, não coberto por eventual acordo ou decisão judicial. Porém, isso não ocorreu no caso, observou o ministro. O presidente da Turma, ministro Aloysio Corrêa da Veiga, votou com a divergência para negar provimento ao recurso do empregado. Também no seu entendimento, qualquer nova discussão acerca do extinto contrato de trabalho encontra obstáculo na coisa julgada. (Decisão publicada em 24/01/2012 no site www.tst.jus.br. Processo: RR-24800-63.2008.5.18.0171).

5.1.6. Da Convenção de Arbitragem

O art. 507-A da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, dispõe que, nos contratos individuais de trabalho, **cuja remuneração do empregado seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social**, as partes poderão inserir uma “cláusula compromissória de arbitragem”, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos da Lei 9.307/1996. O teto foi reajustado em janeiro de 2018 para R\$ 5.645,80. Logo, o dobro corresponde a R\$ 11.291,60.

O compromisso arbitral representa a **renúncia ao Poder Judiciário**. Isso mesmo. Quando os sujeitos de um contrato acordam que os litígios gerados

pelo pacto serão dirimidos por um árbitro (escolhido por eles), estão, na verdade, abrindo mão de levar as suas pretensões ao Judiciário (inciso VII do art. 485 do CPC e inciso X do art. 337 do CPC). A cláusula compromissória arbitral deve ser estipulada por escrito, como exige o § 1º do art. 4º da Lei 9.307/1996, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Em se tratando de **contrato de adesão**, a cláusula arbitral deve, por cautela, constar de documento anexo, à luz da previsão contida no § 2º do art. 4º da Lei 9.307/1996, ou em negrito no próprio contrato, com a assinatura de no mínimo duas testemunhas. O contrato de trabalho é considerado um contrato de adesão. Com a Reforma Trabalhista, portanto, a CLT passou a reconhecer a validade do compromisso arbitral firmado por empregado que possuir **remuneração mensal específica**, sem exigir, contudo, como o fez no parágrafo único do art. 444 da CLT, nível educacional diferenciado do obreiro (diploma de nível superior). Surpreendente a previsão do art. 507-A da CLT, exatamente pela ausência deste último requisito, que considero mais relevante do que a quantia remuneratória.

Existindo cláusula compromissória arbitral no contrato de trabalho, o advogado do reclamado tem que lembrar que a objeção (preliminar de mérito) **não poderá ser conhecida de ofício pelo juiz**, à luz do § 5º do art. 337 do CPC, sendo, portanto, passível de preclusão, já que não é considerada matéria de ordem pública.

5.1.7. Observações Finais

Pedido ilíquido, formulado em qualquer rito, também é um defeito da petição inicial, capaz de levar o processo à extinção sem resolução do mérito – art. 841, § 3º, da CLT e art. 852-B, I e § 1º, da CLT. Com todo o respeito à previsão consolidada, entendo que a iliquidez é um caso típico de inépcia, cabendo ao juiz intimar o reclamante para que sane o vício no prazo de 15 dias. Caso o autor não cumpra a diligência, aí sim o juiz arquivará a reclamação – Súmula 263 do TST e art. 321 do CPC.

No rito sumaríssimo, a citação por edital é proibida, em face da previsão contida no art. 852-B, II, da CLT. A interpretação da referida norma vem

desaguando em iniquidades latentes, pois muitos juízes simplesmente desprezam a “intenção do legislador”, ou seja, a finalidade da norma. Teleologicamente, não me furto a dizer que a vedação à citação editalícia está umbilicalmente ligada ao § 1º do art. 852-B da CLT, que prevê o arquivamento da reclamação “quando o reclamante não indicar corretamente o nome e/ou o endereço do reclamado”, gerando, por conta disso, a frustração da citação postal. Apresentando, a petição inicial de reclamação no rito sumaríssimo, lacuna ou erro quanto ao endereço e/ou ao nome do réu, o processo será extinto sem resolução do mérito, não se aplicando o art. 321 do CPC/2015 (concessão de prazo de 15 dias para que seja sanado o vício). A disposição legal, portanto, é uma espécie de “sanção processual” ao reclamante negligente, desidioso, descuidado, tanto assim que o legislador fez questão de ressaltar que o reclamante, nesse caso, será “condenado no pagamento das custas” (§ 1º do art. 852-B da CLT). O juiz, evidentemente, poderá conceder os benefícios da justiça gratuita, dispensando o autor do pagamento (§ 3º do art. 790 da CLT).

***Conclusão:* para que o juiz não cite o reclamado por edital no rito sumaríssimo, é imprescindível que o reclamante tenha provocado culposamente a frustração postal.**

Por fim, o advogado de defesa não deve mais suscitar a **superada** preliminar de “não submissão da demanda à comissão de conciliação prévia”, pois o STF concedeu, em 13/05/2009, medida cautelar nas ADIs 2.139-7 e 2.160-5, para dar “interpretação conforme a CF” ao art. 625-D da CLT, tornando meramente facultativa a ida do trabalhador à comissão.

5.2. Mérito

O enfrentamento do mérito é chamado de “defesa direta”. Diferente, portanto, das questões preliminares, as quais compõem a “defesa indireta”.

Contestar o mérito, nos termos do art. 341 do CPC, é “enfrentar todos os fatos descritos na petição inicial”.

O reclamado tem o ônus de se manifestar precisamente, ou seja, especificamente, sobre os fatos narrados na petição inicial (causa de pedir),

sob pena de confissão (presunção de veracidade dos fatos contidos na exordial). Se o fato não for enfrentado na contestação, precluirá o direito de defesa quanto a ele. Sempre é bom lembrar que o reclamado, ao juntar pelo PJE contestação sem sigilo, estará consumando o ato contestatório, nos termos do art. 342 do CPC c/c arts. 847, parágrafo único e 841, § 3º da CLT, não sendo mais possível deduzir novas alegações, salvo aquelas previstas nos incisos do citado art. 342 do CPC.

Assim reza o art. 342 do CPC, com as naturais ressalvas:

Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

I – relativas a direito superveniente;

II – competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Direito superveniente nos remete ao já comentado art. 493 do CPC, aplicável ao processo trabalhista (vide Súmula 394 do TST). Tema explorado quando do estudo da audiência.

No inciso I, o art. 342 do CPC, *data venia*, deveria ter usado a expressão “fato superveniente”. Ora, se um fato superveniente, capaz de influenciar na solução da lide, ocorrer, não só o reclamado poderá “complementar a sua defesa”, como o próprio reclamante terá também a oportunidade de se manifestar, afinal o fato superveniente pode ser favorável ou desfavorável a quaisquer das partes. Quando o juiz constatar de ofício o fato novo, ouvirá as partes sobre ele, antes de decidir, como prevê o parágrafo único do art. 493 do CPC. O princípio do contraditório, indubitavelmente, ganhou ainda mais força com o novo Código Processual.

Os incisos II e III são redundantes, pois tratam das matérias de ordem pública – § 5º do art. 337 do CPC.

5.2.1. *Das Questões Prejudiciais de Mérito*

A “defesa direta” é aquela direcionada ao mérito da causa.

O enfrentamento meritório sempre constituiu a principal missão do advogado de defesa, responsabilidade que se tornou ainda mais impactante com o Novo CPC, cujas normas intencionalmente espancaram o “culto ao formalismo”, criando, em suas linhas, vias que, preferencialmente, conduzem o magistrado à decisão de mérito.

Com os dias contados, as cansativas contestações, recheadas de incontáveis e desconexas “objeções” (“preliminares”), que aos poucos desaparecerão dos arquivos de computadores.

O art. 339 do CPC demonstra que a “impunidade” do ato de “atirar para todos os lados”, com o escopo de “tumultuar o andamento do feito” e “confundir adversário e juiz”, está em processo de banimento, *verbis*:

Art. 339 do CPC. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

Advogados, procuradores e magistrados devem compreender que o Novo CPC foi concebido sob o manto dos princípios da boa-fé, do contraditório, da instrumentalidade das formas, da cooperação, da efetividade, entre outros, elegendo, como prioridade, o enfrentamento do mérito.

Os pressupostos processuais e as condições da ação estão em segundo plano. São “atores coadjuvantes”. O objetivo maior está no exame de mérito, à luz dos arts. 4º e 6º do CPC.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

No mérito, ou seja, depois das “preliminares”, por questão de lógica, alguns **fatos** devem ser enfrentados antes dos demais. Estou falando de “determinadas matérias” capazes de levar o juiz a proferir **decisão de mérito**, sem analisar a “pretensão de fundo” ou, se for o caso, o “restante” da

pretensão.

Essas matérias são capazes de **prejudicar** a análise das demais. Daí o epíteto: “prejudiciais”.

A “negativa de vínculo empregatício” é um bom exemplo de questão “prejudicial de mérito”, pois, caso o juiz se convença da tese de defesa, decidirá meritoriamente o processo, rejeitando os pedidos formulados pelo reclamante (art. 487, I, do CPC).

Ora, se o juiz declara que o reclamante jamais manteve relação de emprego com o reclamado, os pedidos de assinatura da carteira de trabalho, pagamento de verbas rescisórias, pagamento de horas extras, recolhimento do FGTS etc. sucumbirão, acompanhados da reluzente lucidez da lógica.

As “questões prejudiciais” estão, portanto, inseridas no mérito. Elas não se confundem com as “questões preliminares”.

A prescrição bienal é outra típica prejudicial de mérito. O mesmo se diga da prescrição total (§ 2º do art. 11 da CLT) e da decadência. O art. 487, II, do CPC dispõe que haverá resolução de mérito quando o juiz decidir sobre a ocorrência de decadência ou prescrição. Tecnicamente, a prescrição parcial não é uma questão prejudicial, pois apenas limita a pretensão no tempo, mas é comum o advogado de defesa já suscitá-la no início da contestação.

Digamos que o empregado, demitido sem justa causa em janeiro de 2013, ajuíze, em julho de 2015, reclamação trabalhista em face do seu ex-empregador, pleiteando o pagamento de horas extras e adicional noturno. O advogado de defesa, antes de enfrentar os fatos descritos na petição inicial, rechaçando os pleitos, deve requerer a aplicação da prescrição bienal prevista no inciso XXIX do art. 7º da CF e no *caput* do art. 11 da CLT, mostrando ao juiz que a reclamação só foi ajuizada depois de dois anos da rescisão contratual. O magistrado, diante do pleito, ouvirá o reclamante, antes de decidir a questão (art. 10 e parágrafo único do art. 487 do CPC).

Digamos que em agosto de 2010 o empregador tenha suprimido as comissões que eram pagas ao empregado. Em outubro de 2016, quando foi demitido, o obreiro ajuizou reclamação trabalhista, arguindo a nulidade da alteração do contrato (supressão das comissões), com base no *caput* do art.

468 da CLT, pedindo, por conta disso, o pagamento de todas as comissões. O advogado de defesa, antes de enfrentar os fatos descritos na inicial, deve requerer a aplicação da prescrição total prevista no § 2º do art. 11 da CLT, citando a específica OJ 175 da SDI-1, mostrando ao juiz que a reclamação só foi ajuizada depois de cinco anos da alteração do pacto e que esta atingiu parcela não garantida por preceito de lei (comissões). O juiz, diante do pleito, ouvirá o reclamante, antes de decidir a questão (art. 10 e parágrafo único do art. 487 do CPC).

Digamos que um dirigente sindical tenha sido flagrado praticando falta grave, sendo o contrato suspenso preventivamente no dia seguinte, com base no art. 494 da CLT. O empregador, 45 dias depois da suspensão preventiva, ajuizou inquérito para apuração de falta grave, pleiteando a rescisão por justa causa do contrato. O advogado de defesa, antes de enfrentar os fatos descritos na inicial, deve requerer a incidência da decadência, pois o inquérito foi protocolado depois de 30 dias do início da suspensão, prazo este previsto no art. 853 da CLT e ratificado pela Súmula 403 do STF (que deve ser contado em dias corridos). O juiz, diante do requerimento, ouvirá a empresa autora, antes de decidir a questão (art. 10 e parágrafo único do art. 487 do CPC).

Caso o juiz acolha o requerimento do advogado do réu (prescrição bienal; prescrição total; decadência), fulminará, meritoriamente, toda a pretensão. No caso da prescrição total, a sua abrangência fica limitada à pretensão envolvendo aquela verba específica, que, no exemplo, foi “comissões”.

Importante reforçar que o juiz, nos termos do art. 10 e do parágrafo único do art. 487 do CPC, só poderá decidir sobre a incidência ou não da prescrição e da decadência depois de ouvir o reclamante (princípios do contraditório e da ampla defesa).

Por mais contundente que seja a prejudicial meritória, o previdente advogado de defesa jamais abandona o princípio da eventualidade. Significa dizer que, depois de suscitar preliminares e prejudiciais, o advogado de defesa tem por obrigação enfrentar todos os fatos narrados na inicial.

Isso me faz lembrar um caso concreto. O reclamante, dispensado sem justa causa, ajuizou, pela primeira vez, reclamação trabalhista, quatro anos

depois da extinção do contrato, nada falando a respeito do retardo. Particularmente, sigo a orientação do TST, de que a prescrição não deve ser aplicada de ofício contra pretensão obreira envolvendo direitos trabalhistas (princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas pelo empregado). Quando da audiência, o reclamado ofertou contestação, suscitando apenas a incidência da bienal prescrição, silenciando sobre os fatos e os pedidos. O réu, por conseguinte, restringiu sua defesa à questão prejudicial. Recebi a contestação e questioneei o advogado do reclamante sobre o fato de a reclamação ter sido ajuizada fora do biênio imprescrito. O advogado do reclamante, profissional tarimbado, tirou o ás da manga, dizendo: *“Excelência, o meu cliente, dois meses depois da extinção contratual, passou a ocupar um cargo comissionado na União, laborando, durante os três anos subsequentes, na Embaixada do Brasil em Paris. Diante disso, douto julgador, não há que se pensar em bienal prescrição, visto que, à luz do art. 198, II, do Código Civil, a prescrição não corre contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios. Para tanto, requer a juntada dos seguintes documentos, capazes de comprovar o alegado. Por fim, requer que se digne Vossa Excelência a rejeitar a arguição de aplicação da prescrição e, diante da ausência de manifestação sobre os fatos, julgar procedente a totalidade da pretensão. Pede deferimento”*. O advogado do reclamado ficou pálido. A sua imagem era o retrato de quem atua movido pela empáfia. Recebi os documentos, na forma do art. 845 da CLT, abrindo prazo para impugnação pelo reclamado (art. 411, III, do CPC). O advogado do reclamado, evidentemente, escreveu, escreveu e escreveu, tentando impugnar os documentos. Mas tudo não passava de “palavras ao vento”. De fato, o reclamante tinha razão. Nos três anos em que estive na linda Paris, a prescrição ficou suspensa. Resultado: não apliquei a prescrição bienal e julguei procedentes todos os pedidos contidos na petição inicial, diante da revelia (ausência de defesa).

São questões prejudiciais:

- Prescrição bienal (ou extintiva).
- Prescrição total (ou “prescrição do ato único”), prevista no § 2º do art. 11 da CLT.

- Decadência.
- Negativa de vínculo empregatício.
- Negativa da natureza do vínculo empregatício.

A **prescrição parcial**, como foi dito, não é considerada, tecnicamente, uma questão prejudicial de mérito, porque, uma vez aplicada, não prejudica a análise dos pedidos, apenas limita, no tempo, a pretensão.

A prescrição parcial, portanto, apenas impõe um limite temporal à condenação. Processualmente, o correto seria suscitá-la **no final da contestação**, “por cautela”, à luz do princípio da eventualidade. **Mas não há problema algum na arguição da parcial prescrição logo no início da defesa de mérito.**

5.2.1.1. Da Negativa de Vínculo Empregatício

Costumo dividir a negativa de vínculo empregatício em três espécies:

- Negativa **pura**.
- Negativa qualificada pela resistência à natureza da **relação de trabalho**.
- Negativa qualificada pela resistência à natureza da **relação de emprego**.

Negativa pura

A negativa pura deixa sobre os ombros do reclamante todo o ônus da prova.

O reclamado, na contestação, diz que o reclamante jamais trabalhou para ele, em circunstância alguma, nem como empregado, nem na qualidade de prestador de serviços, trabalhador autônomo etc.

Na negativa pura, o reclamado chega a dizer que desconhece a figura do reclamante.

Trata-se de uma via de defesa que deve ser muito bem avaliada pelo advogado do reclamado, porquanto, ao escolhê-la, estará afirmando, em nome

do seu cliente, que o reclamante é, de fato, um grande mentiroso, e, naturalmente, está litigando de má-fé.

Ora, se o reclamante diz que, peremptoriamente, foi contratado pelo reclamado em determinada data, para exercer uma função, trabalhando mediante subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade, e o reclamado, na defesa, diz que não conhece o reclamante, ou seja, que ele jamais foi seu empregado ou prestador de serviços, um dos dois, logicamente, está mentindo descaradamente.

O magistrado sabe que, na sua frente, tem um grande “cara de pau”, que, sem o menor temor, apresentou-se ao Judiciário contando a maior mentira do mundo, numa clara e aberrante demonstração de que a impunidade está culturalmente enraizada em nossa sociedade.

Em todos os casos de negativa pura, o juiz não deve deixar de aplicar, quando do veredicto, a pena de litigância de má-fé (art. 80 do CPC), seja contra o autor, seja contra o réu, evitando o vácuo punitivo que paira, principalmente, quando o sucumbente é o “trabalhador”, pela influência do princípio da proteção ao hipossuficiente (princípio do Direito do Trabalho).

A hipossuficiência, convenhamos, não garante o “direito de mentir”. A hipossuficiência não é uma excludente de ilicitude. A hipossuficiência não torna o sujeito inimputável.

A pessoa que vai ao Judiciário, distorcendo, dolosamente, a verdade dos fatos, na busca pelo enriquecimento ilícito, faz isso com a “motivação” da impunidade.

Judiciário sem sanção é fogo que não queima, é luz que não alumia, é coração sem paixão.

Negativa qualificada pela resistência à natureza da relação de trabalho

A negativa qualificada pela resistência à relação de trabalho transfere, para o “colo do reclamado”, o *onus probandi*.

O reclamado, em sua contestação, admite a prestação de serviços do

reclamante, mas não na qualidade de empregado. Diz que o reclamante foi contratado e trabalhou como autônomo; ou estagiário; ou pequeno empreiteiro etc.

Não há uma negativa pura, mas qualificada.

Diz o advogado do reclamado: “Excelência, o reclamante foi estagiário na empresa reclamada, jamais atuando como empregado”.

O reclamado, ao dizer isso, **levanta um fato impeditivo e modificativo do direito do autor**, assumindo, a partir daí, o ônus da prova – inteligência do art. 818, II, da CLT e do art. 373, II, do CPC. O juiz responderá: “Pois não, doutor. Já que o reclamante era estagiário, onde está o ‘termo de estágio’, exigido por lei?”. E se o reclamado não possuir esse termo? Sem o termo de estágio, prova documental insubstituível, a sucumbência o aguardará em toda a sua crueldade.

O advogado do reclamado não pode ser ingênuo ao imaginar que o princípio da primazia da realidade, em seu todo, será aplicado a ambas as partes. Determinados fatos exigem, por força de lei, prova documental. É o caso, por exemplo, da relação de estágio, a qual jamais pode surgir de um pacto tácito ou verbal. Isso também se aplica à terceirização e ao contrato temporário (Lei 6.019/1974) e ao contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT).

A “negativa de vínculo pura” e a “negativa de vínculo qualificada pela resistência à natureza da relação de trabalho” sobrepõem-se à análise da prescrição.

A “negativa de vínculo pura” e a “negativa de vínculo qualificada pela resistência à natureza da relação de trabalho” são questões prejudiciais à prescrição, ou seja, devem ser arguidas antes desta.

O juiz não poderá aplicar qualquer prescrição trabalhista **antes de definir se havia ou não relação de emprego entre as partes**. Sendo assim, o magistrado, antes de se posicionar a respeito dos requerimentos de incidência da prescrição, deve definir se as partes mantiveram ou não relação empregatícia. O magistrado, ao assim agir, respeitará a lógica, livrando a

sentença da mácula da incongruência.

O advogado de defesa, caso a tese seja de negativa pura ou de negativa qualificada pela resistência à natureza da relação de trabalho, não deve suscitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois a questão discutida se insere no **mérito**, não sendo capaz de levar o magistrado a extinguir prematuramente o processo. O equívoco é comumente observado no dia a dia da Justiça do Trabalho.

O simples fato de o reclamante, na petição inicial, afirmar que manteve relação de emprego com o reclamado, já basta para a caracterização da “subjativa pertinência” da demanda quanto àquele reclamado, inviabilizando a análise apriorística da questão.

O juiz, depois de instalada a *litiscontestatio* (apresentação da contestação), constatará, em regra, a presença de latente e inafastável controvérsia fática (a não ser que o reclamado, na contestação, admita a verdade dos fatos descritos pelo reclamante).

Negativa qualificada pela resistência ao tipo de relação de emprego

A negativa de vínculo qualificada pela resistência ao tipo de relação de emprego se dá quando o reclamado não reconhece o reclamante, por exemplo, como empregado celetista, mas como empregado doméstico; ou quando não o reconhece como empregado comum, mas como empregado submetido a regime de tempo parcial; ou quando afirma que o reclamante era um “empregado aprendiz”; etc.

Em momento algum o reclamado se insurge contra a existência de relação de emprego, mas apenas contra a “natureza da relação de emprego”. E isso faz diferença.

O FGTS do empregado comum, por exemplo, é de 8% ao mês, enquanto o FGTS do aprendiz é de apenas 2% ao mês (art. 15, § 7º, da Lei 8.036/90). A jornada do empregado comum é de 8h (art. 7º, XIII, da CF), enquanto a jornada do aprendiz é de apenas 6h (art. 432 da CLT). O empregado doméstico, que vem conquistando diversos direitos ao longo do tempo, culminando com as relevantes conquistas advindas da EC 72/2013 e da LC 150/2015, ainda não tem “todos os direitos” garantidos ao empregado

celetista, como, por exemplo, os adicionais de insalubridade e de periculosidade (inciso XXIII e parágrafo único do art. 7º da CF). O empregado celetista e o empregado doméstico têm direito a adicional noturno de 20% (art. 73 da CLT e LC 150/2015) e ao cômputo da hora noturna reduzida de 52min30seg, enquanto o empregado rural tem adicional noturno de 25% (Lei 5.889/1973), sem hora noturna reduzida.

5.2.1.2. Prescrição

A prescrição trabalhista vem definida nos arts. 7º, XXIX, da CF e 11 da CLT, complementados pela importante Súmula 308 do TST.

A prescrição trabalhista é de cinco anos, ou seja, o credor trabalhista pode recuperar os créditos dos últimos cinco anos, a contar da data da propositura da reclamação. Esse “vício” de falar em “data da propositura da ação” vem do corriqueiro fato de o empregado ajuizar reclamação apenas depois da extinção contratual. Não deixa de ser um reflexo, no mundo das ideias, do costume que semeia o mundo real. Afastando o ajuizamento da ação do estudo da prescrição, encontraremos situações capazes de fortalecer o conhecimento sobre o tema.

Digamos que um empregado trabalha há 20 anos em determinada empresa, e que, durante todo esse tempo, sempre laborou em jornada noturna, sem receber, no entanto, qualquer pagamento a título de adicional noturno, tampouco viu incidir, sobre a jornada, a redução da hora noturna (art. 73, §§ 1º e 4º, da CLT). Resolveu, mesmo ainda trabalhando, ajuizar reclamação trabalhista. Falou com um advogado e obteve a informação de que só recuperará os últimos cinco anos, visto que a empresa reclamada irá suscitar a parcial prescrição. Esse limite de cinco anos já está presente, mesmo antes da “propositura da reclamação”.

Rescindido o contrato, quanto mais tempo o trabalhador demorar a propor reclamação, menos tempo recuperará em sua pretensão. Digamos que laborou na empresa por dez anos e ajuizou reclamação um ano depois da rescisão contratual. Sua pretensão, depois de a prescrição parcial ser arguida pelo reclamado, limitar-se-á aos últimos quatro anos de contrato – Súmula 308 do TST.

A contagem da prescrição dar-se-á nos moldes da previsão contida no § 3º do art. 132 do CCB: “Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência”. Se o último dia cair em dia não útil, será prorrogado para o dia útil imediatamente subsequente (§ 1º do art. 132 do CCB).

5.2.1.2.1. Prescrição parcial e prescrição bienal

A prescrição quinquenal é conhecida como **prescrição parcial**. Além da prescrição parcial, a Constituição Federal e a CLT estipulam um prazo para a propositura da reclamação trabalhista. Este prazo é de dois anos. Trata-se de outra prescrição, conhecida como **bienal (extintiva ou fatal)**. O advogado tem que trabalhar com as duas prescrições: a bienal e a parcial. Nada melhor do que exemplificar. Acompanhem o seguinte caso:

José laborou quinze anos para a empresa Calote Ltda., deixando de receber, ao longo de todo o contrato, o pagamento das horas extras e das férias.

José foi dispensado sem justa causa no dia 02/08/2009, depois de cumprir aviso prévio.

José, por força do art. 7º, XXIX, da CF e do *caput* do art. 11 da CLT, tem até o dia 02/08/2011 para ajuizar reclamação trabalhista, ou seja, até dois anos depois da rescisão do contrato.

Digamos que José propôs reclamação trabalhista no dia 15/02/2010. Ocorrerá, neste dia, a interrupção da prescrição, nos termos do § 3º do art. 11 da CLT e da Súmula 268 do TST, ou seja, José poderá receber as horas extras e as férias dos últimos cinco anos, a contar da data da propositura da ação (observem que não são as verbas dos últimos cinco anos do contrato, porquanto a interrupção do fluxo prescricional ocorre com a propositura da reclamação, não com a extinção contratual – Súmula 308 da TST). Sua pretensão, por conseguinte, estará limitada a 15/02/2005.

O fato gerador da prescrição bienal é a extinção do contrato, enquanto que o fato gerador da prescrição parcial é a lesão ao direito.

O marco da contagem da prescrição bienal coincide com a data da

extinção do contrato (contagem para frente), enquanto que o marco da contagem da prescrição parcial ocorre na data da propositura da reclamação (contagem para trás) – vide Súmula 308 do TST.

Caso José não ajuíze reclamação trabalhista até 02/08/2011, não receberá qualquer verba, pois toda e qualquer pretensão, oriunda daquele contrato, estará soterrada pela prescrição bienal.

O arquivamento da ação, não importa o motivo, não prejudica a interrupção da prescrição, especificamente quanto ao objeto da ação (pedidos da ação) – § 3º do art. 11 da CLT e Súmula 268 do TST.

NOVA PRESCRIÇÃO DO FGTS – O FGTS era a única verba que possuía prescrição diferenciada: 30 anos (Lei 8.036/90, art. 23, § 5º). O STF decretou a inconstitucionalidade da citada norma, passando a entender que a prescrição fundiária é a mesma das demais verbas trabalhistas, ou seja, quinquenal (art. 7º, XXIX, da CF). O ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709.212, em julgamento que ocorreu no dia 13 de novembro de 2014, disse que o art. 7º, inciso III, da Constituição Federal prevê expressamente o FGTS como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais e destacou que o prazo de cinco anos aplicável aos créditos resultantes das relações de trabalho está previsto no inciso XXIX do mesmo dispositivo. Logo, se a Constituição regula a matéria, não poderia a lei ordinária tratar o tema de outra forma. O STF, nos seus fundamentos, decretou que “o prazo prescricional (30 anos) do artigo 23 da Lei 8.036/1990 e do artigo 55 do Decreto 99.684/1990 não é razoável”. A prescrição parcial do FGTS, por conseguinte, passou a ser quinquenal, devendo ser observado o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (prescrição bienal).

A decisão do STF, entretanto, foi modulada, pelo próprio relator. Para aqueles casos cujo termo inicial da prescrição – ou seja, **a ausência de depósito no FGTS** (lesão = *actio nata* – art. 189 CCB) – tiver ocorrido após a data da publicação do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709.212 (13/11/2014), aplica-se, desde logo, o prazo prescricional de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso (já havia ausência de depósito fundiário antes da publicação

da decisão do STF), aplica-se **o que ocorrer primeiro**: a) prescrição de 30 anos, a contar de 13/11/2014; b) prescrição de cinco anos, a partir também de 13/11/2014.

Digamos que Fulano foi contratado em março de 1988 e se encontra trabalhando. A empresa jamais recolheu seu FGTS. Bom, levando em conta o marco, que é a decisão do STF, publicada no dia 13/11/2014, temos que Fulano, a partir daí, completará 30 anos primeiro do que completaria cinco anos, já que em março de 2018 chegará a 30 anos de contrato laboral. Para ele, a prescrição fundiária será de 30 anos, como espécie de direito adquirido. Não será afetado, portanto, pela decisão do STF.

Digamos que Beltrano foi contratado em setembro de 1995 e se encontra trabalhando. A empresa jamais recolheu seu FGTS. Bom, levando em conta o marco, que é a decisão do STF, publicada no dia 13/11/2014, temos que Beltrano, a partir daí, completará cinco anos primeiro do que completaria 30 anos, prazo este que só seria atingido em setembro de 2025. A partir da publicação da decisão do STF, cinco anos para Beltrano chegará antes de 30 anos. Se Beltrano ajuizar reclamação até 12/11/2019, recuperará todo o FGTS não depositado (pouco mais de 24 anos). Porém, se deixar os cinco anos serem alcançados, a partir da publicação da decisão do STF, só recuperará, a partir daí, os últimos cinco anos do FGTS.

Digamos que Sicrano foi contratado em janeiro de 2015 e se encontra trabalhando. A empresa jamais recolheu seu FGTS. Eis um obreiro já marcado, desde o nascimento do pacto, pela prescrição quinquenal fundiária, porquanto a contratação ocorreu depois da publicação da decisão do STF.

Muito importante observar que a prescrição bienal continua sendo aplicada ao FGTS, como sempre incidiu.

Digamos que o empregado Fulano, do exemplo acima, contratado em março de 1988, tenha sido dispensado sem justa causa em fevereiro de 2014. A empresa jamais recolheu seu FGTS. O obreiro, em outubro de 2016, ajuizou reclamação, pleiteando o pagamento de uma indenização de todo o Fundo de Garantia. Se formos analisar a questão apenas sob a ótica da parcial prescrição, ele terá sim direito à totalidade dos depósitos, com a devida

correção. Mas o fato de não ter observado o lapso de dois anos entre a rescisão e o ajuizamento da ação o privará de tudo. A empresa suscitará, portanto, a prescrição bienal e o juiz ouvirá a parte autora. Não existindo qualquer fato interruptivo ou suspensivo capaz de alargar o prazo prescricional, o processo, em sua integralidade, será extinto com resolução do mérito, nos termos do inciso II do art. 487 do CPC/2015, e Fulano nada receberá a título de FGTS.

O TST, por conta do STF, alterou, em junho de 2015, a redação da Súmula 362:

SÚMULA 362 do TST. FGTS. PRESCRIÇÃO. (Nova redação) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015.

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709.212/DF).

A diferenciada prescrição fundiária, ainda presente, a depender do caso, por conta da modulação da decisão do STF, **só se aplica quando o FGTS constar como principal pretensão da ação**. No caso de o FGTS aparecer na ação como parcela “acessória”, a sua prescrição será a mesma da parcela principal, ou seja, quinquenal. Estou falando da repercussão do FGTS sobre as verbas trabalhistas de natureza remuneratória.

Digamos que a reclamação tenha por objeto principal o pedido de horas extras e, como objeto acessório, o pedido de repercussão das horas extras sobre diversas verbas, inclusive o FGTS. Estudamos que é cabível a repercussão/reflexo/integração de uma parcela de natureza remuneratória sobre outros títulos. Pois bem. Caso o pedido de horas extras seja acolhido, a repercussão também será, mas a prescrição da repercussão será idêntica

àquela das horas extras, ou seja, quinquenal. A repercussão do FGTS sobre as horas extras, por conseguinte, sempre esteve limitada pela prescrição quinquenal. Eis a Súmula 206 do TST:

SÚMULA 206 DO TST. FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS PRESCRITAS. A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.

O início do cômputo da prescrição parcial ocorre com a lesão ao direito, o que os romanos chamavam de *actio nata* (nascimento da ação ou, numa tradução processual, “nascimento do interesse de agir”), como bem define o Código Civil, no art. 189.

O início da contagem da prescrição biennial, contudo, foge à regra do direito comum, considerando que não tem relação com a “lesão”, mas com o término do contrato de trabalho. Trata-se, na verdade, de um “prazo para o ajuizamento da reclamação”, seja pelo empregado, seja pelo empregador.

A prescrição biennial tem corpo de prescrição, mas espírito de decadência.

Muitas ações possuem prazo decadencial para a sua propositura, tais como a ação rescisória (dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão – art. 975 do CPC), o mandado de segurança (120 dias a contar da ciência do ato arbitrário – Lei 12.016/2009), os embargos à execução (cinco dias a contar da garantia do juízo – art. 884 da CLT) e o inquérito judicial (30 dias a partir da suspensão preventiva – art. 853 da CLT). Observem que esses prazos não são processuais, mas decadenciais, logo não são contados em dias úteis, mas em dias corridos – art. 132 do CCB.

A reclamação trabalhista, envolvendo relação de emprego, tem prazo “prescricional” de dois anos para o seu ajuizamento, a contar da data da extinção contratual.

Existindo aviso prévio, trabalhado ou indenizado, a prescrição biennial só começará no final do respectivo prazo, como prevê a OJ 83 da SDI-1.

OBSERVAÇÃO – AVISO PRÉVIO DE EXISTÊNCIA CONTROVERSA

Se o direito ao aviso prévio for **controvertido**, ele servirá ou não para prorrogar o cutelo prescricional?

Digamos que um empregado tenha sido demitido por justa causa no dia 21/01/2013 (segunda-feira), quando contava com sete meses de contrato, ajuizando reclamação trabalhista no dia 28/01/2015 (quarta-feira). O objeto principal da reclamação é o pedido de nulidade da demissão por justa causa, pois o obreiro alega que jamais praticou falta grave, pleiteando, conseqüentemente, a condenação do reclamado no pagamento das verbas rescisórias típicas de uma dispensa sem justa causa, incluindo o aviso prévio indenizado de trinta dias.

Caso o reclamado requeira a aplicação da prescrição bienal, o juiz deverá acolher o requerimento?

Existe uma controvérsia acerca do motivo da rescisão contratual, ou seja, o aviso prévio está **condicionado à análise meritória** (instrução processual). Ocorre que a bienal prescrição é uma típica prejudicial de mérito (matéria meritória que deve ser analisada antes das demais questões de mérito), motivo pelo qual o juiz a aplicará antes da instrução, tornando inócua, para fins prescricionais, a frágil névoa do aviso prévio indenizado. Em sendo assim, a OJ 83 da SDI-1 apenas incidirá quando o aviso prévio for inconcusso (indiscutível; incontroverso). Eis a minha posição e a de muitos juízes, desembargadores, ministros e doutrinadores.

Recentemente, a SDI-1, por maioria de votos, entendeu exatamente o contrário, reconhecendo a irradiação da OJ 83 da SDI-1 para um litígio envolvendo a negativa de vínculo empregatício. A decisão não foi unânime, pelo contrário, frutificou de acirrada discussão, que culminou com a derrubada do voto do relator João Oreste Dalazen.

Seguem transcritas decisões que lastreiam as correntes, respectivamente.

PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. INTEGRAÇÃO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DÚVIDA QUANTO À EXISTÊNCIA DO VÍNCULO. O prazo para o trabalhador vir a

Juízo pleitear o reconhecimento da relação de emprego e consequentes, entre esses, naturalmente, o direito ao aviso prévio, flui a partir da data do término da relação de trabalho, ou seja, da prestação de serviços. Por isso é que não se pode pretender, nessas circunstâncias, que o prazo prescricional tenha início computando-se o prazo de um direito eventual, no caso o aviso prévio indenizado, que somente poderá vir a ser reconhecido após julgada a ação. (TST – RR 109900-25.2002.5.02.0079. 2ª Turma. Relator: Ministro Vantuil Abdala 07/04/2009).

CONTROVÉRSIA SOBRE VÍNCULO DE EMPREGO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PROJEÇÃO DO AVISO PRÉVIO. INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 83 DA SBDI-I. A diretriz consagrada na Orientação Jurisprudencial nº 83 da SBDI-I, segundo a qual se computa a projeção do aviso prévio na duração do contrato de emprego para efeito de contagem do prazo prescricional, se estende aos casos em que o vínculo empregatício ainda não foi espontaneamente reconhecido entre as partes ou judicialmente declarado. Sob esse entendimento, a SBDI-I, por maioria, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhes provimento, mantendo, portanto, a decisão turmária que dera provimento ao recurso de revista para determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que, afastada a prescrição bienal, prossiga no exame dos pedidos do reclamante como entender de direito. Na espécie, o TRT manteve a sentença que declarou a prescrição total do direito de ação para postular o reconhecimento da relação de emprego, sob o fundamento de que o ajuizamento da reclamação deu-se após dois anos da cessação da prestação de serviços pelo reclamante no exercício da atividade profissional de corretor de imóveis. Vencidos os Ministros João Oreste Dalazen, relator, Ives Gandra da Silva Martins Filho, Brito Pereira, Guilherme Augusto Caputo Bastos e Walmir Oliveira da Costa, os quais entendiam que a relação originalmente havida entre as partes, ainda que passível de

modificação em juízo, não era de emprego, não permitindo, portanto, a dilação do termo inicial da contagem do prazo prescricional conforme preconizado pela Orientação Jurisprudencial nº 83 da SBDI-I. (TST-E-ED-RR-277-72.2012.5.01.0024, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, red. p/ o acórdão Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 15.9.2016). (Texto extraído do Informativo do TST 144 – 08 a 19 de setembro de 2016, que consta do *site* www.tst.jus.br).

5.2.1.2.2. Ajuizamento de reclamação trabalhista e interrupção da prescrição

O principal efeito do ajuizamento da reclamação trabalhista é a **interrupção da prescrição**.

No processo trabalhista, a interrupção prescricional ocorre exatamente quando a petição inicial é protocolada, independentemente da realização ou não da citação. Esse momento (protocolo da petição inicial) é usado para fins de prevenção do juízo. Mesmo que a reclamação seja futuramente arquivada (extinção do processo sem resolução do mérito), irreversível será a interrupção do fluxo prescricional, restrita, no entanto, apenas ao seu objeto (pedidos) – inteligência do § 3º do art. 11 da CLT, da Súmula 268 do TST e da OJ 359 da SDI-1.

A matéria foi exhaustivamente abordada no item 2.1 do Capítulo 2 da Parte 1 desta obra.

5.2.1.2.3. Benefício previdenciário e aposentadoria por invalidez – situação da prescrição

Para o TST, o fato de o empregado se encontrar recebendo benefício previdenciário, inclusive proveniente de aposentadoria por invalidez, por si só, não interrompe a contagem da prescrição quinquenal. O fluxo só será interrompido se comprovada a **real impossibilidade de acesso à Justiça**. Eis a OJ 375 SDI-1:

OJ 375 DA SDI-1. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA

POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM. A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário.

Costumo dizer que a prescrição é uma “punição pelo não agir”. Frase inspirada no adágio: “o direito não protege aqueles que dormem”. O tempo não perdoa aquele que permanece inerte. Essa é a regra prescricional.

Há exceções. Já estudamos uma, pertinente ao empregado menor de 18 anos. Para a CLT, o simples fato de o obreiro contar com menos de 18 anos já o livra do rolo compressor prescricional.

Outra exceção vem exatamente da OJ 375 da SDI-1, tratando de empregado que se encontra em benefício previdenciário numa situação que o impede, de forma absoluta, de agir (buscar o Judiciário).

Digamos que dois empregados de uma determinada empresa sofreram acidente do trabalho, quando um equipamento pesado caiu sobre eles. Ambos foram encaminhados ao hospital. Um deles, atingido na cabeça, ficou em coma por três anos. O outro sofreu uma fratura exposta no braço direito, ficando, por conta disso, dois anos afastado do serviço, em benefício previdenciário. A prescrição do primeiro ficará suspensa durante todo o período em que ele estiver naquele estado, pois se trata de uma “hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário”. O segundo, no entanto, não pode ser beneficiado por qualquer suspensão prescricional, porquanto, apesar da fratura exposta no braço, poderia ajuizar, mediante advogado, reclamação trabalhista.

A suspensão prevista na OJ 375 da SDI-1 atinge a prescrição parcial, porque, como o contrato ainda está ativo (suspensão), não há fato gerador para a incidência da prescrição bienal (extinção do contrato).

5.2.1.2.4. Protesto judicial

O protesto judicial (tutela cautelar prevista no art. 726, § 2º do CPC)

interrompe a prescrição a partir do seu ajuizamento, conforme consagra a OJ 392 da SDI-1, *verbis*:

OJ 392 da SDI-1. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AJUIZAMENTO DE PROTESTO JUDICIAL. MARCO INICIAL. (republicada em razão de erro material) – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016.

O protesto judicial é medida aplicável no processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC de 2015. O ajuizamento da ação, por si só, interrompe o prazo prescricional, em razão da inaplicabilidade do § 2º do art. 240 do CPC de 2015 (§ 2º do art. 219 do CPC de 1973), incompatível com o disposto no art. 841 da CLT.

Mantenho a mesma opinião quanto à interrupção da prescrição decorrente do ajuizamento de reclamação trabalhista, ou seja, a interrupção gerada pelo protesto judicial abarca tanto a prescrição bienal, quanto a prescrição parcial. Neste sentido, recente decisão do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROTESTO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTERRUÇÃO. A pretensão do reclamado encontra óbice no art. 896, § 4º, da CLT e na Súmula 333/TST, uma vez que *a atual e iterativa jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o ajuizamento de protesto judicial interrompe também a prescrição quinquenal e não somente a bienal*. HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. COMPENSAÇÃO. SÚMULA 109/TST. 1. A decisão recorrida, ao indeferir o pedido de compensação do valor da gratificação de função com o das horas extras deferidas ao autor, foi proferida em conformidade com a Súmula 109/TST, no sentido de que o bancário não enquadrado no § 2º do art. 224 da CLT, que receba gratificação de função, não pode ter o salário relativo a horas extraordinárias compensado com o valor daquela vantagem. 2. Não se depreende, das premissas retratadas na decisão recorrida, que a situação dos autos se amolda àquela prevista na Orientação Jurisprudencial Transitória 70 da SDI-I desta Casa ou

em decisões relativas à Caixa Econômica Federal, na qual o empregado opta pela jornada de oito horas e, posteriormente, tal opção é considerada inválida. 3. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e aplicação da Súmula 333/TST a obstaculizar o seguimento do recurso de revista. GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. PAGAMENTO MENSAL. INTEGRAÇÃO À BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. Paga a gratificação de forma mensal, não há falar em aplicação da Súmula 253/TST. Percebida mensalmente, a gratificação tem natureza salarial, segundo o disposto no art. 457, § 1º, da CLT, integrando a base de cálculo das horas extras, conforme entendimento cristalizado na Súmula 264/TST. Precedentes. Óbice da Súmula 333/TST e do art. 896, § 4º, da CLT. HORAS EXTRAS. CONDENAÇÃO EM PERÍODOS FUTUROS. Registrado no acórdão recorrido que o reclamante continua a prestar serviços para o banco reclamado em sobrejornada e nas mesmas condições descritas na inicial, tem-se que a decisão regional refere à relação jurídica sob condição resolutiva ainda não verificada, qual seja, a cessação do trabalho em sobrejornada. Nesse contexto, a condenação ao pagamento de horas extras, enquanto perdurar o trabalho além da jornada prevista no art. 224, caput, da CLT, não afronta ao parágrafo único do art. 460 do CPC. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST, 1ª Turma, AIRR: 640-16.2011.5.10.0001, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 03/05/2013). (sem grifos no original).

A Lei 13.467/2017, responsável pela Reforma Trabalhista, incluiu o § 3º ao art. 11 da CLT, dispondo sobre a interrupção da prescrição. Trata-se de matéria já regulada pelo Código Civil e por farta jurisprudência. O legislador, infelizmente, errou ao usar a palavra “somente” antes do termo “reclamação trabalhista”, deixando a entender que esta seria o único meio de interrupção prescricional, o que não é verdade.

Já comentei sobre o equívoco no item 2.1 do Capítulo 2 da Parte 1 deste *Manual*.

5.2.1.2.5. Imprescritibilidade das ações declaratórias

As ações declaratórias não têm, como pano de fundo, lesão alguma, logo, sobre elas não paira a *actio nata*. Conclusão: As ações meramente declaratórias são imprescritíveis.

A própria CLT, no seu art. 11, § 1º, consagra o entendimento, ao decretar a imprescritibilidade da pretensão de declaração de existência de vínculo empregatício e anotação da CTPS.

Diante disso, um trabalhador pode buscar na Justiça do Trabalho, mediante reclamação trabalhista, a declaração da existência de um vínculo empregatício mantido, por exemplo, na década de noventa com determinada empresa, sem o risco de ter a sua pretensão soterrada pela prescrição. A imprescritibilidade protege tão somente o reconhecimento do vínculo e o consequente registro do pacto na CTPS (que pode ser feito, inclusive, pelo próprio Judiciário – art. 39 da CLT).

5.2.1.2.6. Prescrição total (também chamada de prescrição do “ato único”)

A polêmica Súmula 294 do TST prevê uma situação interessante, concernente à aplicação da prescrição nas lesões oriundas de **alterações contratuais** envolvendo prestações sucessivas. Ela deixou de ser “polêmica”, com a Reforma Trabalhista, pois a Lei 13.467/2017 incluiu a prescrição total no § 2º do art. 11 da CLT, fazendo que a previsão deixasse de ser apenas um precedente jurisprudencial. E não foi só isso. Como veremos mais adiante, o § 2º do art. 11 da CLT inseriu um novo fato gerador, já que a Súmula 294 do TST falava apenas em “alteração” do pacto, mas a CLT agora trata de “alteração” ou “descumprimento” do contrato.

Por ser mais abrangente do que a Súmula 294 do TST, vou esquecer este precedente, a partir de agora, e citar apenas o § 2º do art. 11 da CLT.

A prescrição total, na verdade, não é uma “nova espécie” de prescrição. Trata-se da prescrição quinquenal já estudada, mas que concentra a sua aplicação às situações em que as alterações contratuais ou o descumprimento de cláusula contratual provocam lesão em prestações sucessivas.

Uma coisa é dizer: João trabalhou além do horário durante os últimos dez anos, sem receber ou compensar as horas extras. A lesão é latente, pois o obreiro deixou de receber, ao longo de anos, uma verba que lhe era devida. Ajuizando reclamação, o reclamado irá, por cautela, suscitar a parcial prescrição. Caso o pedido de pagamento de horas extras seja julgado procedente, o juiz limitará a condenação aos últimos cinco anos, a contar da data da propositura da ação (Súmula 308 do TST). Observem que a verba (hora extra) é assegurada por preceito de lei.

Diferente é dizer: Manoel foi contratado para receber salário fixo + comissões sobre as vendas, laborando durante os dois primeiros anos de contrato com a respectiva remuneração mista, quando, surpreendentemente, o empregador, de forma unilateral e arbitrária, “cortou” (suprimiu) as comissões, passando a pagar apenas o salário fixo. O obreiro continuou trabalhando por mais dez anos, mesmo sem receber comissões. Foi vítima de uma “alteração ilícita” do contrato. Trata-se de um ato nulo (art. 468, *caput*, da CLT). O trabalhador sofreu uma lesão, fruto de alteração contratual, mas não agiu. O § 2º do art. 11 da CLT incidirá, impiedosamente, no caso, pois a verba atingida pela alteração (comissões) NÃO é uma “verba assegurada por preceito de lei”, e, em razão disso, operar-se-á a “prescrição total”. Manoel, segundo o TST, deveria ter buscado a Justiça do Trabalho dentro de cinco anos, a contar do pagamento do primeiro salário sem as comissões (data da lesão). Não o fazendo, viu sucumbir toda a sua pretensão. Essa lesão, pelo fato de a parcela não ser garantida por preceito de lei, não se renova mês a mês – vide OJ 175 da SDI-1.

Vamos substituir as comissões (verba não garantida por preceito de lei) pelo adicional de periculosidade (verba garantida por preceito de lei – art. 193 da CLT).

Digamos que Everaldo, desde a sua contratação, sempre recebeu salário fixo + adicional de periculosidade. Depois de três anos, o empregador, sem qualquer justificativa, suprimiu o pagamento do adicional. Ocorreu uma lesão, fruto de alteração do pactuado (art. 468 da CLT). O obreiro continua a trabalhar e dez anos depois, em face de sua dispensa, ajuizou reclamação trabalhista, pleiteando o pagamento do adicional de periculosidade

injustamente suprimido. O reclamado, na contestação, suscitará e o juiz aplicará a prescrição parcial, limitando a pretensão aos últimos cinco anos, a contar da data da propositura da ação (Súmula 308 do TST). Observem que Everaldo receberá o adicional de periculosidade “parcialmente”, não se aplicando, ao caso, a prescrição total, exatamente pelo fato de a parcela, objeto da reclamação, se encontrar garantida por preceito de lei (art. 193 da CLT). Por conta disso, o TST considera que a lesão foi renovada mês a mês, nascendo, em cada mês, uma nova prescrição (art. 189 do CCB).

A lesão é o fato gerador da fluência da prescrição total e parcial. Diferente da prescrição bienal, cujo fluxo começa na rescisão contratual, sempre se observando o cômputo do aviso prévio trabalhado ou indenizado (OJ 83 da SDI-1).

Conforme informei, no início da abordagem, o § 2º do art. 11 da CLT adicionou outro fato gerador à prescrição total. Na Súmula 294 do TST, tínhamos apenas uma base para a sua incidência, que era o “pedido de prestações sucessivas decorrente de **alteração do pactuado** sobre verba não assegurada por preceito de lei”. No § 2º do art. 11 da CLT temos, como **base** para a incidência da prescrição total, o “pedido de prestações sucessivas decorrente de **alteração ou descumprimento do pactuado** sobre verba não assegurada por preceito de lei”.

Digamos que Joaquim tenha firmado contrato de trabalho, mediante, inclusive, minuta contratual, para exercer determinada função, com previsão de salário fixo + gratificação + ticket alimentação. Terminado o primeiro mês de labor, o obreiro, ao receber a sua remuneração, estranhou a “ausência” do ticket alimentação. Falou com o seu gerente, mas de nada adiantou. Ao longo do contrato, mesmo estando a referida verba indenizatória (natureza indenizatória prevista no § 2º do art. 457 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, que fulminou, com efeitos *ex nunc*, a Súmula 241 do TST; importante dizer que o ticket alimentação não pode ser pago em dinheiro), prevista no contrato, Joaquim jamais recebeu o ticket alimentação. Depois de seis anos de contrato, sem nunca ter recebido ticket, o empregado foi demitido. Caso ele ajuíze reclamação trabalhista, pleiteando o pagamento de uma indenização pela não concessão da verba, o advogado do reclamado, em

prejudicial meritória, arguirá a prescrição total, com fulcro no § 2º do art. 11 da CLT, usando o novo fato gerador – “descumprimento do pactuado que atingiu verba não assegurada por preceito de lei”. Não há lei que obrigue o empregador a conceder ticket alimentação ou vale-refeição etc.

No caso de **alteração ou descumprimento do contrato de trabalho**, o advogado deve observar a **natureza** da parcela atingida. Não sendo a verba garantida por preceito de lei, a alteração será fruto de um “ato único”, ou seja, a lesão não se renovará mês a mês, fazendo com que o prazo de cinco anos comece a fluir imediatamente (a partir da alteração ou do descumprimento). Sendo a verba garantida por preceito de lei, a lesão não ocorrerá uma única vez, mas em cada mês que o obreiro deixar de receber o título suprimido, renovando-se, portanto, mês a mês, resguardando parcialmente a pretensão.

No caso das comissões, há uma corrente que faz a distinção entre “supressão” e “diminuição”. No primeiro caso (supressão), a prescrição total incidiria, inapelavelmente, caso o obreiro deixe fluir, inerte, o prazo de cinco anos, a contar da lesão (supressão das comissões). No segundo caso (diminuição do percentual de comissões), como o empregado continuou a receber a verba (em percentual menor), a lesão seria considerada sucessiva, e, como tal, a prescrição seria meramente parcial. A OJ 175 da SDI-1, entretanto, não contempla a doutrinária tese, consagrando a prescrição total para as duas situações. O precedente foi prestigiado pelo § 2º do art. 11 da CLT.

Seguem os precedentes jurisprudenciais sobre o tema.

OJ 76 da SDI-1. SUBSTITUIÇÃO DOS AVANÇOS TRIENAIIS POR QUINQUÊNIOS. ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO TOTAL. A alteração contratual consubstanciada na substituição dos avanços trienais por quinquênios decorre de ato único do empregador, momento em que começa a fluir o prazo fatal de prescrição.

OJ 175 da SDI-1. Comissões. Alteração ou Supressão. Prescrição total. A supressão das comissões, ou a alteração quanto à forma ou ao percentual, em prejuízo do empregado, é suscetível de operar a

prescrição total da ação, nos termos da Súmula nº 294 do TST, em virtude de cuidar-se de parcela não assegurada por preceito de lei.

OJ 242 da SDI-1. PRESCRIÇÃO TOTAL. HORAS EXTRAS. ADICIONAL. INCORPORAÇÃO. Embora haja previsão legal para o direito à hora extra, inexistente previsão para a incorporação ao salário do respectivo adicional, razão pela qual deve incidir a prescrição total.

SÚMULA 326 do TST. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO TOTAL. A pretensão à complementação de aposentadoria jamais recebida prescreve em 2 (dois) anos contados da cessação do contrato de trabalho.

SÚMULA 327 do TST. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretendo direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.

5.2.1.2.7. Prescrição no caso de dano moral/material/estético

No caso de indenização por dano material/moral/estético decorrente de acidente do trabalho, por se tratar de verba de natureza civil, decorrente de típica responsabilização civil (arts. 186 e 927 do CCB), alguns juristas entendem aplicáveis os prazos prescricionais previstos no Código Civil, em detrimento da prescrição trabalhista. A diferença é grande, pois a prescrição para pretensões de dano (responsabilidade civil) é de apenas três anos – art. 206, § 3º, V, do CCB. Além disso, não há, no direito civil, a “prescrição bienal”.

Para o TST, a prescrição a ser aplicada, trabalhista ou civil, vai depender da “data da lesão”.

São três situações:

- Lesão que ocorreu ainda na vigência do antigo Código Civil, ou seja, **antes de janeiro de 2003** = Aplica-se a prescrição civil, que pode ser a do antigo ou a do novo Código, levando-se em conta a regra de transição prevista no art. 2.028 do CCB/2002.
- Lesão que ocorreu depois da EC 45, ou seja, **depois de janeiro de 2005** = Aplica-se a prescrição trabalhista (quinquenal e bienal).
- Lesão que ocorreu depois da entrada em vigor do novo Código Civil, mas antes da EC 45, ou seja, **entre janeiro de 2003 e janeiro de 2005** = Aplica-se a prescrição do Novo Código Civil, que é de três anos.

Segundo o TST, os prazos de prescrição previstos no Código Civil são aplicáveis aos pedidos de indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho, quando a lesão for anterior à vigência da Emenda Constitucional 45/2004. Como havia dúvidas no meio jurídico sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações dessa natureza, somente a partir da entrada em vigor da Emenda, em janeiro de 2005, utiliza-se a prescrição trabalhista prevista no art. 7º, XXIX, da CF.

O TST esclareceu, conforme o quadro acima, que existem três situações de prescrição relacionadas com essa matéria.

Na primeira situação, se a ciência da lesão se der ainda na vigência do Código Civil de 1916 e começar a fluir a prescrição, deve-se aplicar a regra de transição prevista no Código Civil de 2002. O Código de 1916 estabelecia prazo prescricional de 20 anos, e o novo Código (em vigor a partir de janeiro de 2003) fixou em três anos a prescrição. Para evitar prejuízo às partes, em face da redução do prazo prescricional, o legislador propôs uma regra de transição, pela qual *os prazos serão os da lei anterior, quando reduzidos pelo novo Código e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada* (art. 2.028).

Digamos que o empregado sofreu acidente do trabalho em junho de 1990, resolvendo ajuizar reclamação trabalhista em março de 2010. O empregador, na contestação, arguiu a prescrição parcial, pleiteando a limitação dos créditos trabalhistas aos últimos cinco anos. O juiz não deve aplicar a prescrição

contra a pretensão oriunda do acidente do trabalho, fundamentando que a lesão ocorreu na vigência do antigo Código Civil e, quando da entrada em vigor do novo Código Civil (janeiro de 2003), já tinha decorrido mais da metade do tempo estabelecido no antigo Código (a prescrição era de 20 anos; a lesão ocorreu em 1990; de 1990 para 2003 decorreram mais de 10 anos, ou seja, mais da metade do tempo prescricional do antigo Código Civil). No caso, o prazo prescricional a ser observado é de 20 anos, tornando intocável a pretensão acidentária. Como a lesão ocorreu em junho de 1990 e a reclamação foi proposta em março de 2010, o ajuizamento se deu dentro do prazo.

A segunda situação ocorre quando a ciência da lesão se deu depois de janeiro de 2005 (data da entrada em vigor da EC 45/2004). A prescrição aplicável é a trabalhista (art. 7º, XXIX, da Constituição), abarcando a bienal e a parcial, pois a competência da Justiça do Trabalho para solucionar esse tipo de litígio já tinha sido expressamente confirmada pela Emenda Constitucional (inciso VI do art. 114 da CF).

A terceira situação ocorre quando a ciência da lesão aconteceu após a vigência do novo Código Civil (janeiro de 2003) e antes da EC 45/2004 (janeiro de 2005). A prescrição aplicável é a civil, de três anos, prevista no inciso V do § 3º do art. 206 do CCB.

A posição do TST pode ser encontrada em sua íntegra na decisão do RR-9951400-04.2006.5.09.0513.

5.2.1.2.8. Prescrição no caso de morte do empregado quando o sucessor é menor de 18 anos

O falecimento do empregado provoca a natural extinção do contrato de trabalho. Os créditos trabalhistas são transferidos ao patrimônio dos sucessores e pagos aos dependentes cadastrados no INSS, independentemente de inventário ou partilha (art. 1º da Lei 6.858/1980 e inciso IV do art. 20 da Lei 8.036/1990). A abertura da sucessão não afeta a natureza do crédito, que continua “trabalhista” (alimentar).

Digamos que o empregado falecido tenha deixado como um dos seus sucessores o seu filho de 12 anos de idade. Pergunta-se: A prescrição

continuará fluindo ou, a partir dali, cessará? *Resposta*: a prescrição cessará o seu fluxo, porém, segundo o TST, a suspensão não decorre do art. 440 da CLT, mas do art. 198, inciso I, c/c o art. 3º do CCB. Sendo assim, a prescrição voltará a correr quando o herdeiro completar **16 anos de idade** (art. 198, inciso I, c/c o art. 3º do Código Civil) e não 18 anos de idade (art. 440 da CLT).

O art. 440 da CLT (“*não corre prescrição contra menor de 18 anos de idade*”) só se aplica ao **menor empregado**, não se irradiando ao herdeiro menor de empregado falecido.

Invertendo a situação, caso um empregado de 17 anos de idade venha a falecer, deixando os pais na qualidade de sucessores, a prescrição começará a fluir da data do falecimento, pois a imprescritibilidade, prevista no art. 440 da CLT, que marcava o empregado, não é repassada aos sucessores.

Seguem decisão e notícia sobre o tema (dados extraídos do *site* www.tst.jus.br):

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO PROPOSTA POR MENOR NA CONDIÇÃO DE SUCESSOR DE EMPREGADO FALECIDO. A exegese do v. acórdão do Tribunal Regional sobre a matéria, entendendo tratar-se do instituto da decadência, à luz do art. 7º, inciso XXIX, da CF/1988, considerando os aspectos específicos da situação dos autos, não viola a literalidade do art. 440 da CLT. Esse dispositivo, incluído no capítulo IV da Consolidação das Leis do Trabalho, que disciplina a “Proteção do Trabalho do Menor”, *apenas regula a prescrição a ser observada para o menor trabalhador*, e não a hipótese em que o menor ajuíza ação como sucessor do Empregado falecido. De outra parte, os arestos trazidos à colação desservem ao fim colimado, nos termos dos Enunciados nºs 23 e 296 do TST. Recurso de Revista não conhecido. (TST, 5ª Turma, RR 508213-1998-5555-12-0, DJ 11/12/2002). (sem grifos no original)

No julgamento do RR 61349/2002, em setembro de 2005, a 4ª Turma do TST rejeitou recurso do MPT para a suspensão da prescrição de direitos trabalhistas em um processo em que figuravam como parte

os herdeiros do trabalhador, viúva e três filhos, entre os quais uma menor de idade. Prevaleceu decisão anterior que rejeitou a aplicação do artigo 440 CLT, por não se tratar de direito de menor como empregado, mas, sim, como herdeiro, que se encontra representado pela mãe (inventariante). (notícia divulgada no site <www.tst.jus.br>)

Em dezembro de 2013, o TST voltou a ratificar a tese, *verbis*:

PRESCRIÇÃO. HERDEIRA MENOR DE EMPREGADO FALECIDO. A disposição contida no art. 440 da CLT, segundo ao qual não corre a prescrição em relação aos menores de 18 anos, *refere-se exclusivamente aos menores empregados*, hipótese completamente diversa da ora em discussão, em que a menor em questão figura nos autos tão somente na condição de herdeira, sucessora civil, de seu pai, empregado falecido. A questão prescricional, portanto, no caso, é regida pela legislação civil (arts. 197 e 198 do Código Civil Brasileiro). Depreende-se do acórdão regional que o falecimento do empregado se deu em 2003, e a sua filha completou 16 anos em 5/4/2004, quando passou a ostentar a condição de relativamente incapaz. *A jurisprudência que se firmou no âmbito desta Corte foi no sentido de não ser aplicável ao caso o teor do art. 440 da CLT, por se referir apenas aos menores empregados – hipótese diversa da dos autos –, mas do ordenamento jurídico civil – art. 198, inciso I, c/c o art. 3º do Código Civil, segundo o qual a prescrição não corre tão somente em relação ao menor absolutamente incapaz, ou seja, aos menores de 16 anos. Dessa forma, tendo em vista que a então reclamante completou 16 anos em 5/4/2004, de então fluindo o prazo prescricional, cujo término se deu em 5/4/2006, nos termos do art. 7º, inciso XXIX, da CF/88, encontra-se prescrita a ação ajuizada após esse prazo, em 13/9/2007. Registre-se que o fato de a ação em apreço ter sido proposta pela herdeira menor, relativamente incapaz, e de, à época da interposição de recurso ordinário contra a sentença, a parte ter passado a ser o espólio, representado por Ingrid Oliveira Kohler e por sua mãe, Elaine*

Moreira de Oliveira, em nada muda a prescrição já consolidada. Recurso de revista não conhecido. (TST, 2ª Turma, RR 154400-79.2007.5.15.0067, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, *DJ* 29/11/2013). (sem grifos no original)

5.2.1.2.9. Comentários à OJ 401 da SDI-1

Pode acontecer de uma condenação (sentença condenatória) se encontrar condicionada a uma declaração (sentença declaratória). É o caso, por exemplo, da condenação de uma empresa, no pagamento de verbas trabalhistas, quando existir controvérsia acerca da existência de vínculo empregatício. Também é o caso da condenação no pagamento de uma indenização pelo período de estabilidade, quando existir dúvida sobre a existência ou não da própria estabilidade. Para o reclamado ser condenado é preciso que seja declarada a existência de relação de emprego, no primeiro caso, ou a existência da estabilidade, no segundo. Já estudamos isso, quando da análise das questões prejudiciais de mérito. Essa “declaração” de existência ou não de uma relação ou de um determinado direito vai influenciar diretamente na análise dos demais pedidos.

Digamos que Fulana tenha trabalhado para determinada empresa durante três anos, sem carteira assinada. No último ano de trabalho, ajuizou reclamação trabalhista, objetivando o reconhecimento do vínculo empregatício e o registro do pacto em sua carteira de trabalho. A empresa, ao tomar conhecimento da ação, demitiu Fulana. A sentença foi de procedência dos pedidos, transitando em julgado dez anos depois da propositura da ação, tendo o juiz declarado a existência do vínculo empregatício e determinado o registro do contrato em carteira. Fulana, ao tomar conhecimento da decisão, pretende propor nova reclamação, pleiteando a condenação da empresa no pagamento de diferenças salariais, férias + 1/3, 13º salário, aviso prévio, FGTS e demais verbas. Será que já prescreveu a pretensão? Como pode Fulana propor reclamação se o contrato já foi extinto há mais de dez anos?

Para o TST, não deve incidir, no caso, qualquer prescrição, pois a primeira reclamação, de natureza tipicamente declaratória, impediu o início da prescrição da pretensão condenatória, ante a **identidade de causa de pedir**

remota. A prescrição (bienal e quinquenal), quanto à pretensão objeto da segunda reclamação, só começou a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença que desaguou da primeira reclamação.

Eis o teor da OJ 401 da SDI-1:

PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. AÇÃO CONDENATÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DECLARATÓRIA COM MESMA CAUSA DE PEDIR REMOTA AJUIZADA ANTES DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. O marco inicial da contagem do prazo prescricional para o ajuizamento de ação condenatória, quando advém a dispensa do empregado no curso de ação declaratória que possua a mesma causa de pedir remota, é o trânsito em julgado da decisão proferida na ação declaratória e não a data da extinção do contrato de trabalho.

O precedente jurisprudencial nos faz retornar àquela conclusão de que a prescrição é uma punição pelo “não agir”, uma sanção que tem como fato gerador a letargia do credor, afinal, o direito não protege aqueles que dormem.

No caso, Fulana agiu. Foi à Justiça do Trabalho em busca do reconhecimento do vínculo empregatício, o qual, como já estudamos, é uma questão prejudicial de mérito, e, como tal, posterga a análise das demais questões meritórias. O pagamento das verbas decorrentes da relação de emprego, portanto, está juridicamente **condicionado** à prejudicial.

Poderíamos concluir que **a prescrição da pretensão condenatória não pode fluir enquanto não for decidida a pretensão declaratória.**

Mas o advogado não pode colocar em risco o seu cliente. Não é recomendável, por conseguinte, “fracionar” as pretensões declaratória e condenatória.

Lendo com mais cuidado a OJ 401 da SDI-1, chegamos à conclusão de que a **condição suspensiva do início da contagem da prescrição** tem como pressuposto **a rescisão contratual ocorrida depois do ajuizamento da ação declaratória.**

Digamos que o obreiro **não** tenha ajuizado reclamação no decorrer da

relação empregatícia clandestina, o que é normal, e ocorra a ruptura do pacto. A prescrição sobre a pretensão condenatória (pagamento das verbas) começará a correr a partir do fim da relação, desprezando, inclusive, qualquer prazo de aviso prévio, já que ele é controvertido (minha posição; recentemente a SDI-1 do TST, por maioria de votos, reconheceu a validade da projeção do aviso prévio controvertido para fins de prescrição – vide a parte final do tópico 5.2.1.2.1 desta obra). Logo, a mera propositura de uma ação declaratória, a partir da rescisão, restrita apenas ao reconhecimento do vínculo de emprego e ao registro em carteira, não terá o condão de impedir o início da contagem da prescrição da pretensão condenatória.

Aconselhável, portanto, o ajuizamento de uma reclamação trabalhista “completa”, munida de pretensões declaratória e condenatória, ato que interromperá a prescrição bienal e parcial, nos termos do § 3º do art. 11 da CLT e da Súmula 268 do TST.

Observem a seguinte decisão do STF, que serve de alerta aos advogados:

RECURSO DE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. O ajuizamento anterior de ação declaratória, objetivando pronunciamento judicial acerca do reconhecimento de estabilidade, não interrompe a prescrição para a posterior ação condenatória, com pretensão à reintegração e aos consectários legais daí advindos. Transcorridos mais de dois anos da extinção do contrato de trabalho, prescrita a pretensão ora formulada, a teor do disposto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República. Embargos não conhecidos. Nas razões do recurso extraordinário indica-se ofensa ao disposto nos arts. 5º, XXXVI e LV, e 7º, XXIX, da Constituição federal. Sustenta-se que o ajuizamento de ação declaratória interrompe o prazo prescricional. É o relatório. Decido. Irreparável a decisão agravada. Consta no acórdão recorrido (fls. 143): O início do lapso prescricional se dá com a dispensa do autor. É o critério da *actio nata*, pelo qual a prescrição começa seu curso no momento em que nasce a ação para o titular do direito. Antes de poder o credor exigir do devedor seu direito, não há como falar-se em início do fluxo prescricional. *In casu*, o direito do

reclamante nasceu com a extinção do contrato de trabalho. Não se pode admitir que o início da contagem se verificasse quando do trânsito em julgado da decisão proferida em ação declaratória, que reconheceu a estabilidade, e isto porque, o ajuizamento de ação declaratória, buscando declaração judicial acerca de garantia de emprego não interrompe a prescrição para a posterior ação condenatória, vindicando a reintegração e o pagamento dos direitos relativos ao período de afastamento. Conforme dispõe os artigos 173 Código Civil de 1916; e 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002, a ocorrência de causa interruptiva inviabiliza o início da contagem do prazo prescricional. Essa causa interruptiva, no entanto, consubstancia ato ocorrido em decorrência da ação da parte a quem a interrupção da prescrição beneficia. No caso de que se cogita, foram duas ações propostas em momentos diversos e com pretensões diferentes, não havendo identidade entre elas, nos termos do artigo 301, § 2º, do CPC (art. 337, § 2º, do CPC/2015). Dessa forma, não se opera a interrupção do prazo prescricional, que fluiu a partir da data da extinção do contrato. Frise-se que não havia impedimento algum ao ajuizamento de ação condenatória quando da rescisão contratual. O autor se manteve inerte por mais de dois anos após o término do contrato de trabalho, sem ingressar com reclamação trabalhista com vistas à reintegração e ao pagamento de verbas daí decorrentes, tendo optado por esperar o trânsito em julgado da decisão que declarou o reconhecimento de estabilidade, e, por conseguinte, não logrou exercer o direito de ação no tempo devido, pelo seu decurso e inatividade, em outras palavras, consumou-se a prescrição total da ação. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a controvérsia em torno do termo inicial do prazo de prescrição das demandas trabalhistas após o encerramento da relação empregatícia restringe-se ao âmbito processual, tendo caráter eminentemente infraconstitucional, hipótese em que não se admite o recurso extraordinário (cf. AI 486.246-AgR, rel. min. Ellen Gracie, *DJe* de 06.08.2010; AI 480.081-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 04.06.2004; AI 168.707-AgR, rel. min. Octavio Gallotti, *DJ* de

02.02.1996; AI 523.640, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 15.02.2005). Do exposto, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 26 de novembro de 2010. Ministro Joaquim Barbosa. Relator. (STF – AI 761517 DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 29/11/2010, Data de Publicação: DJe-234 divulg. 02/12/2010, public. 03/12/2010).

5.2.1.2.10. Aviso prévio – início da bienal prescrição – momento para a arguição da prescrição

O aviso prévio, mesmo que indenizado, é computado como tempo de serviço, inclusive para fins de cômputo prescricional. Logo, se o empregado foi demitido e recebeu o aviso prévio indenizado, a contagem da prescrição bienal não terá início na data de sua efetiva saída da empresa, mas no dia do final do prazo de aviso prévio – OJ 83 da SDI-1 c/c OJ 82 da SDI-1.

Conforme estudamos na parte final do item 5.2.1.2.1, se o direito ao aviso prévio for **controvertido**, ele não servirá para prorrogar o cutelo prescricional (posição a ser adotada pelo advogado de defesa). Como a prescrição bienal é uma típica questão prejudicial de mérito, ela será analisada antes da verificação meritória da existência ou não do aviso prévio. A OJ 83 da SDI-1, portanto, apenas incidirá quando o aviso prévio for inconcusso (incontroverso; indiscutível). No referido item desta obra, o leitor encontrará recente decisão da SDI-1 em sentido contrário, reconhecendo a projeção do aviso prévio controvertido para fins de prescrição, fruto de acirrada discussão entre os ministros do TST, que culminou na rejeição do relatório do insigne ministro João Oreste Dalazen (RR-277.72.2012.5.01.0024).

Já estudamos que a prescrição deve ser suscitada na contestação. Tecnicamente, a bienal deve ser levantada antes das demais questões meritórias, por ter natureza prejudicial, enquanto que a parcial, por sua áurea cautelar, pode ser requerida ao final da contestação. Costumeiramente, entretanto, sem prejuízo algum, o advogado de defesa prefere levantar a prescrição, seja ela qual for, como matéria prejudicial. Os juízes, inclusive, já se habituaram a procurar o requerimento prescricional logo no início da peça de defesa.

E se o advogado não suscitar a incidência da prescrição na contestação? Como fica o fantasma da preclusão?

Na Súmula 153, o TST consagrou o entendimento de que a prescrição, quando não arguida na defesa, não provoca a preclusão, podendo ser arguida em toda a instância ordinária, abrangendo, por conseguinte, o recurso ordinário (para facilitar, o leitor deve eliminar o duplo “não” que se encontra na redação da Súmula 153 do TST; depois disso, fica bem mais simples).

Já o Código Civil, no seu art. 193, dispõe que a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição.

O advogado não pode colocar em risco o direito do seu cliente. Sendo assim, o ideal é requerer a aplicação da prescrição (bienal, parcial e/ou total) na contestação. Pode acontecer, entretanto, de o requerimento não constar da defesa. Não importa aqui explorar o motivo, mas se concentrar no fato: a contestação foi apresentada sem a arguição de prescrição. Diante disso, o advogado poderá, durante a audiência (em qualquer uma, se ocorrer o fracionamento), requerer a aplicação da prescrição. Isso pode se dar mediante complementação oral da própria contestação ou no decorrer da sessão, até mesmo nas razões finais. Caso a audiência já tenha sido encerrada e a sentença agendada, o advogado pode peticionar nos autos, requerendo a incidência da prescrição. Proferida a sentença, é possível opor embargos de declaração, alegando omissão do julgado, quanto à aplicação da prescrição, argumentando que a legislação prevê a sua aplicação de ofício pelo juiz (inciso II do art. 487 do CPC/2015 c/c cancelamento do art. 194 do CCB). No recurso ordinário, o reclamado também poderá, sem qualquer sombra de preclusão, requerer a incidência da prescrição, que também pode ocorrer nas contrarrazões ao recurso ordinário interposto pelo reclamante e até mesmo em recurso ordinário adesivo (Súmula 283 do TST e § 1º do art. 997 do CPC). Eis a força da Súmula 153 do TST.

Mas na própria Súmula 153 do TST há um alerta ao advogado de defesa: a prescrição só será aplicada se for arguida dentro da “instância ordinária”.

Vale lembrar, neste ponto do nosso estudo, que o TST recomenda que o juiz do trabalho não aplique de ofício a prescrição contra o trabalhador, em

relação à pretensão envolvendo direitos trabalhistas, com base nos princípios da proteção ao hipossuficiente e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas pelo operário.

De outra banda, os recursos de natureza extraordinária (o recurso de revista, que é aquele que vem logo depois do julgamento do recurso ordinário, está incluído neste seletor), possuem um pressuposto extrínseco e exclusivo de admissibilidade, que é o prequestionamento (Súmula 297 do TST e art. 1.025 do CPC). Significa dizer que, se a prescrição não for alegada “na instância ordinária”, o advogado de defesa não terá sucesso na arguição em recurso de revista, por ausência de prequestionamento da matéria (o recurso de revista não será conhecido).

O art. 193 do CCB, portanto, deve ser interpretado em conjunto com o prequestionamento e com a correta previsão da Súmula 153 do TST. Fazendo isso, o advogado perceberá que o artigo não tem a força que demonstra possuir.

A prescrição, insofismavelmente, não será aplicada de ofício contra verbas trabalhistas. Mas no caso de verba “não trabalhista”, como, por exemplo, o pedido de pagamento de indenização por dano (moral, material, estético, existencial), decorrente de assédio moral, acidente do trabalho ou qualquer outro fato que atraia a responsabilidade civil do empregador, entendo que o juiz do trabalho deverá aplicar de ofício a prescrição (bienal e parcial), pois não há incompatibilidade, no caso, entre a legislação comum e os princípios do direito do trabalho, mormente pelo fato de o princípio da indisponibilidade abarcar apenas as verbas trabalhistas propriamente ditas. A inclusão dos arts. 223-A a 223-G na CLT, prevendo a responsabilidade por dano extrapatrimonial, não modifica em nada a natureza da verba, que continua sendo civil (não trabalhista).

Caso o reclamante seja o empregador, o juiz do trabalho também deverá aplicar de ofício a prescrição (bienal e parcial), nos termos do inciso II do art. 487 do CPC.

Diante de uma relação de trabalho que não seja relação de emprego, o juiz também deve aplicar de ofício a prescrição (prescrição trabalhista, no caso de

trabalhador avulso; prescrição civil, nas demais relações de trabalho).

Antes de aplicar a prescrição (bienal, parcial e total), o juiz deve dar a oportunidade para o autor falar sobre o tema – parágrafo único do art. 487 do CPC (sem a ressalva do § 1º do art. 332 do CPC, à luz do parágrafo único do art. 7º da IN 39/2016 do TST) e art. 10 do CPC.

5.2.1.2.11. Súmulas e orientações jurisprudenciais sobre prescrição ainda não citadas

A Súmula 6, IX, do TST esclarece que a prescrição, quanto à pretensão de equiparação salarial, é parcial.

Digamos que a diferença injusta de salário entre o paragonado (equiparando) e o paradigma existe desde 2002 e, só agora, em 2017, quando da rescisão contratual, o paragonado ajuizou reclamação trabalhista pleiteando a equiparação e, conseqüentemente, o pagamento das diferenças salariais dela decorrentes. Caso a empresa, em sua contestação, suscite a prescrição e o juiz, na sentença, julgue procedentes os pedidos de equiparação salarial e pagamento das diferenças salariais, a condenação alcançará os últimos cinco anos, a contar da data do ajuizamento da reclamação.

O desvio de função é uma lesão que gera o direito ao pagamento de diferenças salariais (ou *plus* salarial). Esse direito é garantido, inclusive, no serviço público – vide Súmula 378 do STJ. A prescrição da pretensão de diferenças salariais decorrentes de desvio de função é parcial, segundo a Súmula 275 do TST. O mesmo entendimento se aplica para o acúmulo de funções.

Digamos que o empregado se encontra deslocado de sua função há mais de dez anos, exercendo atividade de maior responsabilidade, sem, contudo, receber o salário pertinente à função exercida. Caso ele ajuíze reclamação trabalhista, poderá recuperar os últimos cinco anos, a contar da data da propositura da demanda.

Diferente é o caso de “reenquadramento”.

O reenquadramento não se confunde com o desvio funcional.

O empregado, no reenquadramento, por se sentir prejudicado por um enquadramento em determinado cargo previsto em quadro de carreira ou em plano de cargos e salários (PCS), pretende obter a declaração de nulidade do ato (enquadramento) e o retorno ao antigo cargo (reenquadramento). Sua base argumentativa vem do *caput* do art. 468 da CLT. Para o TST, há de se aplicar, no caso, a prescrição do ato único, hoje esculpida no § 2º do art. 11 da CLT. Se o empregado não ajuizar reclamação dentro dos cinco anos subsequentes ao enquadramento, a pretensão de reenquadramento estará prescrita.

SÚMULA 275 do TST. PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO.

I – Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento.

II – Em se tratando de pedido de reenquadramento, a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado.

O reenquadramento não deve ser confundido com a lesão sofrida pelo empregado pela inobservância na aplicação dos critérios de promoção previstos no quadro de carreira.

Digamos que o empregado era o mais antigo do quadro, e que, pelo critério de antiguidade, a ser aplicado, naquele momento, à luz da previsão contida no PCS, deveria ter sido promovido. Não foi. Surgiu a lesão. O obreiro não quis, naquele instante, ajuizar reclamação trabalhista e continuou laborando. Dez anos depois, propôs reclamação pleiteando as diferenças salariais decorrentes da inobservância do conteúdo do PCS. Caso o reclamado suscite prescrição, esta será meramente parcial, nos termos da Súmula 452 do TST.

SÚMULA 452 DO TST. DIFERENÇAS SALARIAIS. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. DESCUMPRIMENTO. CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO NÃO OBSERVADOS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 404 da SBDI-1). Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância

dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês.

A Súmula 452 do TST não deixa de ser incongruente, pois o “direito” discutido não diz respeito a uma verba assegurada por lei.

A mudança de regime jurídico de celetista para estatutário importa na extinção do contrato de trabalho, logo, a bienal prescrição começa a fluir da transmutação, nos termos da Súmula 382 TST.

SÚMULA 382 DO TST. MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO BIENAL. A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime.

5.2.1.3. Decadência

A **decadência** também está presente na seara trabalhista. O prazo fixado pelo empregador para adesão do empregado a Plano de Demissão Voluntária (PDV) é um prazo tipicamente decadencial.

Também é decadencial o prazo previsto no art. 853 da CLT, concernente ao ajuizamento de Inquérito Para Apuração de Falta Grave a partir da suspensão preventiva obreira (Súmula 403 do STF).

Os prazos para impetração de mandado de segurança (120 dias), ajuizamento de ação rescisórias (2 anos) e oposição de embargos à execução (5 dias) têm natureza decadencial.

Na decadência, diferente da prescrição, não há lesão, ou seja, não existe “*actio nata*”.

A prescrição limita, no tempo, a pretensão. A decadência pune aquele que, para exercer/adquirir um direito, não observou o prazo fixado na lei ou no contrato. A decadência afasta a possibilidade do exercício de um direito. Evita a aquisição de um direito. A prescrição, por sua vez, não evita a aquisição de

um direito, pois, na prescrição, o direito já existe e foi violado.

A prescrição evita que a pretensão se eternize, prestigiando a segurança jurídica.

Ao contrário da prescrição, a decadência fulmina o próprio direito. É comum a expressão “o direito caducou”, quando da incidência da guilhotina decadencial.

Eis os casos mais importantes:

Prazo decadencial para aderir a um Plano de Demissão Voluntária (PDV) instituído pelo empregador. Trata-se de um típico lapso decadencial aquele fixado para os empregados optarem pela adesão. Importante lembrar que os valores recebidos, em face da adesão ao PDV, não podem ser “compensados” em futura condenação do empregador na Justiça do Trabalho, com já pacificou o TST na OJ 356 da SDI-1. Também não custa reforçar que a quitação realizada no PDV abrange exclusivamente as parcelas e os valores constantes do recibo, não impedindo, portanto, o ajuizamento de reclamação trabalhista depois da extinção do contrato, como dispõe a OJ 270 da SDI-1. O STF, entretanto, no ano de 2015, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 590415, considerou válida a quitação geral e irrevogável de todas as verbas decorrentes do contrato, à luz de cláusula prevista no termo de PDV assinado por empregado e empregador, **desde que exista previsão neste sentido em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho**. A decisão do STF foi prestigiada pela Reforma Trabalhista, mediante a inclusão do **art. 477-B na CLT**.

O prazo de 30 dias para ajuizamento do Inquérito Para Apuração de Falta grave também tem natureza decadencial – vide Súmula 403 do STF. Esse prazo não se inicia do momento em que o empregador toma ciência da prática da falta grave, tampouco do flagrante, se existir. Ele começa da suspensão preventiva do obreiro. O art. 494 da CLT diz que o empregador, para fins de ajuizamento do Inquérito, poderá suspender o empregado acusado de ter praticado falta grave. O art. 853 da CLT dispõe que, a partir da suspensão, o empregador terá 30 dias para ajuizar o Inquérito. Observem que a suspensão preventiva dura até a conclusão do processo – art. 494 da CLT. Ela não se

confunde com a “suspensão disciplinar”, prevista no art. 474 da CLT, a qual tem natureza de sanção, e, como tal, não pode ultrapassar 30 dias. A contagem do prazo observará o disposto no art. 132 do CCB, excluindo-se o dia do começo e incluindo o dia final. Ela será em dias corridos, pois não se trata de prazo processual, mas decadencial.

O prazo de 120 dias para impetrar mandado de segurança também tem natureza decadencial. Está previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, sendo contado da ciência, pelo interessado, do ato a ser impugnado (ato ilegal/arbitrário praticado por autoridade pública). Há um detalhe muito importante que merece atenção especial. Em se tratando de ato administrativo, o art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 dispõe que “não cabe mandado de segurança quando existir recurso administrativo com efeito suspensivo”.

Vamos exemplificar.

Auditor fiscal do trabalho, realizando a primeira fiscalização em uma empresa recentemente inaugurada, aplicou multa administrativa, por força de algumas irregularidades detectadas. A multa, convenhamos, traduz total ilegalidade, pois as empresas recém-inauguradas têm direito ao critério da dupla visita, ou seja, não podem ser multadas na primeira fiscalização – vide art. 627, *b*, da CLT. O advogado da empresa sabe que não poderá, naquele momento, impetrar mandado de segurança, pois cabe, contra o ato, recurso administrativo dotado de efeito suspensivo. O efeito suspensivo deriva da Súmula Vinculante 21, publicada em outubro de 2009 (cujo teor deu vida, desnecessariamente, à Súmula 424 do TST, em novembro do mesmo ano), que considera inconstitucional a exigência de depósito prévio como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo. Ora, se a empresa pode recorrer sem nada depositar, esse recurso administrativo goza, naturalmente, de efeito suspensivo. Diante disso, fica fácil concluir que o prazo decadencial de 120 dias não seguirá o comando do art. 23 da Lei 12.016/2009, i.e., o seu início não se dará da ciência do ato, **mas do momento em que a instância administrativa for esgotada**, pois só a partir daí é que o impetrante poderá usar o remédio heroico. Seria surreal imaginar a fluência do prazo em período no qual o legislador não permite a impetração do *mandamus*.

O prazo de 2 anos para ajuizamento de ação rescisória também tem natureza decadencial, sendo contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, como define o *caput* do art. 975 do CPC (muito cuidado com a redação do item I da Súmula 100 do TST, que fala “do dia seguinte ao trânsito em julgado”, quando, na verdade, quer dizer “do dia seguinte ao último dia do prazo recursal”). Na hipótese de simulação ou de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o terceiro interessado e para o Ministério Público do Trabalho, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão – § 3º do art. 975 da CLT. No caso de acordo judicial, o prazo decadencial começa a correr da data da homologação do termo de conciliação – item V da Súmula 100 do TST. Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo, quando expirar em dia não útil – § 1º do art. 975 do CPC c/c art. 132 do CCB e item IX da Súmula 100 do TST.

O prazo decadencial não é prazo processual, mas de direito material, tanto assim que a decadência está prevista no Código Civil (arts. 207 a 211). Isso é muito importante, pois sobre o prazo decadencial não se aplica a previsão do art. 775 da CLT (contagem apenas em dias úteis). Também não se aplica à decadência o item II da Súmula 262 do TST, que prevê a suspensão dos prazos processuais durante o recesso forense (o recesso forense ocorre do dia 20/12 ao dia 20/01, como dispõe o art. 775-A da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017). O prazo decadencial, como não é um prazo processual, não sofre qualquer suspensão por conta do recesso. O mesmo se diga da prescrição.

Exemplificando.

Flagrado acessando sites pornográficos durante o expediente, o empregado, então dirigente sindical, foi preventivamente suspenso, à luz do art. 494 da CLT, no dia 01/12/2015. A partir do dia 02/12/2015, a contagem do prazo de 30 dias, para ajuizamento do Inquérito, foi iniciada (art. 132 do CCB). Ocorre que no dia 20/12/2015 a Justiça do Trabalho entrou em recesso. Quando do início do recesso, 18 dias já tinham fluído, restando 12 dias para a

propositura do Inquérito.

No primeiro dia de funcionamento da Justiça do Trabalho, após o fim do recesso, é correto dizer que o empregador receberá o saldo de 12 dias para o ajuizamento do Inquérito?

Seria correto considerar que o prazo decadencial de 30 dias ficou suspenso durante o recesso forense?

Não e não!

O prazo não foi suspenso, porque não se trata de lapso processual. Sendo assim, para que o direito patronal de obter a extinção daquele contrato por justa causa não caduque, o Inquérito terá que ser ajuizado no primeiro dia de funcionamento da Justiça do Trabalho após o recesso.

Esse raciocínio se aplica a todos os casos de decadência e prescrição. Olho vivo!

5.2.2. *Das Demais Questões de Mérito*

Para o enfrentamento das “demais questões meritórias”, o advogado deve observar quais os pedidos formulados pelo reclamante, para, a partir daí, repelir “pedido por pedido”, enfrentando os fatos. Cabe ao advogado de defesa se insurgir contra todos os fatos narrados, um a um, atacando todos os pedidos.

Uma forma clássica de contestação é a negativa do fato. Quando o reclamado, na contestação, nega o fato, mantém o ônus da prova com o reclamante. O juiz não pode exigir da parte a prova de um “fato negativo”, nem mesmo quando pensar em distribuir de forma dinâmica o ônus. Essa premissa é usada para criticar a previsão contida na Súmula 16 do TST.

Outra forma de contestar é levantar um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Diferentemente da mera negativa, o reclamado, ao levantar um fato capaz de impedir, modificar ou extinguir o direito do reclamante, atrai para si o ônus da prova do respectivo fato – art. 818, II, da CLT e art. 373, II, do CPC/2015.

Digamos que o reclamante, em sua petição inicial, tenha dito que, durante o contrato de trabalho, não usufruía intervalo intrajornada mínimo de uma hora, previsto no art. 71 da CLT, e, por conta disso, esteja pleiteando o pagamento de uma indenização (§ 4º do art. 71 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017). Caso o reclamado negue o fato, dizendo que o obreiro usufruía intervalo mínimo de uma hora, o ônus da prova será do reclamante. Caso o reclamado não negue o fato, admitindo a concessão parcial do intervalo, “mediante autorização do Ministério do Trabalho ou previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho” (o intervalo intrajornada pode ser reduzido por autorização ministerial ou mediante previsão em norma coletiva, desde que seja concedido o mínimo de 30 minutos – art. 71 da CLT c/c inciso III do art. 611-A da CLT), ele terá que provar o fato impeditivo do direito do reclamante, que é exatamente a autorização ministerial ou a norma coletiva.

Típico fato impeditivo pode ser encontrado no art. 62 da CLT. Trata-se de fato impeditivo ao pagamento de horas extras (trabalhador externo, alto empregado e teletrabalho).

O fato extintivo mais comum é o “pagamento”. O pagamento extingue a obrigação. Digamos que o reclamante esteja pleiteando o pagamento do 13º salário do ano de 2012. Caso o empregador, na contestação, afirme que pagou a verba, terá, obviamente, que provar o fato extintivo.

A ausência de contestação específica faz com que o juiz presuma verdadeiro o fato não contestado. A presunção de que o fato descrito na petição inicial é verdadeiro deriva da famosa “confissão ficta”. A confissão ficta, ou confissão presumida, nasce do silêncio. Diferente, portanto, da confissão real, ou confissão expressa.

5.2.2.1. Questões Meritórias Comuns no Processo Trabalhista

- a) Pedido de horas extras de empregado externo, de “alto empregado” ou de empregado submetido a regime de teletrabalho

O trabalhador externo é aquele que labora fora do estabelecimento patronal e em total **incompatibilidade** com o controle de jornada, fato que

impede o empregador de fiscalizar o seu horário de trabalho – art. 62, I, da CLT. No caso de trabalhador externo, a pretensão de “pagamento de horas extras”, presente na reclamação trabalhista, deverá ser rechaçada, na contestação, pelo fato impeditivo previsto no art. 62, I, da CLT, sendo aconselhável ao advogado do reclamado explorar bem a real incompatibilidade de controlar a jornada do obreiro, destacando a liberdade de sua rotina laboral. Alguns empregadores querem “convencer” os seus advogados de que o empregado não tinha controle de horário, mas a “tese” começa a ruir quando os advogados descobrem que o empregado tinha que comparecer, pela manhã, na empresa, e, no final do expediente, também tinha que comparecer ao estabelecimento patronal. Ora, apesar de laborar na rua (externamente), esse tipo de empregado não se enquadra no art. 62, I, da CLT, mormente pelo fato de não existir, no caso, incompatibilidade no controle de jornada. Importante destacar que a norma exige que a condição de trabalhador externo seja registrada na carteira de trabalho e no registro do empregado.

O “alto empregado” (empregado detentor de cargo de gestão) é aquele considerado como a maior autoridade dentro de um determinado ambiente de trabalho, competente para fiscalizar e punir os seus subordinados. Por não existir uma autoridade maior do que a dele, o legislador entendeu que a sua jornada também não poderia ser controlada, liberando-o, a exemplo do trabalhador externo, do registro de ponto. Para que isso ocorra, é imprescindível que ele receba uma gratificação não inferior a 40% do seu salário – art. 62, II e parágrafo único, da CLT.

O teletrabalho está previsto nos arts. 75-A a 75-E da CLT. É aquele marcado pela prestação de serviços com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que tornem incompatível o controle e a fiscalização da jornada, devendo o pacto ser firmado por escrito.

b) Pedido de incorporação de salário-condição

Quando do estudo da reclamação trabalhista, explorei os adicionais, informando que eles são considerados espécies de “salário-condição”, porque o seu pagamento está condicionado a certa circunstância. O adicional noturno, por exemplo, está condicionado ao trabalho em horário noturno. A prestação de serviços em horário noturno, portanto, é a condição para a percepção do

respectivo adicional. O mesmo ocorre com o adicional de horas extras, o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade e o adicional de transferência.

O salário-condição, enquanto recebido, tem natureza salarial, integrando a base de cálculo de outras verbas. Porém, caso a condição desapareça, o salário também desaparecerá. Estou afirmando que os adicionais não se incorporam ao patrimônio do empregado.

Digamos que um empregado recebeu adicional noturno por mais de 15 anos, exatamente pelo fato de trabalhar em horário noturno. Transferido para o turno diurno, deixou de receber o respectivo adicional. Não há, no caso, qualquer lesão. Basta observar a previsão contida na Súmula 265 do TST. A alteração é considerada lícita pelo fato de o labor noturno prejudicar a saúde do trabalhador. Numa simples ponderação de valores, a saúde é o bem maior a ser preservado. Fica fácil contestar o pedido de “nulidade” da alteração e o pedido de pagamento e incorporação do adicional noturno.

Para fins de contestação, é muito importante perceber que, uma vez desaparecendo a condição, desaparecerá também o salário (adicional). Não importa por quanto tempo o empregado tenha trabalhado naquela “condição”. Os adicionais foram criados para “compensar” situações de penosidade, de sofrimento, de risco à saúde do trabalhador. Trabalhar além do horário normal – adicional de horas extras. Trabalhar em horário noturno – adicional noturno. Trabalhar em atividade considerada por lei como perigosa – adicional de periculosidade. Trabalhar em ambiente insalubre – adicional de insalubridade. Trabalhar, por força de uma transferência provisória, em localidade diversa daquela onde normalmente desenvolve as suas atribuições – adicional de transferência.

“Compensar” ou “amenizar” o sofrimento do trabalhador com dinheiro (pagamento do adicional) é um caminho criticado por muitos estudiosos. A teoria da **monetização da saúde do trabalhador** é alvo de censura doutrinária, porque o pagamento de um “plus” salarial não elide os drásticos efeitos, por exemplo, do labor noturno ou do contato com agentes insalubres no ambiente de trabalho.

O adicional é pago por conta de uma situação que prejudica o obreiro. Ora, em sendo assim, jamais o legislador incentivaria o seu pagamento. A eliminação da insalubridade, por exemplo, exclui a percepção do respectivo adicional – Súmulas 80 e 248 do TST.

SÚMULA 80 do TST. INSALUBRIDADE. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

SÚMULA 248 do TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

As atividades insalubridades estão taxativamente previstas no “Quadro de Atividades Insalubres” editado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (NR 15 da Portaria MTE nº 3.214/78) – inteligência da Súmula 460 do STF. Se a atividade for excluída do rol, o empregado, a partir da exclusão, não terá mais direito ao adicional. Se a atividade for incluída no rol, o empregado, a partir dali (efeitos *ex nunc*) terá direito ao respectivo adicional.

Quanto ao adicional de transferência, sempre é bom lembrar que o pressuposto para a sua percepção é a provisoriedade da transferência. A OJ 113 da SDI-1 ratificou a previsão contida no § 3º do art. 469 da CLT, no sentido de que o adicional será pago “enquanto durar a transferência”.

OJ 113 da SDI-1. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA. O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.

A condição da provisoriedade impede a incorporação do adicional de

transferência.

O adicional noturno não se incorpora ao salário, como dispõe a Súmula 265 do TST.

O mesmo se diga do adicional de periculosidade – art. 194 da CLT.

Em relação às horas extras, o raciocínio é o mesmo.

Digamos que um empregado trabalha além da jornada normal há dez anos e, repentinamente, o empregador o informa que, a partir de hoje, ele não terá mais que realizar labor extraordinário. A notícia, à luz das normas de proteção à saúde do trabalhador, é excelente.

O TST, contudo, no caso de horas extras habituais prestadas por pelo menos um ano, consagra o direito de o obreiro receber uma indenização. Estou falando da “indenização pela supressão total ou parcial de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano”, prevista na Súmula 291 do TST. A indenização será calculada à razão de um mês das horas extras suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses. O cálculo observará a média da quantidade de horas extras nos últimos doze meses (média duodecimal) anteriores à mudança, multiplicando-se essa média pelo “valor da hora extra do dia da supressão”. A Súmula 291 do TST corre o risco de ser alijada do nosso sistema jurídico, pois está em desacordo com o novo § 2º do art. 8º da CLT, que veda expressamente aos tribunais a criação de obrigações não previstas em lei (art. 5º, II, da CF).

c) Pedido de reintegração de empregado não estável

O advogado de defesa pode se deparar com uma reclamação trabalhista na qual o reclamante requer a reintegração ao emprego, asseverando que, à época da dispensa, era portador de estabilidade. Lembro-me de algumas situações.

- **1ª Situação** – A OJ 253 da SDI-1, ao tratar da estabilidade do diretor de cooperativa, restringe a garantia apenas o titular. Caso um empregado, suplente de diretor de cooperativa, seja dispensado e ajuíze reclamação trabalhista pleiteando a reintegração ao emprego, o advogado de defesa deve repelir a pretensão usando o fundamento

contido na citada OJ.

OJ 253 DA SDI-1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COOPERATIVA. LEI Nº 5.764/71. CONSELHO FISCAL. SUPLENTE. NÃO ASSEGURADA. O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.

- **2ª Situação** – No caso da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), encontramos outra situação muito interessante. A composição da CIPA é paritária, ou seja, metade da diretoria será preenchida por representantes dos empregados e a outra metade por representantes do empregador. Os representantes dos empregados são eleitos em escrutínio secreto – art. 164, § 2º, da CLT. Os representantes do empregador são designados por este – art. 164, § 1º, da CLT. A estabilidade do “cipeiro”, prevista no art. 10, II, “a”, do ADCT, tem como pressuposto a eleição (começa no registro da candidatura). Assim sendo, *a estabilidade é exclusiva dos representantes dos empregados*. Caso um diretor da CIPA, representante do empregador, seja dispensado sem justa causa, a dispensa será válida, não cabendo reintegração.
- **3ª Situação** – O § 5º do art. 164 da CLT prevê que o presidente da CIPA será designado pelo empregador, enquanto que o vice-presidente será eleito pelos empregados. Conclusão: Presidente da CIPA não tem estabilidade; vice-presidente tem.
- **4ª Situação** – O item V da Súmula 369 do TST dispõe que o registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, seja trabalhado ou indenizado, não lhe assegura a estabilidade.
- **5ª Situação** – A extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, além de afetar a inamovibilidade do dirigente sindical, também soterra a própria estabilidade – inteligência do item IV da Súmula 369 do TST. O mesmo raciocínio se aplica ao representante dos empregados na CIPA – item II da Súmula 339 do

TST.

- **6ª Situação** – Digamos que o empregado seja engenheiro civil filiado ao sindicato dos engenheiros civis de determinada localidade, mas trabalhe em um banco, exercendo a função de caixa executivo. Esse empregado registrou a sua candidatura ao cargo de presidente do sindicato dos engenheiros. Tal registro não será capaz de lhe garantir a estabilidade no banco onde trabalha, visto que ele não exerce, no banco, aquela atividade diferenciada. É o que reza o item III da Súmula 369 do TST: “o empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente”.
- **7ª Situação** – A limitação prevista no art. 522 da CLT, ratificada no item II da Súmula 369 do TST, tem grande relevância para a contestação. Em que pese o princípio da liberdade sindical permitir que o sindicato possua quantos dirigentes quiser, a estabilidade sindical ficará restrita ao máximo de sete cargos de direção, cada qual ocupado por um dirigente titular e um dirigente suplente. Sendo assim, no máximo 14 empregados por sindicato é que terão direito à estabilidade. Ainda temos a OJ 365 da SDI-1, asseverando que o membro do conselho fiscal do sindicato não tem estabilidade. E temos também a OJ 369 da SDI-1, que diz que o delegado sindical não tem estabilidade.
- **8ª Situação** – O art. 543, § 5º, da CLT impõe ao sindicato o dever de comunicar ao empregador o registro da candidatura do empregado, no prazo de 24h. O TST, no item I da Súmula 369, garante a estabilidade “mesmo quando a comunicação do registro da candidatura for realizada fora do prazo”. Para isso, “a ciência ao empregador, por qualquer meio, tem que ocorrer na vigência do contrato de trabalho”. Se a comunicação chegar após a dispensa do empregado, ou seja, depois da extinção do contrato, a rescisão será válida. Decorrido o prazo de 24h, sem que o sindicato tenha comunicado ao empregador o registro da candidatura, enquanto o

- contrato vigorar, o sindicato e/ou o empregado ainda poderão, por qualquer meio, suprir a omissão, sanando o vício.
- **9ª Situação** – A estabilidade acidentária também merece atenção. O art. 118 da Lei 8.213/1991 reza que a estabilidade é assegurada a partir da suspensão do benefício previdenciário intitulado “auxílio-doença acidentário (B 91)”, durando, a partir daí, doze meses. Significa dizer que o empregado, após a alta médica (que provoca a suspensão do benefício), retorna à empresa com uma garantia de emprego de doze meses. Digamos que um empregado sofreu um leve acidente do trabalho e tenha ficado três dias de licença médica. Sabemos que o benefício previdenciário só é pago depois de 15 dias da licença (arts. 43, § 2º, e 60, § 3º, da Lei 8.213/1991), ou seja, a partir do 16º dia do afastamento. Caso esse empregado ajuíze reclamação trabalhista pleiteando a reintegração ao emprego, fica fácil para o advogado de defesa contestar, usando o art. 118 da Lei 8.213/1991. No caso do empregado doméstico, o benefício previdenciário, inclusive o auxílio-doença acidentário, é pago a partir do primeiro dia do afastamento médico, diferentemente do empregado celetista e rural. Observação – No caso de doença profissional, que é aquela que guarda nexo de causalidade com a atividade exercida pelo empregado na empresa, a percepção do auxílio-doença acidentário não será requisito essencial para a aquisição da estabilidade, quando a doença for diagnosticada após a rescisão contratual – inteligência da parte final do item II da Súmula 378 do TST.
 - **10ª Situação** – A Súmula 443 do TST diz que há uma verdadeira **presunção *juris tantum* de discriminação** na dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Acontecendo a rescisão contratual, o empregado terá direito a ser reintegrado (essa previsão já existia na OJ 142 da SDI-2). A Súmula 443 do TST foi inspirada na Lei 9.029/1995, a qual, no seu art. 1º, veda a “adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua

manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”. Um bom argumento de defesa seria o “desconhecimento patronal acerca da existência da doença”. Se o patrão não sabia do fato, não há como construir um nexo causal de prática discriminatória. Se tratando de contrato por prazo determinado, não há como aplicar por analogia a aquisição da estabilidade prevista nas Súmulas 244 e 378 do TST (gestante e acidente do trabalho). No caso da Súmula 443 da TST, há um requisito para a aquisição do direito a retornar ao emprego: “a dispensa”. Em contrato por prazo determinado, cujo término ocorre naturalmente, não há dispensa! Sem dispensa, não há discriminação.

5.2.3. *Compensação*

A compensação, se não arguida na contestação, é passível de preclusão – art. 767 da CLT c/c Súmula 48 do TST. A matéria tem grande relevância, portanto, para o advogado de defesa.

À luz do art. 368 do CCB, compensação é o encontro ou absorção de créditos entre partes que são reciprocamente credoras.

Digamos que o reclamante está pleiteando adicional noturno, porém, quando da vigência do contrato, recebeu adiantamentos salariais que não foram descontados das verbas rescisórias. O reclamante, portanto, se considera credor do adicional noturno. O reclamado, por sua vez, se considera credor dos adiantamentos salariais. Há uma “reciprocidade de créditos” e as verbas envolvidas têm “natureza trabalhista”. Presentes, pois, os requisitos para a compensação – inteligência da Súmula 18 do TST. Em caso de condenação no pagamento de adicional noturno, os salários adiantados podem ser compensados, caso o advogado de defesa requeira na contestação e, evidentemente, comprove a existência do crédito.

Tomando por base o mesmo exemplo, caso o empregado, à época do contrato de trabalho, tivesse causado um grande prejuízo ao patrimônio da empresa (quebrou uma determinada máquina), a compensação não seria possível, porquanto o empregador seria credor de uma *verba de natureza não trabalhista* (indenização por dano material). Nesse caso, o reclamado teria

que apresentar contestação com reconvenção.

SÚMULA 18 do TST. COMPENSAÇÃO. A compensação, na Justiça do Trabalho, está restrita a dívidas de natureza trabalhista.

SÚMULA 48 do TST. COMPENSAÇÃO. A compensação só poderá ser arguida com a contestação.

5.2.4. *Dedução*

A compensação não se confunde com a mera dedução. A primeira requer “reciprocidade de créditos trabalhistas”. A segunda nada mais é do que a mera subtração (abatimento) de valores já pagos sob o mesmo título.

Digamos que o reclamante esteja pleiteando o pagamento de quatro horas extras por dia. O empregador, na contestação, admite a realização de trabalho extraordinário, mas nega a quantidade apontada pelo reclamante, afirmando que “todas as horas extras realizadas foram pagas”, juntando contracheques que comprovam a quitação de várias horas extras. Caso o juiz dê procedência ao pedido formulado pelo reclamante, condenando o reclamado ao pagamento de quatro horas extras por dia, deve, na própria sentença, determinar a dedução das horas extras comprovadamente pagas. Fazendo isso, o juiz evitará o insuportável enriquecimento sem causa.

O juiz do trabalho age, na dedução, de ofício ou a requerimento do reclamado, amparado pelo princípio do “*non bis in idem*”. O TST adota a majoritária corrente que defende a dedução *ex officio*, como bem indica a OJ 415 SDI-1:

OJ 415 DA SDI-1. HORAS EXTRAS. RECONHECIMENTO EM JUÍZO. CRITÉRIO DE DEDUÇÃO/ABATIMENTO DOS VALORES COMPROVADAMENTE PAGOS NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO. A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho.

A cautela, entretanto, deve ser uma companheira inseparável do advogado. Ao formular uma contestação e verificar que há valores que, em caso de condenação, devem ser deduzidos, o defensor deve requerer, ao final da peça, a dedução, mesmo sabendo que a matéria não é passível de preclusão.

Na prática, nem todos os magistrados podem dominar bem a diferença entre compensação e dedução, e, sem razoável critério, aplicar o art. 767 da CLT e a Súmula 48 do TST também para o simples abatimento de quantia já paga.

Discute-se muito a possibilidade de a dedução ser requerida na fase de execução, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença.

Recordo-me de uma situação interessante envolvendo depósitos fundiários. O reclamante, na petição inicial, afirmou que o reclamado jamais tinha efetuado qualquer depósito a título de FGTS. Diante da revelia (o reclamado não compareceu à audiência), o juiz julgou procedente o pedido, condenando o reclamado no pagamento do FGTS de todo o período laboral (15 anos, aproximadamente). A sentença transitou em julgado. Feita a liquidação, o reclamado, ora executado, foi citado, tomando ciência do valor da dívida (*quantum debeatur*). Dirigindo-se ao órgão jurisdicional, descobriu que o débito era todo fundiário, o que lhe causou espanto, já que tinha efetuado a maioria dos depósitos. Foi à Caixa Econômica Federal e conseguiu um extrato analítico capaz de comprovar os depósitos e reduzir a dívida pela metade. Pode o advogado peticionar, juntando o extrato, pedindo a dedução daqueles valores da quantia da dívida? Claro que sim!

O fato evidencia a má-fé do empregado ao relatar, na petição inicial, que “jamais fora feito qualquer depósito de FGTS”. O próprio extrato analítico demonstrava que o obreiro já tinha sacado a quantia depositada pela empresa. Não pode o juiz, *data venia*, mediante inúmeras fundamentações que habitam o mundo abstrato do “dever ser”, indeferir o requerimento do executado. Assim agindo, transformará a execução em calvário capaz de envergonhar os maiores pensadores jurídicos, julgando com o “fígado” e não com a razão, cobrindo a execução com o véu da tortura ao executado. Não custa lembrar que o art. 884, § 1º, permite que o executado, em sede de embargos à

execução, suscite a “quitação da dívida” como matéria de “defesa” (*lato sensu*). Essa quitação, evidentemente, pode ser total ou parcial. Quitação parcial é a “deixa” para a dedução entrar em cena!

5.2.5. *Retenção*

Muitos advogados de empregados requerem, na petição inicial, que o reclamado seja condenado a arcar com o imposto de renda e com as contribuições previdenciárias decorrentes da condenação, sob o argumento de que a responsabilidade pela inadimplência do principal deve se irradiar sobre o acessório. O TST assim não entende, mantendo tese que favorece o advogado do empregador. No item II da Súmula 368, o TST determina que os “recolhimentos” devem ser realizados pelo empregador, porém, depois da comprovação de sua realização, o imposto de renda e as contribuições previdenciárias de responsabilidade do empregado devem ser retidos do seu crédito e devolvidos ao empregador.

Item II da Súmula 368 do TST - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias, contudo, não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. (ex-OJ nº 363 da SBDI-1, parte final).

Sob o mesmo fundamento da “dedução”, ou seja, o princípio da eventualidade, o advogado de defesa deve reservar um espaço, no final da contestação, para requerer, nos moldes do item II da Súmula 368 do TST, a retenção, em caso de condenação, do imposto de renda e das contribuições previdenciárias sobre o crédito do reclamante.

5.2.6. *Modelo de Contestação*

**EXMO SR JUIZ DO TRABALHO DA 799ª VARA DO TRABALHO
DE SALVADOR-BA**

PROCESSO Nº ____.

NOME DO RECLAMADO, já qualificado nos autos da Reclamação Trabalhista que lhe foi ajuizada por NOME DO RECLAMANTE, também qualificado nos autos, vem, por seu (s) advogado (s), com procuração anexa, apresentar CONTESTAÇÃO, com fulcro no art. 847 da CLT, em face das matérias de fato e de direito a seguir aduzidas, para, ao final, requerer a TOTAL IMPROCEDÊNCIA dos pedidos.

1. Das intimações e notificações

Requer o reclamado que todas as intimações/notificações expedidas sejam exclusivamente realizadas em nome do (s) advogado (s) NOME (S) DO (S) ADVOGADO (S) – NÚMERO (S) DA OAB, nos termos da Súmula 427 do TST e do § 5º do art. 272 do CPC.

2. Do indeferimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita – ausência de comprovação – violação ao § 4º do art. 790 da CLT e ao inciso II do art. 5º da CF

O reclamante requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita, mas não comprovou a alegada “hipossuficiência econômica”.

Ora, Excelência, o § 4º do art. 790 da CLT exige, como condição *sine qua non* para a concessão da gratuidade da justiça, que a parte comprove a sua insuficiência de recursos para o pagamento das despesas processuais, o que não foi feito pelo reclamante.

Diante disso, o reclamado roga pelo indeferimento do correlato pleito, constante da petição inicial, sob pena de mortal violação à lei federal, especificamente ao § 4º do art. 790 da CLT e de inaceitável violação à Lei Maior, especificamente ao princípio da legalidade, esculpido no inciso II do art. 5º da CF.

3. Da condenação do reclamante no pagamento das custas processuais em caso de arquivamento da reclamação pelo seu

não comparecimento à audiência – aplicação do § 2º do art. 844 da CLT

Requer o reclamado, no caso de arquivamento da reclamação pelo não comparecimento do reclamante à audiência, a condenação deste no pagamento das custas, à razão de 2% sobre o valor da causa, ainda que beneficiário da justiça gratuita, nos termos do § 2º do art. 844 da CLT.

Por cautela, caso o reclamante alegue que a sua ausência à audiência ocorreu por motivo legalmente justificável, mediante comprovação no prazo de 15 dias, o reclamado vem requerer, desde já, a oportunidade para se manifestar sobre os fatos e os documentos porventura lançados e juntados, no prazo de 15 dias, mediante intimação deste Juízo, à luz do inciso LV do art. 5º da CF e do art. 436 c/c § 1º do art. 437 do CPC.

4. Da improcedência do pedido de pagamento de horas extras e reflexos – trabalho externo

O reclamante foi contratado pelo reclamado no dia ____, para exercer a função de ____, mediante remuneração mensal de R\$ ____, ocorrendo, no dia ____, a sua dispensa sem justa causa, recebendo o pagamento das verbas rescisórias.

No exercício de sua função, o reclamante sempre trabalhou externamente, em atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, constando, tal condição, em sua CTPS e no Registro de Empregados (cópias anexas), nos termos do inciso I do art. 62 da CLT, não possuindo controle de jornada, por total incompatibilidade.

Sendo assim, o reclamante sempre esteve regido pelo art. 62 da CLT, norma esta que, no seu *caput*, exclui a aplicação do CAPÍTULO II, do TÍTULO II DA CLT, que rege a “DURAÇÃO DO TRABALHO”, ao trabalhador.

Destarte, estando o reclamante excluído de todas as regras pertinentes à DURAÇÃO DO TRABALHO, não faz jus a qualquer

pagamento a título de horas extras e reflexos, pelo que requer a improcedência do correlato pedido.

5. Dos honorários advocatícios

Requer a condenação do reclamante no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, à razão de 20% sobre o valor da causa, ou no *quantum* arbitrado por V.Exa., nos termos dos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC.

Requer a decretação da inconstitucionalidade do *caput* do art. 791-A da CLT, especificamente no que tange à fixação do limite dos percentuais dos honorários advocatícios sucumbenciais entre 5% e 15%, pelos seguintes fundamentos:

(A) Violação ao *caput* do art. 5º da CF (princípio da isonomia), pois a norma diferencia, sem razoabilidade, o advogado trabalhista dos demais advogados, mormente pelo fato de o § 2º do art. 85 do CPC estipular o mínimo de 10% e o máximo de 20% a título de honorários, sendo certo que a diferenciação injusta conduz à intolerável discriminação;

(B) Violação ao inciso XXX do artigo 7º da CF, em face da inadmissível discriminação remuneratória entre o advogado trabalhista e os demais advogados, restando inconteste a natureza alimentar da verba, à luz do § 14 do artigo 85 do CPC e da Súmula Vinculante 47;

(C) Violação ao inciso III do art. 1º da CF, pois a injusta diferenciação dos percentuais é uma afronta ao princípio da dignidade humana e profissional.

Caso o reclamante seja beneficiário da justiça gratuita, o reclamado requer, desde já, a aplicação do § 4º do art. 791-A da CLT, para que os honorários advocatícios devidos pelo autor se irradiem a créditos por ele obtidos neste ou em outros processos, e, no caso de inexistência de créditos, que a obrigação de pagar fique sob condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de dois anos.

6. Da retenção do IRPF e da contribuição previdenciária

Por cautela, em caso de condenação, requer o reclamado a aplicação do item II da Súmula 368 do TST, mantendo o reclamante como único responsável pelo pagamento do imposto de renda e da quota-parte de sua contribuição previdenciária.

7. Do pedido

Diante do exposto, requer o indeferimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita ao reclamante e a improcedência de todos os pedidos elencados na petição inicial, sendo o reclamante condenado nas custas e demais despesas processuais, incluindo honorários advocatícios sucumbenciais de 20% sobre o valor da causa ou em quantia a ser arbitrada por V.Exa., protestando provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Requer a declaração da inconstitucionalidade do *caput* do art. 791-A da CLT, especificamente quanto aos injustos percentuais ali previstos, à luz dos fundamentos jurídicos esculpidos na argumentação alhures explicitada.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Local, ____, Data ____.

ADVOGADO.

OAB Nº ____.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL

A exceção de incompetência territorial está prevista no art. 800 da CLT, enquanto as normas de competência territorial se encontram no art. 651 da CLT. É uma competência relativa, ou seja, não é matéria de ordem pública. Trata-se, portanto, de objeção que não pode ser conhecida de ofício pelo magistrado – § 5º do art. 337 do CPC.

O CPC de 2015 acabou com a peça intitulada “Exceção de Incompetência Territorial, incluindo a objeção no rol das preliminares de contestação – inciso II do art. 332 do CPC. Essa alteração não afetou o processo trabalhista, já que há norma específica na CLT sobre o tema (art. 800).

Bom, a reclamação trabalhista, em regra, deve ser ajuizada no local da prestação de serviços, independentemente de onde ocorreu a contratação.

Há, no entanto, três situações especiais:

1. **Empregado agente ou viajante comercial** – A reclamação deve ser ajuizada no local onde estiver situada a filial da empresa. Em caso de inexistência de filial, o ajuizamento se dará no local do domicílio do empregado – art. 651, § 1º, da CLT.
2. **Empregado brasileiro que labora no exterior** pode propor reclamação no Brasil, desde que não exista norma internacional prevendo o contrário – art. 651, § 2º, da CLT.
3. **Empregado que labora em empresa que atua em localidades diversas daquela onde ocorreu a contratação** – A reclamação pode ser ajuizada tanto no local da contratação, como em qualquer local no qual o obreiro tenha prestado serviços – art. 651, § 3º, da CLT.

A primeira situação (§ 1º do art. 651 da CLT) se aplica exclusivamente a

um tipo de empregado: aquele que trabalha no **comércio e viajando**. A reclamação deve ser ajuizada no local onde estiver situada a filial da empresa. O local da sede é irrelevante. O que vale é o local da filial (agência; sucursal). Não existindo filial, a reclamação será ajuizada no local do domicílio do empregado. Se existir filial, mas o empregado não estiver subordinado a ela (sua subordinação é diretamente com a matriz), para esse empregado não existirá filial e, por conta disso, a reclamação deverá ser ajuizada no local do domicílio do empregado.

A segunda situação (§ 2º do art. 651 da CLT) nos remete à Lei 7.064/1982, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Para o ajuizamento da ação no Brasil, bastam dois requisitos: empregado ser brasileiro + inexistir norma internacional dispondo o contrário.

A terceira situação (§ 3º do art. 651 CLT) se aplica às empresas que se deslocam, tais como as companhias circenses, as companhias teatrais, os clubes de futebol, as companhias aéreas quanto aos aeronautas, empresas de ônibus que realizam viagens intermunicipais ou interestaduais etc.

No § 1º, quem se desloca é o empregado (agente ou viajante comercial). No § 3º, o deslocamento fica por conta da empresa (empregador).

O empregado que labora ou tenha laborado para uma empresa que mantém atividades fora do lugar do contrato de trabalho pode ajuizar reclamação tanto no local da contratação, quanto no local da prestação de serviços. O § 3º do art. 651 da CLT, contudo, merece interpretação ampliativa, por representar, majoritariamente, verdadeira norma de proteção à parte mais fraca da relação de emprego. O empregado, atingido pela rotina de deslocamento do seu empregador, termina protegido pela opção quanto ao local de ajuizamento da ação. Essa previsão também se aplica àqueles empregados que laboram em vários estabelecimentos do seu empregador. Foi contratado em São Paulo, depois transferido para Santos e depois transferido para o Rio de Janeiro. A constante transferência é um suporte fático para a incidência do § 3º do art. 651 da CLT, permitindo que o empregado escolha o local da contratação ou um dos locais da prestação de serviços. Discordo, veementemente, da corrente doutrinária que tenta restringir a competência,

para casos desse tipo, ao local de contratação ou ao último local da prestação de serviços.

Digamos que o empregado tenha sido contratado em São Paulo e, um mês depois, transferido para Salvador, onde laborou por dez anos, quando, então, foi transferido para Manaus, sendo surpreendido, dois meses depois desta última transferência, com a rescisão contratual. Caso adotada a restrição defendida por alguns autores, o referido empregado teria que optar por São Paulo (local da contratação) ou por Manaus (último local de trabalho), quando notoriamente o melhor local para o ajuizamento da reclamação seria Salvador (local onde laborou por mais tempo).

Não custa lembrar que o *caput* do art. 651 da CLT, que é a regra geral da competência territorial, ao fixar o local da prestação de serviços como sendo o competente, assim agiu por entender que ali as partes teriam maior facilidade para obter as provas necessárias.

O princípio protetivo também paira sobre o direito processual do trabalho, com menor frequência, naturalmente, quando comparado com o direito do trabalho. Não está nas mãos do juiz, mas nas expressas previsões do regramento instrumental. Entendo, por conta disso, que o empregado, ao laborar em localidades diversas, não sendo, evidentemente, um agente ou viajante comercial (§ 1º), poderá optar pelo ajuizamento da ação no local da contratação ou em qualquer local onde tenha trabalhado (§ 3º).

Vale destacar que o art. 651 da CLT se aplica às relações de emprego, ou seja, em se tratando de relação de trabalho que não seja relação de emprego, deve ser observada a regra de competência territorial prevista no art. 46 do CPC, que fixa o domicílio do réu como regra de competência territorial. Isso também se aplica para as ações ajuizadas por sindicatos na defesa de direito próprio. No caso de o sindicato estar atuando como substituto processual, ou seja, ajuizando ação em nome próprio, mas para a defesa dos interesses da categoria, a regra de competência territorial será a celetista.

6.1. Efeitos do Pré-contrato na Competência Territorial

O pré-contrato de trabalho é capaz de influenciar a fixação da

competência territorial. A pré-contratação está prevista no art. 48 do CDC e no art. 427 do CCB, normas que são aplicadas subsidiariamente ao direito do trabalho, pela sintonia que têm com os princípios do direito laboral.

Art. 48 do CDC. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e *pré-contratos* relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Art. 427 do CCB. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 422 do CCB. As partes são obrigadas a respeitar, seja na pactuação, na execução ou na conclusão do contrato, os princípios de probidade e boa-fé.

A base do direito do consumidor é a mesma do direito do trabalho: o princípio da proteção ao hipossuficiente. Esse detalhe fortalece ainda mais a aplicação subsidiária do CDC à relação de emprego.

Nos Estados do Nordeste do Brasil a arregimentação de mão de obra rural é um fato corriqueiro. Digamos que uma Usina, localizada no interior de São Paulo, esteja com dificuldade de conseguir cortadores de cana na região e a solução é “importar” empregados de outras localidades. Um representante da Usina vai até a Zona da Mata de Pernambuco e consegue 300 trabalhadores rurais, os quais acertam os detalhes do trabalho ainda em Pernambuco, sendo transportados de ônibus para São Paulo. Chegando ao local de trabalho, fazem exame médico e têm as carteiras assinadas. No fim da safra, os trabalhadores são levados de volta a Pernambuco. Por não terem recebido verbas rescisórias, desejam buscar a Justiça do Trabalho. Caso as reclamações sejam propostas em Pernambuco, possivelmente a Usina, em sua defesa, irá opor exceção de incompetência territorial, alegando que a prestação de serviços ocorreu exclusivamente no interior de São Paulo, onde fica a sede da empresa, pelo que deve incidir o *caput* do art. 651 CLT. Por cautela, a Usina também demonstrará que o § 3º do art. 651 da CLT não pode ser aplicado ao caso, afinal os empregados foram contratados no interior de São Paulo, sendo

este também o local da prestação de serviços. Ora, se o local da contratação coincide com aquele da prestação de serviços, o § 3º do art. 651 da CLT perde o seu fato gerador. O advogado do excepto (reclamante), quando for se pronunciar sobre a exceção de incompetência territorial, deverá levantar a tese da pré-contratação, falando dos arts. 48 do CDC e 427 do CCB. Dirá que os empregados foram “pré-contratados” em Pernambuco e prestaram serviços em São Paulo, requerendo a aplicação do § 3º do art. 651 da CLT, afirmando, com vigor, que esta norma garante ao obreiro o ajuizamento da ação no local da “pré-contratação”, da contratação ou da prestação de serviços, demonstrando que se trata de preceito de lei que merece interpretação extensiva, pois nasceu com o escopo de proteger a parte mais frágil da relação e a sua acessibilidade à Justiça.

Lei do Pavilhão ou da Bandeira

Encontra-se na Convenção de Havana, ratificada mediante o Decreto 18.871/1929, conhecido por Código de Bustamante. Não estamos discutindo a competência territorial, pois ela já está definida no art. 651 da CLT. Nesse tópico, a exemplo da previsão contida no inciso II do art. 3º da Lei 7.064/1982 (trabalhador transferido para laborar no exterior), o debate envolve a legislação trabalhista a ser aplicada.

Segundo a Lei do Pavilhão, a legislação a ser aplicada às relações de trabalho da tripulação de navios deve ser a do local da matrícula da embarcação. A regra, contudo, não é absoluta, comportando exceções, a depender do caso. Significa dizer que a Lei do Pavilhão (ou Lei da Bandeira) não é o critério definitivo em matéria de aplicação da legislação trabalhista. À luz dos princípios norteadores do direito laboral pátrio, o jurista sempre vai enxergar a existência de relação de emprego entre o tripulante (empregado) e a empresa que explora o navio (“armador”). O empregador, por conseguinte, não é necessariamente o proprietário da embarcação, mas a empresa que a utiliza (art. 2º da CLT). Isso se encontra, inclusive, no Decreto 64.618/1969, art. 3º, que trata das embarcações pesqueiras: “*Considera-se empregador, para os efeitos deste Regulamento, o armador da embarcação pesqueira, seja ou não o proprietário dela*”.

Digamos que Maria seja contratada por uma empresa brasileira para

trabalhar em um navio italiano que vai realizar diversos cruzeiros na Grécia. Maria, brasileira, pode ajuizar reclamação aqui no Brasil, pois não existe norma internacional prevendo o contrário (§ 2º do art. 651 da CLT). A legislação trabalhista a ser aplicada pelo juiz do trabalho é a brasileira, diante da nacionalidade do seu empregador.

Observem que a Lei do Pavilhão, nesse caso, é totalmente desprezada (navio com bandeira italiana), prevalecendo, em detrimento da bandeira, a nacionalidade do “armador” (empresa que explora o navio).

No meu humilde entendimento, a Lei 7.064/1982 hoje é capaz de regular também esse tipo de relação. No exemplo anterior, me arrisco a dizer que Maria foi transferida para laborar no exterior, fazendo jus, portanto, à legislação mais benéfica, considerando cada matéria – art. 3º, II, da citada Lei.

Ainda sobre a Lei do Pavilhão, o art. 9º da CLT resolve, com facilidade, os casos de fraude (navios com “bandeira de aluguel”, visando prejudicar os trabalhadores).

Se o registro do navio traduzir fraude, caracterizada pela “bandeira de favor”, isto é, viaja com determinada bandeira, mas a empresa que o explora pertence a uma nacionalidade diversa, a relação de emprego se estabelece com a empresa exploradora (“armador”) – princípio da primazia da realidade sobre a forma.

6.2. Exceção de Incompetência Territorial – Procedimento e Modelos

O art. 800 da CLT foi muito bem alterado pela Reforma Trabalhista, prevenindo deslocamentos inúteis de reclamados que desejem, preliminarmente, discutir a competência territorial. A nova regra, entretanto, não alterou a previsão contida no *caput* do art. 847 da CLT, ou seja, o reclamado continua podendo opor exceção de incompetência territorial na audiência, inclusive oralmente.

A preclusão consumativa do ato contestatório, prevista no art. 342 do CPC e no § 3º do art. 841 da CLT c/c parágrafo único do art. 847 da CLT, atinge a

contestação e a reconvenção, mas não se irradia à exceção de incompetência territorial, pois tal objeção é um meio de “defesa” do réu e que possui “peça específica”, ou seja, não está inserida na “contestação” (no processo civil, está – inciso II do art. 337 do CPC; no processo do trabalho, não está – art. 800 da CLT). Logo, mesmo já apresentada, sem sigilo, contestação, não precluirá o direito de o reclamado opor exceção de incompetência territorial, ato que poderá ser praticado até mesmo na própria audiência.

Caso o reclamado queira discutir a questão “a distância”, sem se deslocar ao local de tramitação do processo, seu advogado precisará observar o prazo preclusivo para a apresentação da exceção de incompetência territorial, que é de cinco dias, a contar do dia útil imediatamente subsequente ao recebimento da citação. Trata-se de prazo processual, logo, será contado apenas em dias úteis. Esse prazo “não é preclusivo para a apresentação da exceção”. Ele é preclusivo para “a discussão da matéria sem a necessidade de deslocamento do excipiente”.

Juntada aos autos, **sem sigilo**, exceção de incompetência territorial, no prazo de até cinco dias, a contar do dia útil imediatamente subsequente ao da citação, o excipiente (reclamado) não precisará se deslocar, pois o **processo será suspenso e a audiência adiada**, nos termos do § 1º do art. 800 da CLT.

Suspenso o processo e adiada a audiência, os autos serão conclusos ao juiz, que intimará o excepto (reclamante) para manifestação (impugnação) no prazo de cinco dias – § 2º do art. 800 da CLT. O silêncio do excepto resultará na sua ficta confissão dos fatos narrados na exceção.

Caso o juízo entenda necessária a produção de prova oral, será designada audiência específica para esse fim, **com a garantia de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos por carta precatória, no juízo indicado como competente na exceção** – § 3º do art. 800 da CLT.

O novo procedimento de instrução “a distância” da exceção de incompetência territorial deve ser aplicado a todos os ritos processuais (ordinário, sumaríssimo, sumário, inquérito judicial para apuração de falta grave, consignação em pagamento etc.). O art. 852-G da CLT continua vivo, mas deixa de ser absoluto quanto a essa objeção.

O Modelo 01, encontrado ao final do presente Capítulo, trata dessa primeira opção.

No caso de a exceção de incompetência territorial não ter sido ofertada dentro do prazo de cinco dias, o reclamado terá que comparecer à audiência, pois esta não será adiada, podendo o seu advogado juntar a exceção aos autos antes da audiência, com ou sem sigilo, ou até apresentá-la na própria sessão, oralmente, por escrito ou por meio digital.

O Modelo 02, encontrado ao final do presente Capítulo, trata dessa segunda opção.

O art. 800 da CLT, antes da Reforma Trabalhista, fixava prazo de 24h para o excepto impugnar a exceção. Esse prazo desapareceu e o legislador “esqueceu” de fixar um novo. Considerando a mudez legal, o prazo passou a ser judicial, ou seja, será “fixado pelo juiz”. Destarte, apresentada a exceção de incompetência territorial depois dos cinco dias previstos no *caput* do art. 800 da CLT, o magistrado fixará livremente o prazo para o excepto impugnar a defesa indireta. No caso de rito sumaríssimo, incidirá o art. 852-G da CLT, cabendo ao advogado do excepto impugnar a exceção de plano, na própria sessão.

Aplica-se o § 5º do art. 844 da CLT à exceção de incompetência territorial, já que ela integra o complexo defensivo do réu. Sendo assim, ainda que ausente o excipiente (reclamado), se o seu advogado estiver presente à audiência, será aceita a exceção e todos os documentos eventualmente apresentados. Se da citação tiver constado a advertência quanto à cominação da ficta confissão fática, nos termos do § 1º do art. 385 do CPC, a presença do advogado, diante da ausência do excipiente, não será capaz de elidir a dita confissão, tornando inócua a aceitação da exceção, quando então prevalecerão os fatos narrados pelo excepto em sua manifestação. O magistrado, entretanto, na formação do seu convencimento, não se torna “escravo” da confissão ficta, devendo levar em conta todos os elementos que habitam os autos – itens II e III da Súmula 74 do TST.

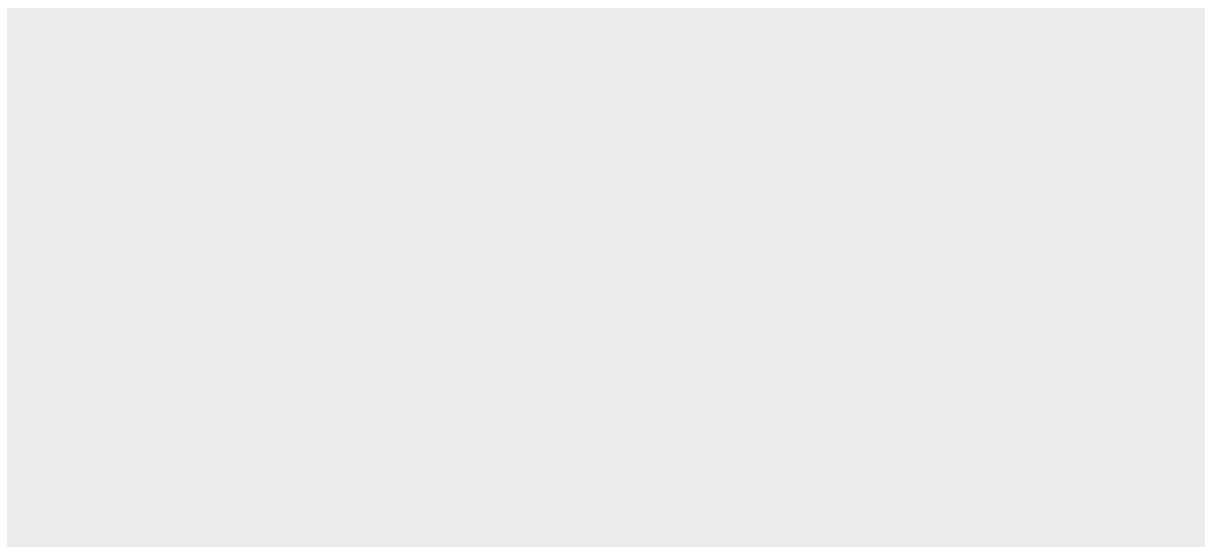
A decisão que acolhe ou rejeita a exceção de incompetência territorial tem

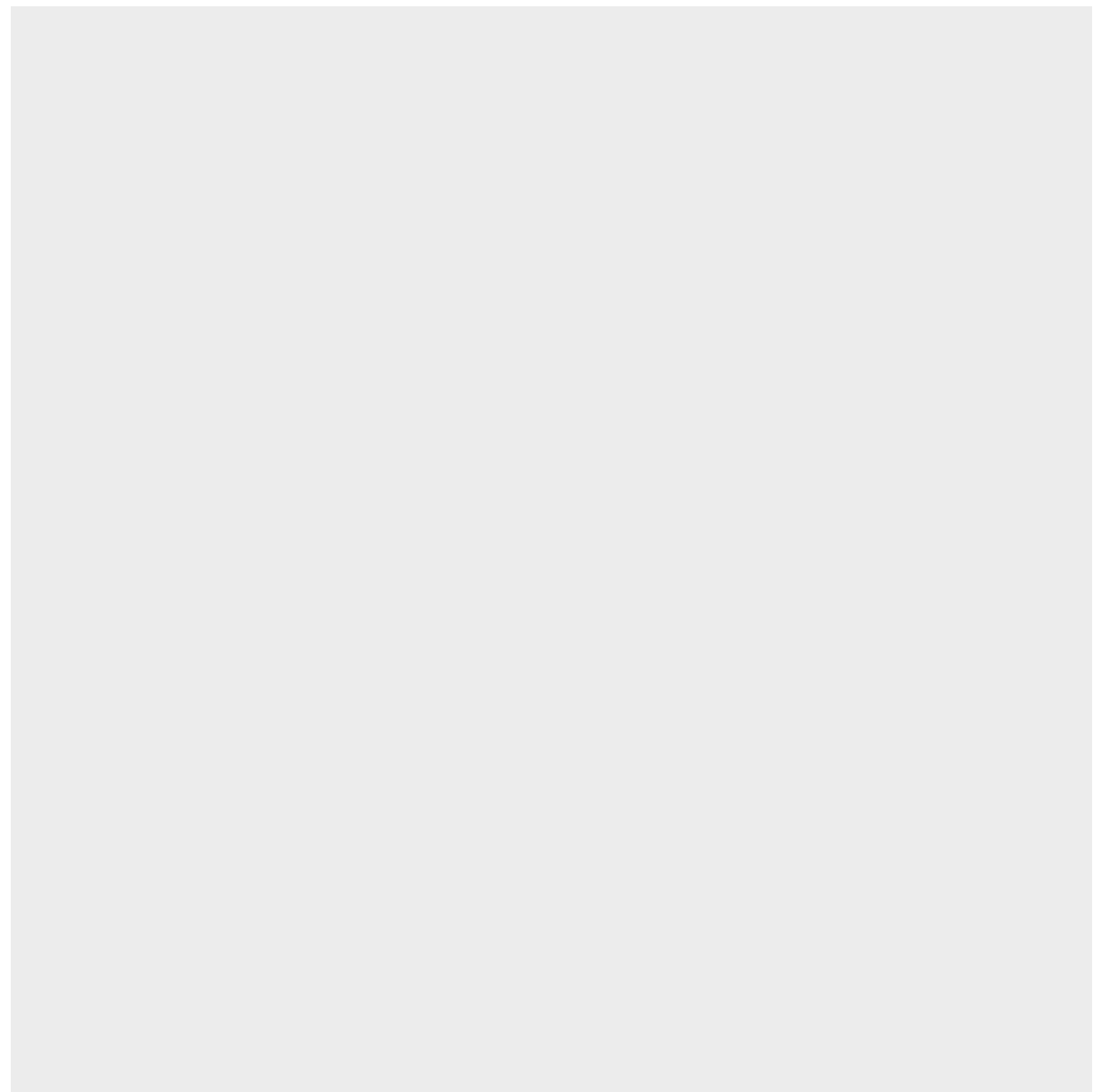
natureza de decisão interlocutória, irrecurável, portanto, de imediato, como dispõe o § 1º do art. 893 da CLT, salvo se o acolhimento da exceção gerar a ordem de remessa dos autos a uma vara do trabalho de TRT diferente, quando, então, o excepto poderá interpor de imediato recurso ordinário, cujo prazo é de oito dias, à luz da consagrada ressalva esculpida na alínea c da Súmula 214 do TST.

*SÚMULA 214 DO TST. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para **Tribunal Regional distinto** daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT. (sem grifos no original)*

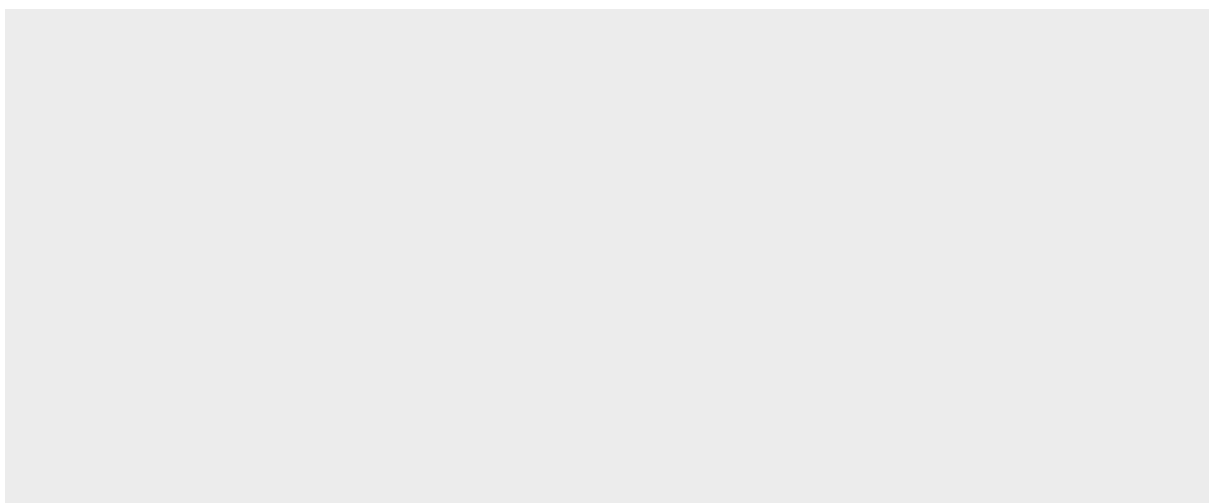
A competência territorial é uma competência relativa, não podendo ser analisada de ofício pelo órgão jurisdicional. Logo, se o reclamado não opuser exceção de incompetência, no prazo do *caput* do art. 847 da CLT, precluirá o seu direito de discutir essa questão – § 5º do art. 337 do CPC.

MODELO 01 – Exceção de Incompetência Territorial oposta até cinco dias da citação





MODELO 02 – Exceção de Incompetência Territorial oposta depois de cinco dias da citação



O CPC de 2015 acabou com as “exceções” de suspeição e de impedimento, mas não suprimiu os motivos que tornam o juiz suspeito ou impedido. O CPC simplificou o procedimento, indicando que a parte alegará o impedimento ou a suspeição em **petição específica** dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas – art. 146 do CPC.

Na legislação processual trabalhista, entretanto, ainda há previsão específica sobre a oposição de Arguição de Suspeição (art. 799, *caput*, da CLT). O silêncio da CLT sobre a Arguição de Impedimento decorre do fato de ela ter sido confeccionada na época do CPC de 1939, que não fazia qualquer distinção entre impedimento e suspeição, cuja separação veio com o CPC de 1973.

Recomendável, ao advogado trabalhista, a continuidade da oposição da exceção, seja de suspeição, seja de impedimento, com base nos motivos discriminados nos arts. 144 (impedimento) e 145 (suspeição) do CPC.

O art. 801 da CLT, pelo fato de ter sido edificado na época do CPC de 1939, mistura motivos de suspeição e impedimento. Prestigiando a boa técnica processual, o CPC deve ser usado pelo advogado, para a caracterização da razão do afastamento do magistrado.

A diferença entre suspeição e impedimento, portanto, tem que ser prestigiada no processo trabalhista, principalmente porque, depois do trânsito em julgado da decisão, cabe ação rescisória no caso de impedimento, mas não cabe no caso de suspeição – inciso II do art. 966 do CPC.

Impedimento é a situação de **caráter objetivo (extrínseco)** que gera

verdadeira presunção *juris et de jure* (absoluta) de parcialidade do juiz. É um vício tão grave que pode afetar a própria coisa julgada (cabe ação rescisória contra sentença proferida por juiz impedido – art. 966, II, do CPC/2015).

A suspeição, por sua vez, é uma conjuntura de **caráter subjetivo (intrínseco)** que gera desconfiança (dúvida; receio) de que o juiz seja parcial. O fato gera uma mera presunção *juris tantum* (relativa) de parcialidade.

O impedimento vem do corpo; a suspeição, da alma.

Não há preclusão para a arguição do impedimento, pois se trata de matéria de ordem pública.

A preclusão, no entanto, paira sobre a arguição de suspeição (parágrafo único do art. 801 da CLT e § 2º, II, do art. 145 do CPC).

O CPC, no art. 146, tratando situações diferentes de forma igual (o que é um absurdo, *data venia*), fixa em 15 dias o prazo para a apresentação da petição (exceção, no nosso caso). Entendo que o impedimento do magistrado pode ser arguido em qualquer grau de jurisdição, a qualquer tempo. Nos casos de suspeição, por outro lado, o oferecimento da petição, no tempo certo, é imprescindível para que não se opere a preclusão.

A alegação de suspeição ou de impedimento do magistrado não é um privilégio do reclamado. O reclamante, evidentemente, também pode se opor ao órgão julgador.

O art. 802 da CLT, construído sob a égide da representação classista, diz que “*a exceção será julgada pelo próprio excepto*” (órgão apontado como impedido ou suspeito).

Não há mais espaço, entretanto, para a aplicabilidade, neste particular, da CLT. O TST, inclusive, já definiu que a competência para julgar exceção de impedimento ou de suspeição contra juiz do trabalho é do TRT. A petição, no entanto, deve ser dirigida ao juiz apontado como suspeito ou impedido. A partir daí, o magistrado pode reconhecer o fato, afastando-se do processo. Caso contrário, o juiz encaminhará a petição (Exceção) ao TRT, após apresentar a sua impugnação (resposta).

Para o TST, portanto, uma vez oposta a arguição de suspeição ou de

impedimento do juiz do trabalho, será aplicado o art. 146 do CPC.

Art. 146. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas.

§ 1º Se reconhecer o impedimento ou a suspeição ao receber a petição, o juiz ordenará imediatamente a remessa dos autos a seu substituto legal, caso contrário, determinará a autuação em apartado da petição e, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentará suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, ordenando a remessa do incidente ao tribunal.

§ 2º Distribuído o incidente, o relator deverá declarar os seus efeitos, sendo que, se o incidente for recebido:

I – sem efeito suspensivo, o processo voltará a correr;

II – com efeito suspensivo, o processo permanecerá suspenso até o julgamento do incidente.

§ 3º Enquanto não for declarado o efeito em que é recebido o incidente ou quando este for recebido com efeito suspensivo, a tutela de urgência será requerida ao substituto legal.

§ 4º Verificando que a alegação de impedimento ou de suspeição é improcedente, o tribunal rejeitá-la-á.

§ 5º Acolhida a alegação, tratando-se de impedimento ou de manifesta suspeição, o tribunal condenará o juiz nas custas e remeterá os autos ao seu substituto legal, podendo o juiz recorrer da decisão.

§ 6º Reconhecido o impedimento ou a suspeição, o tribunal fixará o momento a partir do qual o juiz não poderia ter atuado.

§ 7º O tribunal decretará a nulidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou de suspeição.

O art. 144 do CPC define os casos de **impedimento**. Observem que os motivos são extrínsecos e, principalmente, graves. Diz o artigo que é **vedado** ao juiz exercer suas funções no processo:

1. Em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha.
2. De que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão.
3. Quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive.
4. Quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive.
5. Quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo.
6. Quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes.
7. Em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços.
8. Em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório.
9. Quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

O art. 145 do CPC dispõe que há **suspeição** do juiz:

1. Amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados.

2. Que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio.
3. Quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive.
4. Interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Poderá o juiz declarar-se suspeito por **motivo de foro íntimo**, sem necessidade de declarar suas razões – § 1º do art. 145 do CPC. Quando isso ocorrer, o advogado não deve perguntar ao magistrado qual foi o motivo, pois a intimidade, não só do juiz, mas de qualquer pessoa, é inviolável.

Aplicam-se o impedimento e a suspeição ao membro do MPT, aos auxiliares da justiça (peritos, por exemplo) e aos demais sujeitos imparciais do processo – art. 148 do CPC.

7.1. Modelo de Petição de Arguição de Suspeição (Aplicável ao Impedimento)

EXMO. SENHOR JUIZ DO TRABALHO DA ____ VARA DO TRABALHO DE ____

NOME DO EXCIPIENTE, qualificado nos autos da reclamação trabalhista nº..., em que contende com (*colocar aqui o nome da outra parte*), também já qualificado, vem, por seu advogado ao final firmado, com procuração anexa, opor **ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO** em face do Excelentíssimo Senhor Juiz do Trabalho (*Nome do magistrado*), com fulcro nos arts. 799 e 801 da CLT c/c arts. 144 a 148 do CPC, de acordo com as razões a seguir expostas.

Inicialmente, vale ressaltar que o requerente não tem qualquer restrição à honorabilidade do Magistrado, opondo-se apenas quanto à amizade íntima que este mantém com o reclamante (*ou*

reclamado).

Com efeito, ambos mantêm íntima amizade, tendo trabalhado juntos na mesma empresa, ainda frequentando a casa um do outro, sendo, o reclamante (*ou reclamado*), padrinho do filho do Magistrado.

Não bastasse isso, o reclamante (*ou reclamado*) e o juiz são vizinhos, morando no mesmo prédio.

Pode-se dizer que são compadres, laço afetivo que marca de forte suspeição a pessoa do Magistrado.

Diante do exposto, requer se digne Vossa Excelência reconhecer a suspeição, remetendo os autos ao juiz substituto.

Caso não entenda Vossa Excelência em reconhecer a suspeição, requer sejam remetidos os autos ao E. TRT da ____ Região, para julgamento.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Pede deferimento.

Município..., data...

Advogado..., OAB...

Capítulo 8

RECONVENÇÃO

A reconvenção não foi extinta pelo CPC. Ela continua viva e com a mesma natureza de ação (ação reconvenicional), consagrada no antigo Código. A reconvenção deixou apenas de ser uma “peça apartada”, passando a integrar o corpo da contestação. O reclamado, por conseguinte, caso deseje reconvir, o fará na própria contestação. Isso vale também para o processo do trabalho.

A reconvenção está prevista no art. 343 do CPC, sendo pacífico o entendimento sobre a sua compatibilidade com o processo trabalhista, em que pese a forte resistência de parcela da doutrina e da jurisprudência quanto ao seu uso nos ritos sumário e sumaríssimo, principalmente quando o julgador busca a analogia com a Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais).

Sempre vi com bons olhos a reconvenção, sem distinção entre procedimentos, pois, em sentença única, o juiz poderá decidir pretensões recíprocas. Para o réu, inclusive, a reconvenção serve também como um meio legal de “intimidação” do autor, mostrando que este também corre o risco de ser condenado.

A reconvenção, apesar de inserida no corpo da contestação, não é um meio de “defesa” do réu, porquanto possui “pretensão própria”, tendo natureza de ação (ou, se preferir, pedido contraposto, como dispõe a Lei 9.099/1995), tanto que a desistência da reclamação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção – § 2º do art. 343 do CPC.

O requisito para a admissibilidade da reconvenção está no *caput* do art. 343 do CPC, que reza ser lícito ao réu “propor reconvenção” para manifestar “pretensão própria”, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

A conexão é o requisito principal da ação reconvenicional, podendo ser em relação à ação principal ou em relação à defesa.

A conexão entre a ação principal e a reconvenção nos remete ao art. 55 do CPC, o qual define que duas ou mais ações são conexas quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. A conexão entre a reconvenção e um dos fundamentos da defesa, de outra banda, deve ser interpretada como a pretensão que está “vinculada”, “interligada”, “conectada” com a própria defesa.

Digamos que um empregado foi demitido por justa causa e tenha ajuizado reclamação trabalhista pleiteando a nulidade da demissão e a sua conversão em dispensa imotivada, além do pagamento de verbas rescisórias, horas extras e diferença salarial por acúmulo de funções. Na defesa, a empresa alega que a demissão por justa causa decorreu de prejuízo causado dolosamente pelo obreiro, que teria danificado um equipamento durante o serviço. Nada mais natural ao empregador do que, além de se defender, reconvir, pleiteando ao juiz a condenação do reclamante (reconvindo) no pagamento de indenização por dano material. Há, no caso, conexão entre a reconvenção e um dos fundamentos da defesa.

A conexão, como pressuposto da reconvenção, seja quanto à ação principal, seja em relação à defesa, sempre foi mitigada na Justiça do Trabalho.

A contestação, no processo do trabalho, pode ser apresentada na audiência (*caput* do art. 847 da CLT), logo, a reconvenção também poderá ser ofertada, no corpo da contestação, na mesma audiência, oportunidade em que o juiz suspenderá os trabalhos e marcará nova data, exatamente para que o reclamante, na qualidade de reconvindo, apresente contestação à reconvenção, observando o prazo mínimo de defesa (cinco dias – art. 841 da CLT).

O reclamado pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação, como dispõe o § 6º do art. 343 do CPC. Isso nos leva a refletir sobre a preclusão consumativa do ato contestatório, prevista no art. 342 do CPC, e que se tornou aplicável ao processo trabalhista, quando a contestação for apresentada pelo PJE, sem sigilo, antes da audiência, nos termos do

parágrafo único do art. 847 e do § 3º do art. 841 da CLT. Se o reclamado ofertar contestação sem sigilo antes da audiência, não poderá mais, a partir dali, “deduzir novas alegações”, salvo aquelas restritas questões elencadas nos três incisos do art. 342 do CPC.

Digamos que o reclamado junte aos autos, pelo PJE, sem sigilo, contestação “pura”, ou seja, sem reconvenção, quatro meses antes da data da audiência. Fazendo isso, ele estará instalando a *litiscontestatio*, mediante a estabilização do processo, impedindo a desistência unilateral da ação pelo reclamante e bloqueando a possibilidade de aditamento à petição inicial. Porém, o ato também refletirá no réu, pois, com a apresentação da contestação, operar-se-á a preclusão consumativa do ato contestatório. Poderia, então, depois de apresentada a contestação no PJE, sem sigilo, o reclamado reconvir?

Entendo que não!

A reconvenção não está prevista na legislação processual trabalhista, aplicando-se, conseqüentemente, o art. 343 do CPC, cujo *caput* diz: “*Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa*”. Sendo assim, a melhor interpretação é a de que a preclusão consumativa incidirá sobre toda a “contestação”, ou seja, “sobre todas as alegações que poderiam ser feitas na contestação”. E “novas alegações” não poderão ser “deduzidas” depois da juntada, sem sigilo, da contestação aos autos do PJE – argúcia do *caput* do art. 342 do CPC c/c art. 769 da CLT.

O § 3º do art. 841 da CLT reforça a conclusão, quando usa o termo “contestação”, exatamente para se referir à estabilização do processo. Observem que o legislador, no *caput* do art. 847 da CLT, quando faculta ao réu a prática do ato antes da audiência, já fala em “defesa”, que, tecnicamente, no processo trabalhista, diz respeito à contestação (“pura” ou “com reconvenção”) e à exceção de incompetência territorial.

O § 6º do art. 343 do CPC, mencionado no início da presente abordagem, ratifica a tese de preclusão consumativa, pois diz que o réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação (opção 01), e,

naturalmente, pode ofertar contestação sem reconvenção (opção 02), assim como pode apresentar contestação com reconvenção (opção 03). Feita a opção pelo réu, estará precluso o ato contestatório no sentido lato.

Isso não se aplica, conforme já estudamos, à exceção de incompetência territorial, pois tal objeção é um meio de “defesa” do réu e que possui “peça específica”, ou seja, não está inserida na “contestação” (no processo civil, está – inciso II do art. 337 do CPC; no processo do trabalho, não está – art. 800 da CLT). Logo, mesmo já apresentada, sem sigilo, contestação, não precluirá o direito de o reclamado opor exceção de incompetência territorial, ato que poderá ser praticado até mesmo na própria audiência.

A preclusão consumativa atingirá a contestação no seu todo, incluindo a reconvenção. Podemos dizer que a preclusão consumativa gerada pela oferta de contestação sem reconvenção (sem sigilo), deságua na preclusão temporal da ação reconvenicional, ou seja, na perda da oportunidade de praticar um ato processual (reconvir), já que este deveria corporificar a contestação (art. 334 do CPC). Caso o reclamado junte reconvenção depois de apresentada, sem sigilo, a contestação, aquela peça será excluída dos autos, de ofício ou a requerimento do advogado do reclamante.

O advogado do reclamado tem que ficar atento, pois a preclusão consumativa gerada pela apresentação da contestação sem sigilo pelo PJE resultará na preclusão temporal da reconvenção. Significa dizer que, se a reconvenção não estiver inserida no corpo da contestação, não será admitida a sua apresentação depois de praticado o ato contestatório.

Nas ações dúplices, a reconvenção é compatível, mesmo existindo posições conservadoras que a inadmitem. Comum, na Justiça do Trabalho, a reconvenção em ação de consignação em pagamento, mesmo sendo esta uma ação meramente declaratória e dúplice. Possível também a reconvenção em sede de Inquérito Para Apuração de Falta Grave, não para requerer o retorno ao labor e o pagamento dos salários retroativos, já que essas obrigações derivam de ato *ex officio* do juiz do trabalho, quando da improcedência do inquérito (art. 495 da CLT), mas, por exemplo, para o requerimento de pagamento de indenização por dano moral e/ou material em face da acusação sofrida.

Digamos que o empregador, na petição inicial da ação consignatória, tenha afirmado que o empregado foi demitido por justa causa e se recusou a receber as verbas rescisórias. O empregado, na contestação, pode dizer, inicialmente, que não cometeu falta grave, motivo pelo qual se recusou a receber as verbas, asseverando, já no tópico da reconvenção, que foi acusado injustamente de ter praticado determinado ato, requerendo, por conseguinte, a nulidade da demissão por justa causa e o pagamento de todas as verbas rescisórias, além do pagamento de horas extras, o pagamento de uma indenização por dano moral, entre outros títulos.

O juiz, nesse tipo de caso, liberará em favor do empregado (consignatário/reconvinte) o valor confessado pelo empregador na consignação, a título de “quitação das verbas rescisórias incontroversas” (fato capaz de afastar a aplicação da multa do art. 467 da CLT), continuando, o processo, em razão da reconvenção. A audiência será adiada para que a empresa (consignante/reconvinda) apresente contestação à reconvenção.

Eis um segundo exemplo.

Empregado propõe reclamação trabalhista em desfavor do empregador, pleiteando, por exemplo, o pagamento de horas extras. O empregador, uma vez citado, comparece à audiência e oferta contestação, rebatendo a pretensão de horas extras, apresentando, no corpo da contestação, reconvenção, cobrando uma indenização pelos danos causados pelo empregado (o empregado destruiu um veículo da empresa). Observem que não há conexão entre a ação principal e a reconvenção. Também não há conexão entre a reconvenção e o fundamento da defesa. Mas é comum o juiz do trabalho admitir a reconvenção, por medida de celeridade e economia (não admitida, a empresa no mesmo dia ajuizaria reclamação em desfavor do obreiro).

Há similaridade entre a “compensação” e a “reconvenção”, mas os institutos não se confundem. A compensação fica restrita a verbas de natureza trabalhista (Súmula 18 do TST), não podendo ultrapassar o valor da condenação. A reconvenção não fica restrita a verbas de natureza trabalhista, podendo ultrapassar o valor da condenação da ação principal.

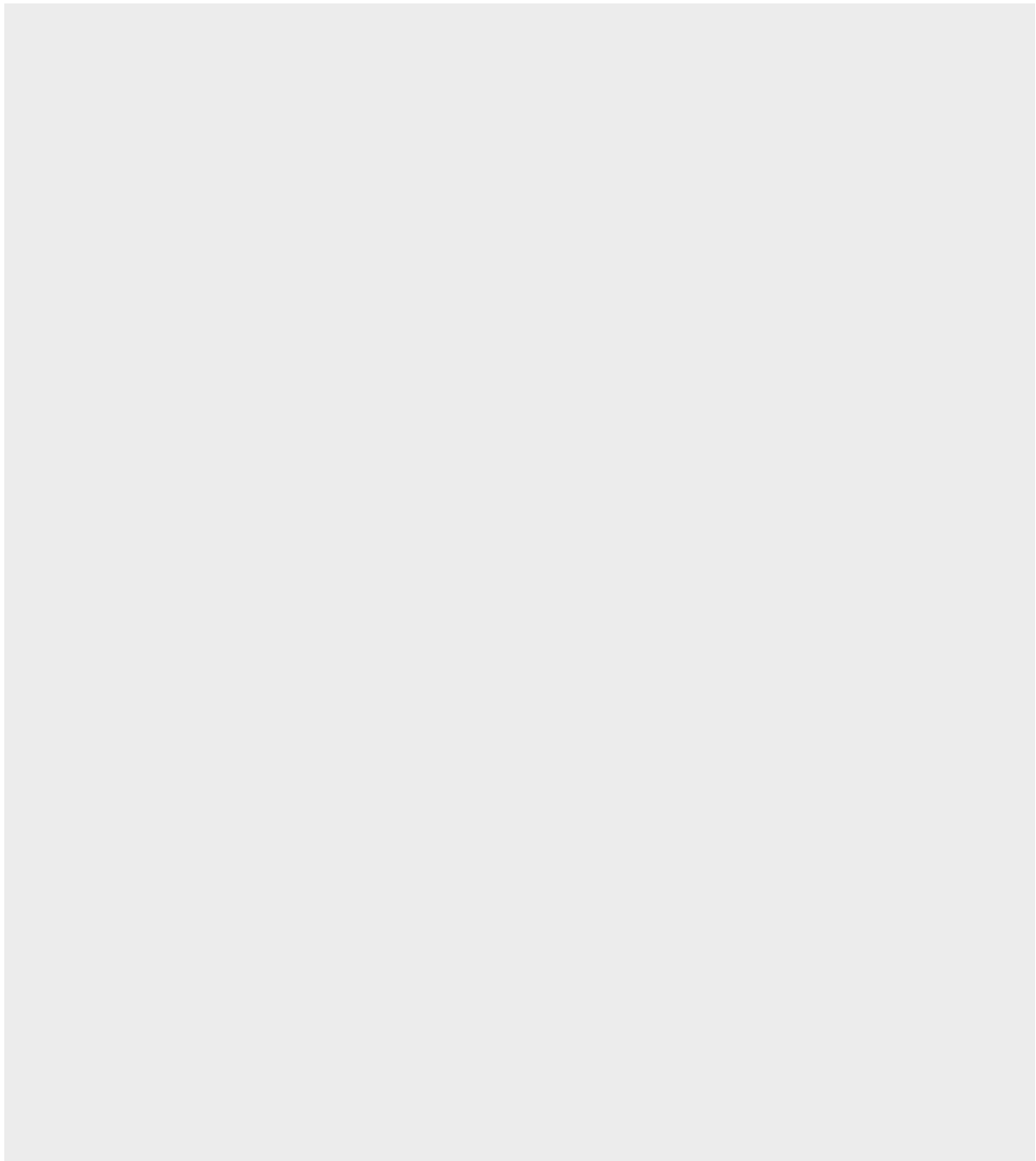
O advogado de defesa deve priorizar a contestação propriamente dita,

arguindo as questões preliminares e, no mérito, suscitando prejudiciais e enfrentando os fatos.

Terminada a “contestação”, deve o advogado destacar que, a partir dali, seu cliente (agora chamado de reconvinte) passará a reconvir, ou seja, narrar os fatos e pedir a condenação do reclamante, que, ali, se transforma em reconvindo.

No cabeçalho, o nome da peça é **Contestação com Reconvenção**.

MODELO



Os recursos são os remédios mais usados para impugnar decisões judiciais, mas não são os únicos, pois existem as ações autônomas de impugnação contra atos decisórios (mandado de segurança, ação rescisória, embargos do devedor, embargos de terceiro etc.).

A sucumbência é o pressuposto maior de um recurso. Significa dizer que o recurso é o instrumento processual que o perdedor (sucumbente) tem à sua disposição para tentar imprimir um novo curso ao processo, seja mediante a anulação da decisão, seja por meio de sua reforma. O prefixo “RE” significa “volta”. Logo, o ato de recorrer nada mais é do que a tentativa de fazer com que o processo volte a correr no sentido oposto.

O recurso de embargos de declaração é uma exceção, pois não tem na sucumbência um requisito para a sua oposição. Mesmo não sendo sucumbente, a parte pode embargar uma determinada decisão, visando suprir omissão, espancar contradição ou esclarecer obscuridade. Importante destacar que qualquer decisão pode ser alvo de embargos de declaração, por aplicação supletiva do art. 1.022 do CPC e com base em inúmeros precedentes jurisprudenciais.

Os recursos, no processo trabalhista, estão previstos nos arts. 893 a 901 da CLT, nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei 5.584/1970, no § 1º do art. 7º da Lei 12.016/2009, no art. 1.021 do CPC/2015 e no inciso III do art. 102 da CF.

São eles:

☐ **Embargos à SDC no prazo de oito dias** (também chamados de **embargos infringentes**) – previstos no **art. 894, I, a, da CLT** (a alínea *c* do inciso II do art. 2º da Lei 7.701/1988 não deve ser mais utilizada, pois a CLT está mais completa, diante da nova redação

dada pela Lei 11.496/2007 ao art. 894).

Embargos à SDI no prazo de oito dias (também chamados de **embargos de divergência**) – previstos do **art. 894, II, da CLT** (a alínea *b* do inciso III do art. 3º da Lei 7.701/1988 não deve ser mais utilizada, pois a CLT está mais completa, diante da nova redação dada pela Lei 13.015/2014 ao art. 894).

Recurso ordinário no prazo de oito dias contra decisão terminativa (quando o juiz poderá se retratar no prazo de cinco dias – § 7º do art. 485 do CPC c/c item VIII do art. 3º da IN 39/2016) ou definitiva proferida por juiz do trabalho ou juiz de direito investido em jurisdição trabalhista – previsto no **art. 895, I, da CLT**.

Recurso ordinário no prazo de oito dias contra decisão que julgar liminarmente improcedente o pedido, cabendo, no caso, juízo de retratação no prazo de cinco dias – previsto nos **§§ 2º a 4º do art. 332 do CPC e no art. 7º da IN 39/2016 do TST**.

Recurso ordinário no prazo de oito dias contra decisão que julgar antecipada e parcialmente o mérito – previsto no **art. 356 do CPC (inaplicável seu § 5º) e no o art. 5º da IN 39/2016 do TST**.

Recurso ordinário no prazo de oito dias contra decisão terminativa (quando o órgão julgador poderá se retratar no prazo de cinco dias – § 7º do art. 485 do CPC c/c item VIII do art. 3º da IN 39/2016) ou definitiva proferida por TRT, em processos de sua competência originária – previsto no **art. 895, II, da CLT**.

Recurso ordinário no prazo de oito dias contra decisão que acolhe exceção de incompetência territorial e determina a remessa dos autos a uma vara do trabalho de TRT diferente – previsto na **Súmula 214, c, do TST c/c o art. 799, § 2º, da CLT**.

Recurso de revista no prazo de oito dias – previsto no **art. 896 da CLT**.

Agravo de petição no prazo de oito dias para atacar decisão proferida na fase de execução, incluindo a decisão que apreciar o

incidente de desconconsideração da personalidade jurídica – previsto no **art. 897, a, da CLT e no inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT.**

Agravo de instrumento no prazo de oito dias para atacar decisão denegatória de seguimento a recurso, salvo o extraordinário – previsto no **art. 897, b, da CLT.**

Agravo inominado (ou apenas “agravo”) no prazo de 15 dias para atacar decisão denegatória de seguimento a recurso extraordinário – previsto no **art. 1.042 do CPC, no § 5º do art. 1.003 do CPC e no § 1º do art. 1.030 do CPC.**

Agravo de instrumento no prazo de 15 dias para atacar decisão que concedeu ou denegou liminar em mandado de segurança de competência do juiz do trabalho ou de juiz de direito investido em jurisdição trabalhista – previsto no **§ 1º do art. 7º da Lei 12.016/2009 e no § 5º do art. 1.003 do CPC.**

Agravo interno (ou agravo regimental) no prazo de oito dias para atacar decisão monocrática de desembargador de TRT ou ministro relator do TST, inclusive no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica – previsto no **art. 1.021 do CPC, no inciso III do § 1º do art. 855-A da CLT e no art. 6º da Lei 5.584/1970.**

Agravo interno (ou agravo regimental) no prazo de cinco dias para atacar decisão monocrática de ministro do STF, incluindo a denegatória de seguimento a recurso extraordinário – previsto no **art. 317 do Regimento Interno do STF e na parte final do caput do art. 1.021 do CPC.**

Embargos de declaração no prazo de cinco dias – previsto no **art. 897-A da CLT e nos arts. 1.022 a 1.026 do CPC.**

Pedido de revisão do valor da causa no prazo de 48 horas exclusivamente para o rito sumário (ou “de alçada”) – previsto no **§ 1º do art. 2º da Lei 5.584/1970.**

9.1. Princípio do Efeito Devolutivo

Ao contrário do que ocorre no processo comum, no processo do trabalho os recursos não possuem, em regra, efeito suspensivo. A exceção fica por conta dos recursos em dissídios coletivos (art. 7º, §§ 2º e 6º e art. 9º da Lei 7.701/1988).

Podemos dizer que a inexistência, como regra, de efeito suspensivo é um princípio do processo trabalhista. Observem a regra do *caput* do art. 899 da CLT: “*Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora*”.

No art. 896 da CLT (recurso de revista), o § 1º assim decreta: “*O Recurso de Revista, dotado de efeito apenas devolutivo (...)*”.

O art. 897, § 2º, da CLT, não deixa por menos: “*O agravo de instrumento interposto contra o despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução da sentença*”.

Em dissídios individuais, para obter efeito suspensivo a recurso, o recorrente tem que pleitear, nas razões do recurso, a concessão de tutela provisória de urgência de natureza cautelar, demonstrando a necessidade de suspensão dos efeitos da decisão (probabilidade do direito e perigo de dano). Neste sentido o item I da Súmula 414 do TST.

SÚMULA 414 DO TST. MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 217/2017, DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017.

I – A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015.

II - No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em

face da inexistência de recurso próprio.

III - A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão ou o indeferimento da tutela provisória.

Nos **dissídios coletivos**, a Lei 7.701/1988 (art. 7º, §§ 2º e 6º e art. 9º) prevê a possibilidade de o presidente do tribunal conceder, mediante requerimento do recorrente, efeito suspensivo a recurso, pelo prazo improrrogável de 120 dias.

9.2. Princípio da Irrecorribilidade Imediata das Decisões Interlocutórias

As decisões interlocutórias são aquelas que resolvem questões incidentais (deferimento ou indeferimento de: contradita de testemunhas; requerimento de juntada de “documento novo”; pedido de adiamento da audiência; concessão de tutela provisória de urgência ou medida liminar etc.).

O processo é o instrumento que o Estado-Juiz possui para pacificar (solucionar) os conflitos oriundos das relações jurídicas. Ele é constituído de uma sucessividade de atos (atos processuais). O processo tem um caminho a percorrer e, no seu caminhar, pode encontrar obstáculos, chamados incidentes processuais. Essas “barreiras” encontradas pelo processo, durante sua marcha em direção à “decisão final”, são removidas pelas decisões interlocutórias.

No processo trabalhista, as decisões interlocutórias são, em regra, irrecoríveis de imediato, como reza o art. 893, § 1º, da CLT, particularidade responsável pela tão famosa celeridade atribuída ao processo laboral.

O TST, mediante o § 1º do art. 1º da IN 39/2016, diante da chegada do CPC/2015, ratificou o império, no processo trabalhista, do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Na Lei 12.016/2009, que regula o mandado de segurança, encontramos uma exceção, especificamente no § 1º do art. 7º: “*Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento.*” Logo, no caso de mandado de segurança de competência do

juiz do trabalho (primeira instância), contra a decisão interlocutória que deferir ou indeferir o pedido de concessão de liminar cabe agravo de instrumento, a ser interposto no juízo de origem (IN 16/1999 do TST), que poderá modificar a decisão (juízo de retratação), mas será julgado pelo TRT (segunda instância), caso o juízo *a quo* não reconsidere a deliberação. Neste sentido, ainda, a Súmula 20 do TRT da 6ª Região: “*Contra decisão que aprecia liminar em mandado de segurança, ajuizado em primeiro grau, cabe agravo de instrumento, previsto no artigo 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009, a ser interposto no juízo de origem.*” Entendo que o prazo para esse agravo de instrumento é o do CPC, ou seja, 15 dias, já que não se trata de um agravo de instrumento trabalhista, previsto no art. 897, *b*, da CLT, usado apenas para atacar decisão denegatória de seguimento a recurso, mas sim do agravo de instrumento consagrado no inciso I do art. 1.015 do CPC, voltado contra decisão interlocutória sobre tutela provisória, tornando inaplicáveis também o § 2º do art. 1º da IN 39/2016 e o art. 6º da Lei 5.584/1970. **Na prática, todavia, o advogado não deve correr riscos, aconselhando-se, por extrema cautela, a interposição, se possível, no prazo de oito dias.** Afinal, o profissional, diante de discussões doutrinárias, abraçará sempre a tese que seja capaz de resguardar o direito do seu cliente.

Caso o mandado de segurança seja de competência originária de tribunal (TRT ou TST atuando como órgão de primeira instância), contra a decisão interlocutória que deferir ou indeferir o pedido de concessão de liminar, proferida pelo relator (desembargador ou ministro), cabe de imediato, no prazo de oito dias, agravo interno (ou agravo regimental), que será julgado pelo colegiado (turma ou seção), observando-se as regras do regimento interno do respectivo tribunal quanto a seu processamento (parte final do *caput* do art. 1.021 do CPC). A previsão está no parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009: “*Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.*” O prazo de oito dias se justifica em razão do comando contido no próprio art. 1.021 do CPC, de que o agravo interno será processado de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, tornando-se, assim, um recurso tipicamente trabalhista – aplicáveis o § 2º do art. 1º da IN 39/2016 e o art. 6º da Lei 5.584/1970.

Muito cuidado com a Súmula 622 do STF, fulminada pelo parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009. Ela diz ser incabível agravo regimental (intitulado, pelo CPC, de agravo interno – art. 1.021) contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança. Interessante é que nem o parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009 foi capaz de levar o STF a cancelar o citado precedente (a Súmula 622 do STF foi publicada em outubro de 2003, antes, portanto, da entrada em vigor da “nova lei do *mandamus*” – Lei 12.016/2009). Tudo indica que o CPC também não afetará a superada Súmula 622 do STF.

Na Súmula 214 do TST encontramos três exceções ao princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Nas duas primeiras ressalvas ao princípio (alíneas *a* e *b*), o recurso cabível é o agravo interno (ou agravo regimental). Na alínea *c*, entretanto, encontramos uma decisão interlocutória proferida por juiz do trabalho – acolhimento de exceção de incompetência territorial que gera a ordem de remessa dos autos para vara do trabalho de outro TRT. Cabível, no caso, recurso ordinário, que será julgado pelo TRT do juiz que acolheu a exceção. A citação, na alínea *c* da Súmula 214 do TST, do § 2º do art. 799 da CLT, reforça o entendimento daqueles que enxergam nesse tipo de decisão natureza de “decisão terminativa do feito” e não de “decisão interlocutória típica”, razão pela qual o recurso ordinário, indubitavelmente, é o remédio cabível, à luz do art. 895, I, da CLT.

A decisão denegatória de seguimento a recurso também é apontada como decisão interlocutória que desafia recurso de imediato. De fato, cabe contra ela agravo de instrumento, à luz do art. 897, *b*, da CLT, quando proferida pelo juízo *a quo* (primeiro juízo de admissibilidade). Caso a decisão denegatória seja da lavra do juízo *ad quem* (segundo juízo de admissibilidade), o recurso cabível será o agravo interno (ou agravo regimental) previsto no art. 1.021 do CPC.

Sempre é bom lembrar que os embargos de declaração também podem ser usados, antes do agravo de instrumento ou do agravo interno, para tentar reverter decisão denegatória de seguimento a recurso, desde que a decisão seja fruto de um manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade (parte final do *caput* do art. 897-A da CLT).

O princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias tem como premissa a celeridade processual, mas não pode violar o princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV, da CF. O pressuposto para sua incidência é o fato de que será prolatada, depois das decisões interlocutórias, decisão final (definitiva ou terminativa), que desafiará recurso específico, em que o recorrente poderá impugnar, até, aquelas decisões que resolveram incidentes processuais (art. 893, § 1º, da CLT). Sendo assim, caso determinada decisão interlocutória seja proferida sem que exista qualquer possibilidade de futuramente ser prolatada outra decisão considerada definitiva ou terminativa, ela desafiará de imediato o recurso. É o que acontece, por exemplo, com o acolhimento pelo juízo da execução de exceção de pré-executividade, cuja decisão pode ser atacada pelo exequente mediante agravo de petição (decisão de natureza terminativa), de imediato, no prazo de oito dias. Porém, se a exceção de pré-executividade for rejeitada, nenhum recurso será admitido de imediato, porquanto poderá o executado, diante da rejeição e depois de garantida a dívida, opor embargos à execução – art. 884 da CLT. Da decisão que apreciar os embargos, aí sim caberá agravo de petição.

O CPC (arts. 133 a 137) regulamentou o procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica, que deixou de ser exclusividade do processo executório, podendo incidir na fase de conhecimento, até mesmo quando o reclamante, na própria petição inicial, já inclui a pessoa jurídica e seus sócios (pessoas físicas) no polo passivo, formando um litisconsórcio. Com a Reforma Trabalhista, os arts. 133 a 137 do CPC passaram a ser aplicados, em sua integralidade, ao processo do trabalho, mediante previsão contida no art. 855-A da CLT (incluído pela Lei 13.467/2017).

O art. 6º da IN 39/2016 do TST já considerava aplicável ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, porém, uma previsão da referida IN ruiu com a Reforma Trabalhista. Estou falando da “possibilidade de o juiz do trabalho, na fase de execução, instaurar de ofício o incidente”. **Isso acabou.** O art. 855-A da CLT, ao determinar a incidência dos arts. 133 a 137 do CPC sobre o processo laboral afastou qualquer possibilidade de “desconconsideração *ex officio*”. Assim sendo, a

instauração do incidente, quer na fase de conhecimento, quer na fase de execução, fica condicionada à iniciativa da parte interessada. Preciso registrar, por respeito ao leitor, que o art. 13 da IN 41/2018 do TST terminou por aplicar, por analogia, a previsão constante no art. 878 da CLT ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica na **fase de execução**, dispondo que, no caso de o exequente não possuir advogado, o juiz do trabalho poderá instaurar de ofício o incidente (os comentários à IN 41/2018 do TST estão no Capítulo 22 desta obra).

Caso ocorra na fase de conhecimento, a decisão que acolher ou rejeitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é irrecurável de imediato (inciso I do § 1º do art. 855-A da CLT e § 1º do art. 893 da CLT). Caso a decisão seja proferida na fase de execução, cabe agravo de petição no prazo de oito dias, independentemente de garantia do juízo (inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT). Caso a decisão seja proferida por desembargador (TRT) ou ministro (TST) relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal, cabe agravo interno no prazo de oito dias (inciso III do § 1º do art. 855-A da CLT *c/c caput* do art. 1.021 do CPC e regimentos internos dos tribunais trabalhistas). Todos esses recursos estarão irradiados pela suspensão do processo, provocada pela instauração do incidente, à luz do § 2º do art. 855-A da CLT e do § 3º do art. 134 do CPC. A suspensão não ocorrerá quando a desconsideração for requerida na própria petição inicial, nos termos da parte final do § 3º do art. 134 do CPC *c/c caput* do art. 855-A da CLT. De qualquer sorte, o § 2º do art. 855-A da CLT assevera que a suspensão não prejudica o pleito específico de concessão da tutela provisória de urgência de natureza cautelar.

Na fase de conhecimento, o art. 332 do CPC prevê a possibilidade de o juiz, antes mesmo da citação ao réu, julgar liminarmente improcedente o pedido. Contra essa decisão cabe recurso ordinário no prazo de oito dias, sendo possível o juízo de retratação no prazo de cinco dias – §§ 2º a 4º do art. 332 do CPC *c/c* o art. 7º da IN 39/2016 do TST.

Ainda na fase de conhecimento, o CPC nos brindou com outra novidade. O juiz pode julgar antecipada e parcialmente o mérito da causa. Caberá, contra a decisão, recurso ordinário, no prazo de oito dias – art. 356 do CPC

(inaplicável o seu § 5º, que prevê o cabimento de agravo de instrumento) c/c o art. 5º da IN 39/2016 do TST.

No rito sumário, o juiz fixará o valor da causa “quando a petição inicial for omissa” (art. 2º da Lei 5.584/1970). Fixado, pelo juiz, o valor da causa, ante a omissão da exordial, a quantia poderá ser impugnada por uma ou ambas as partes. A impugnação será ofertada oralmente, quando das razões finais – vide § 1º do art. 2º da Lei 5.584/1970. Caso o juiz mantenha o valor, rejeitando a impugnação (ou as impugnações), surge a possibilidade de interposição imediata de recurso (típica exceção ao “princípio da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias”, previsto no § 1º do art. 893 CLT). Trata-se de um recurso exclusivo do rito sumário, chamado de “Pedido de Revisão do Valor da Causa”, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei 5.584/1970, com prazo para interposição de 48 horas, diretamente no TRT.

Na execução, uma vez elaborada a conta e tornada líquida a sentença, exequente e executado serão intimados para, no prazo de oito dias, impugnar a decisão de liquidação, nos termos do § 2º do art. 879 da CLT (redação dada pela Lei 13.467/2017). Existindo verba de natureza remuneratória na decisão exequenda, a União também será intimada para, no prazo de dez dias, impugnar os cálculos previdenciários, como dispõe o § 3º do art. 879 da CLT. O juiz, diante das impugnações (ou da impugnação, caso apenas uma parte se manifeste), proferirá decisão tipicamente interlocutória, visto que estará apenas resolvendo uma questão incidental (o epíteto usado na parte final do § 3º do art. 884 da CLT – “sentença de liquidação”, desde 1954, é fruto de um grave erro do nosso legislador). Contra essa decisão cabe agravo de petição. A minha conclusão tem por base dois pontos. O primeiro diz respeito à manutenção do § 1º do art. 897 da CLT, que exige do agravante, como pressuposto de admissibilidade do agravo, a *delimitação dos valores impugnados*. Ora, se a delimitação dos valores é pressuposto para o processamento do agravo e a discussão sobre cálculos encerra-se na decisão que julgar as impugnações, não há como afastar o imediato cabimento do agravo. O segundo nasce da seguinte pergunta: “Se não admitirmos o agravo de petição de imediato, como ficará o direito de o credor recorrer contra a

decisão que julgou as impugnações no caso de o devedor não oferecer embargos à execução, depois de garantir o juízo?”. Ora, com a nova redação do § 2º do art. 879 da CLT, não há mais espaço, salvo na execução contra a Fazenda Pública, para discussão sobre cálculos em sede de embargos à execução, fato que torna imprescindível a recorribilidade imediata da decisão de julgamento das impugnações. Assim sendo, a Reforma Trabalhista gerou uma nova exceção ao princípio da irreCORribilidade imediata das decisões interlocutórias e revogou tacitamente o já fragilizado § 3º do art. 884 da CLT.

Para não dizer que não falei das flores, os embargos de declaração podem ser usados para suprir os vícios da omissão, da contradição e/ou da obscuridade de uma típica decisão interlocutória. O Novo CPC merece todos os elogios, neste aspecto, pois é enfático ao consagrar o cabimento de embargos de declaração contra qualquer decisão judicial (*caput* do art. 1.022), bem diferente do CPC/1973 e do *caput* do art. 897-A da CLT. Doutrina e jurisprudência já haviam se rebelado contra a injustificável restrição contida no CPC/1973, sendo certo que os precedentes respaldavam o uso dos embargos declaratórios contra qualquer decisão, antes mesmo do início da vigência do Novo CPC. Isso não afasta os merecidos louvores ao *caput* do art. 1.022 do CPC/2015: “*Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...]*”. A larga abrangência deve ser observada no processo trabalhista.

Resumindo as situações especiais:

- ✓ No caso de mandado de segurança de competência do juiz do trabalho, contra a decisão interlocutória que deferir ou indeferir o pedido de concessão de liminar cabe agravo de instrumento – art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009.
- ✓ No caso de mandado de segurança de competência originária de tribunal, contra a decisão interlocutória que deferir ou indeferir o pedido de concessão de liminar cabe agravo interno (ou “agravo regimental”) – art. 16, parágrafo único, da Lei 12.016/2009.
- ✓ Na Súmula 214 do TST encontramos três exceções ao princípio da irreCORribilidade imediata das decisões interlocutórias. Nas duas

primeiras ressalvas (alíneas *a* e *b* da referida Súmula), o recurso cabível é o agravo interno (ou “agravo regimental”). Na alínea *c* cabe recurso ordinário.

- ✓ A decisão denegatória de seguimento a recurso também é uma decisão interlocutória que desafia recurso de imediato. Cabe contra ela agravo de instrumento, quando proferida pelo juízo *a quo* (primeiro juízo de admissibilidade). Caso a decisão denegatória seja da lavra do juízo *ad quem* (segundo juízo de admissibilidade), o recurso cabível será o agravo interno (ou “agravo regimental”). Os embargos de declaração também podem ser usados, antes do agravo de instrumento ou do agravo interno, para tentar reverter decisão denegatória de seguimento a recurso, “desde que a decisão seja fruto de um manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade”.
- ✓ No acolhimento de exceção de pré-executividade, a decisão interlocutória pode ser atacada pelo exequente mediante agravo de petição. Caso a exceção de pré-executividade seja rejeitada, nenhum recurso será admitido de imediato.
- ✓ Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente de descon sideração da personalidade jurídica na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo – inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT. Caso a decisão ocorra na fase de conhecimento, não cabe recurso de imediato – inciso I do § 1º do art. 855-A da CLT. Se a decisão tiver sido proferida monocraticamente pelo relator (TRT ou TST), em incidente instaurado originariamente no tribunal, cabe agravo interno, independentemente da fase do processo – inciso III do § 1º do art. 855-A da CLT c/c art. 1.021 do CPC.
- ✓ Da decisão interlocutória que julgar as impugnações aos cálculos de liquidação (§§ 2º e 3º do art. 879 da CLT), cabe agravo de petição de imediato.
- ✓ Contra decisão de juiz do trabalho que julgar liminarmente

improcedente o pedido cabe recurso ordinário de imediato.

- ✓ Contra decisão de juiz do trabalho que julgar antecipada e parcialmente o mérito da causa cabe recurso ordinário de imediato.
- ✓ Fixado, no rito sumário, pelo juiz, o valor da causa, ante a omissão da exordial, a quantia poderá ser impugnada por uma ou por ambas as partes, em razões finais. Caso o juiz mantenha o valor, cabe o recurso intitulado “Pedido de Revisão do Valor da Causa”.
- ✓ Qualquer decisão interlocutória pode ser objeto de embargos de declaração, para suprir os vícios da omissão, da contradição e/ou da obscuridade – *caput* do art. 1.022 do CPC c/c art. 9º da IN 39/2016 do TST.

9.3. Pressupostos de Admissibilidade

Um recurso, para ser julgado, precisa, inicialmente, ser admitido (conhecido). Para ser conhecido, o recurso precisa atender a determinados pressupostos, genéricos e específicos.

Os pressupostos genéricos são aqueles exigidos de todo e qualquer recurso. Os pressupostos específicos são exigidos de “alguns recursos”. A tempestividade (protocolar o recurso dentro do prazo definido em lei), por exemplo, é um pressuposto de admissibilidade genérico. O prequestionamento, por sua vez, é um pressuposto de admissibilidade específico dos recursos de natureza extraordinária (recurso de revista, embargos de divergência e recurso extraordinário).

Os pressupostos de admissibilidade são divididos em pressupostos subjetivos (intrínsecos) e pressupostos objetivos (extrínsecos). Vamos estudar cada um deles a partir de agora.

Legitimidade (pressuposto intrínseco)

O recurso pode ser interposto por quem é titular da relação jurídica discutida em juízo ou por quem está autorizado expressamente em lei para tanto. É o que reza o art. 996 do CPC. O recurso, portanto, pode ser interposto pelas partes, pelo Ministério Público do Trabalho (na condição de parte ou de

fiscal da lei) e até mesmo por um terceiro prejudicado pela decisão.

O chamado “recurso *ex officio*” (remessa necessária), previsto no art. 496 do CPC e na Súmula 303 do TST, não é um recurso, mas sim uma mera condição de eficácia da sentença.

A legitimidade é um típico pressuposto intrínseco de admissibilidade recursal.

Interesse (pressuposto intrínseco)

O interesse está diretamente ligado à sucumbência. Recorrendo, o derrotado, imediatamente, evita o trânsito em julgado da decisão, e, mediamente, abre a possibilidade de obter a anulação ou a reforma da decisão que não lhe foi favorável. Daí o nome “RE” “CURSO” (tentativa de dar um novo curso, uma nova trilha, um novo caminho, uma nova direção ao processo). A sucumbência pode ser recíproca. Ocorrendo reciprocidade na sucumbência, ambas as partes poderão recorrer.

Em caso de sucumbência recíproca, nasce a possibilidade de interposição de recurso na forma adesiva (art. 997, §§ 1º e 2º, do CPC e Súmula 283 TST).

O “recurso adesivo” pode ser interposto quando: (1) ocorrer sucumbência recíproca e (2) apenas uma das partes tiver recorrido.

O TST admite o uso do recurso adesivo em cinco recursos trabalhistas: Recurso Ordinário; Recurso de Revista; Agravo de Petição; Embargos de Divergência; Embargos Infringentes (Súmula 283 do TST). Apesar de a Súmula 283 do TST ser omissa, também cabe recurso na forma adesiva em sede de Recurso Extraordinário.

O advogado não deve nominar o recurso na forma adesiva apenas com o epíteto “RECURSO ADESIVO”. Ele deve qualificar o recurso. Digamos que o advogado deseje recorrer adesivamente a um recurso ordinário. O recurso chamar-se-á “RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO”.

O interesse recursal pode não residir necessariamente na mera sucumbência. É o caso, por exemplo, do recurso de embargos de declaração, quando o embargante pretende libertar a decisão dos vícios da omissão e/ou da contradição e/ou da obscuridade, mesmo sendo ele, embargante, vencedor

na causa.

O interesse é um pressuposto intrínseco de admissibilidade.

Capacidade (pressuposto intrínseco)

A capacidade recursal também é um pressuposto intrínseco de fácil visualização.

A capacidade processual é um pressuposto de validade do processo e o recurso é um desdobramento do direito de ação. Com base nisso, digamos que a reclamação tenha como autor um empregado menor de 18 anos de idade. Nos termos do art. 793 da CLT, esse reclamante, apesar de ter “capacidade de ser parte”, não tem capacidade de estar em juízo, ou seja, **não tem capacidade processual**, que é a aptidão para agir em juízo. Daí a necessidade de ele estar assistido por um representante legal e, na falta deste, pelo MPT, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou por um curador nomeado em juízo. Observem que a capacidade postulatória do seu advogado, devidamente constituído, não supre a capacidade processual.

9.3.1. Comentários a Dois Pressupostos que Geram Discussão quanto à Classificação

Cabimento (recorribilidade do ato) e Adequação

Alguns doutrinadores classificam o “cabimento” (recorribilidade do ato) e a “adequação” como pressupostos intrínsecos de admissibilidade. Não vislumbro assim, entendendo que são típicos pressupostos extrínsecos.

Um exemplo clássico do “cabimento” é o das decisões interlocutórias. À luz dos arts. 893, § 1º, e 799, § 2º, da CLT, as decisões interlocutórias são, em regra, irrecorríveis de imediato (três exceções estão previstas nas alíneas da Súmula 214 do TST).

Digamos que o juiz acolheu a contradita suscitada pelo advogado do reclamado, dispensando a oitiva da única testemunha convidada pelo reclamante. Caso o advogado deste interponha recurso ordinário contra a decisão, o recurso, evidentemente, não será conhecido, exatamente pela ausência do cabimento recursal (possibilidade de recorrer de imediato contra

a decisão; recorribilidade do ato).

Um segundo exemplo do “cabimento” vem do termo de conciliação judicial homologado por juiz do trabalho. Já estudamos que o termo conciliatório transita em julgado, para reclamante e reclamado, no momento de sua homologação, só podendo ser atacado, pelas partes, mediante ação rescisória – art. 831, parágrafo único, da CLT c/c Súmulas 259 e 100, V, do TST. Caso uma das partes recorra, o recurso não será conhecido, exatamente por ser incabível (ato irrecurável).

No que diz respeito à adequação do recurso (cada decisão atrai um recurso específico), o “princípio da fungibilidade recursal” vem diminuindo o impacto desse pressuposto, à luz, por exemplo, do art. 188 do CPC: *“Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”*.

A fungibilidade prestigia a equidade, a razoabilidade, a ampla defesa, a boa-fé, a proporcionalidade, e, naturalmente, a previsão contida no art. 8º do CPC. A Súmula 421 do TST traduz um bom exemplo da aplicação prática do princípio da fungibilidade.

A fungibilidade, entretanto, não tem espaço quando o erro for “grosseiro”, como no caso previsto na OJ 412 da SDI-1. Também não se aplica quando o prazo do recurso adequado for descumprido.

SÚMULA 421 do TST. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR CALCADA NO ART. 932 DO CPC DE 2015. Art. 557 DO CPC DE 1973. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016.

I – Cabem embargos de declaração da decisão monocrática do relator prevista no art. 932 do CPC de 2015 (art. 557 do CPC de 1973), se a parte pretende tão somente juízo integrativo retificador da decisão e, não, modificação do julgado.

II – Se a parte postular a revisão no mérito da decisão monocrática, cumpre ao relator converter os embargos de

declaração em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual, submetendo-o ao pronunciamento do Colegiado, após a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º, do CPC de 2015. (sem grifos no original)

OJ 412 DA SDI-1. AGRAVO INTERNO OU AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO EM FACE DE DECISÃO COLEGIADA. NÃO CABIMENTO. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 209/2016 – DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. É incabível agravo interno (art. 1.021 do CPC de 2015, art. 557, § 1º, do CPC de 1973) ou agravo regimental (art. 235 do RITST) contra decisão proferida por Órgão colegiado. Tais recursos destinam-se, exclusivamente, a impugnar decisão monocrática nas hipóteses previstas. **Inaplicável, no caso, o princípio da fungibilidade ante a configuração de erro grosseiro.** (sem grifos no original)

9.3.2. *Comentários aos Pressupostos Objetivos*

a) **Tempestividade**

O art. 6º da Lei 5.584/1970 uniformizou em oito dias o prazo recursal no processo trabalhista, padronização chancelada pela já citada Instrução Normativa 39/2016 do TST (editada pela Resolução 203, de 15/03/2016), no § 2º do art. 1º.

A unificação do prazo de oito dias não se aplica aos embargos de declaração (prazo de cinco dias – art. 897-A da CLT), ao recurso extraordinário (prazo de 15 dias – § 5º do art. 1.003 do CPC), ao agravo inominado (ou simplesmente “agravo”) para atacar decisão denegatória de seguimento a recurso extraordinário, proferida pelo juízo *a quo* (prazo de 15 dias – § 5º do art. 1.003 do CPC, c/c o art. 1.042 do CPC e o § 1º do art. 1.030 do CPC), ao agravo de instrumento contra decisão de juiz do trabalho que concedeu ou denegou liminar em mandado de segurança (prazo de 15 dias – §

1º do art. 7º da Lei 12.016/2009 e § 5º do art. 1.003 do CPC; minha posição, lastreada na natureza do agravo – inciso I do art. 1.015 do CPC) e ao recurso denominado Pedido de Revisão do Valor da Causa (prazo de 48 horas – §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei 5.584/1970).

O agravo interno, no processo trabalhista, terá sempre o prazo de oito dias, pois será processado, nos termos do *caput* do art. 1.021 do CPC, em consonância com as previsões contidas no regimento interno do respectivo tribunal (TRT ou TST), atraindo a incidência também do art. 6º da Lei 5.584/1970 e do § 2º do art. 1º da IN 39/2016.

A situação especial fica por conta do agravo interno (ou regimental) usado para atacar **decisão monocrática de ministro do STF**, inclusive de denegação de seguimento a recurso extraordinário, pois o Regimento Interno do Supremo reza que o prazo do seu “agravo regimental” (agravo interno) é de apenas cinco dias (art. 317).

Para facilitar, eis as situações especiais detalhadamente classificadas:

- ✓ **Primeira exceção:** o recurso extraordinário ao STF é cabível no processo trabalhista. Seu prazo é de 15 dias (§ 5º do art. 1.003 do CPC).
- ✓ **Segunda exceção:** o agravo inominado (ou apenas “agravo”) contra decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, em sede de primeiro juízo de admissibilidade, tem prazo de 15 dias (art. 1.042 do CPC, c/c o § 1º do art. 1.030 do CPC e o § 5º do art. 1.003 do CPC).
- ✓ **Terceira exceção:** o agravo interno (agravo regimental) contra decisão de ministro do STF, incluindo a denegatória de seguimento a recurso extraordinário em sede de segundo juízo de admissibilidade, tem prazo de cinco dias (art. 317 do Regimento Interno do STF, c/c a parte final do *caput* do art. 1.021 do CPC).
- ✓ **Quarta exceção:** o recurso de embargos de declaração, previsto no CPC (arts. 1.022 a 1.026) e na CLT (art. 897-A), também possui prazo próprio de cinco dias.

- ✓ **Quinta exceção:** o recurso denominado “pedido de revisão do valor da causa”, exclusivo do rito sumário (ou “rito de alçada”), cujo prazo é de 48 horas (§§ 1º e 2º do art. 2º da Lei 5.585/1970).
- ✓ **Sexta exceção:** (retrata a minha opinião): o agravo de instrumento, usado contra decisão de juiz do trabalho ou juiz de direito investido em jurisdição trabalhista que deferir ou denegar liminar em mandado de segurança, cujo prazo é de 15 dias (do CPC), já que não se trata de um agravo de instrumento trabalhista, previsto no art. 897, *b*, da CLT, usado apenas para atacar decisão denegatória de seguimento a recurso, mas sim do agravo de instrumento consagrado no inciso I do art. 1.015 do CPC, voltado contra decisão interlocutória sobre tutela provisória. Na prática, todavia, o advogado não deve correr riscos, aconselhando-se, por extrema cautela, a interposição, se possível, no prazo de oito dias.

O advogado não pode confundir o início do prazo com o início da contagem do prazo. O *caput* do art. 775 da CLT dispõe que a contagem do prazo, que ocorrerá apenas em dias úteis, iniciar-se-á com a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia final.

Ocorrendo a intimação da decisão na terça-feira (sendo dia útil), a contagem do prazo recursal terá início na quarta-feira (sendo dia útil). Se a intimação acontecer na sexta-feira (sendo dia útil), a contagem do prazo recursal terá início na segunda-feira (sendo dia útil). Se a intimação se der no sábado, o início do prazo será postergado para segunda-feira (sendo dia útil), ocorrendo o início da contagem na terça-feira (sendo dia útil).

SÚMULA 01 do TST. PRAZO JUDICIAL. Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial será contado da segunda-feira imediata, inclusive, salvo se não houver expediente, caso em que fluirá no dia útil que se seguir.

SÚMULA 262 do TST. PRAZO JUDICIAL. NOTIFICAÇÃO OU INTIMAÇÃO EM SÁBADO. RECESSO FORENSE.

I – Intimada ou notificada a parte no sábado, o início do prazo se

dará no primeiro dia útil imediato e a contagem, no subsequente.

II – O recesso forense e as férias coletivas dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho suspendem os prazos recursais.

Durante o recesso forense, que ocorre, segundo o art. 775-A da CLT e o art. 220 do CPC, entre os dias 20/12 a 20/01, os prazos processuais ficam suspensos – inteligência do item II da Súmula 262 do TST. A suspensão não “zera” o prazo processual, apenas “paralisa a sua contagem”, que é retomada, de onde parou, quando findar o motivo ensejador da suspensão.

Digamos que o reclamado foi intimado da sentença na segunda-feira (16/12/2013), sendo condenado no pagamento de horas extras e reflexos. Ele pretende recorrer. A contagem do prazo de oito dias para a interposição de recurso ordinário dar-se-á a partir da terça-feira (17/12/2013). Essa contagem, entretanto, vai até quinta-feira (19/12/2013), último dia de funcionamento da Justiça do Trabalho antes do recesso. O advogado do reclamado sabe que três dias do prazo recursal já fluíram. Em janeiro, quando o recesso findar, o advogado do reclamado terá cinco dias para protocolar o recurso ordinário, cuja contagem ocorrerá a partir do primeiro dia de funcionamento da Justiça do Trabalho.

A contagem dos prazos processuais no processo do trabalho ocorre apenas em dias úteis, nos termos do *caput* do art. 775 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017. No mesmo sentido o art. 219 do CPC. Podemos dizer, por conseguinte, que os prazos processuais também ficam suspensos nos finais de semana e feriados.

Digamos que o reclamante tenha sido intimado de uma decisão numa quarta-feira (dia útil) e que pretenda opor embargos de declaração, cujo prazo é de cinco dias, nos termos do art. 897-A da CLT. A contagem começará na quinta-feira (dia útil), fluindo por dois dias (quinta e sexta). Sábado e domingo não serão computados, pois o prazo estará suspenso. O terceiro dia do prazo será a segunda-feira (dia útil), o qual findará na quarta-feira (dia útil). Antes da alteração do *caput* do art. 775 da CLT, pela Lei 13.467/2017, o referido prazo expiraria na segunda-feira (dia útil), já que a contagem era feita em dias corridos.

A informatização do processo judicial encontra-se regulada na Lei 11.419/2006. Na Justiça do Trabalho, o TST publicou, no ano seguinte, a Instrução Normativa 30/2007, regulamentando a matéria na seara trabalhista. Ganham destaque os arts. 15 e 16 da IN 30/2007, dispondo sobre a publicação dos atos processuais no Diário da Justiça do Trabalho eletrônico (DJT). Essa publicação substitui qualquer outro meio de publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal. Considera-se data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no DJT. Os prazos processuais serão contados, portanto, a partir do primeiro dia útil que se seguir ao considerado a data da publicação.

Digamos que na segunda-feira tenha sido disponibilizada a decisão no Diário de Justiça Eletrônico (DJE). A segunda-feira não será considerada a data da publicação. Terça-feira será essa data (início do prazo). A contagem do prazo, por conseguinte, iniciar-se-á na quarta-feira. Digamos que na sexta-feira tenha sido disponibilizada a decisão no DJE. A próxima segunda-feira será considerada a data da publicação (início do prazo), cuja contagem começará na terça-feira.

No *DJe* aparecem as respectivas datas: disponibilização e publicação.

A previsão foi endossada pelo CPC, nos §§ 2º e 3º do art. 224:

§ 2º Considera-se como data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça Eletrônico.

§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.

Com a chegada do PJE, muitos tribunais passaram a proibir o uso do fax para a prática de atos processuais. Cabe ao advogado, dentro do TRT de sua atuação, consultar sobre a possibilidade ou não do envio do recurso via fax. A Lei 9.800/1999 regula a matéria. O TST, mediante a Súmula 387, destaca com ardor a inaplicabilidade da regra contida no art. 224 do CPC (item III da Súmula 387 do TST).

SÚMULA 387 DO TST. RECURSO. FAC-SÍMILE. LEI Nº

9.800/1999 (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016.

I – A Lei nº 9.800, de 26.05.1999, é aplicável somente a recursos interpostos após o início de sua vigência. (ex-OJ nº 194 da SBDI-I – inserida em 08.11.2000).

II – A contagem do quinquídio para apresentação dos originais de recurso interposto por intermédio de fac-símile começa a fluir do dia subsequente ao término do prazo recursal, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.800, de 26.05.1999, e não do dia seguinte à interposição do recurso, se esta se deu antes do termo final do prazo. (ex-OJ nº 337 da SBDI-I – primeira parte – DJ 04.05.2004).

III – Não se tratando a juntada dos originais de ato que dependa de notificação, pois a parte, ao interpor o recurso, já tem ciência de seu ônus processual, não se aplica a regra do art. 224 do CPC de 2015 (art. 184 do CPC de 1973) quanto ao “dies a quo”, podendo coincidir com sábado, domingo ou feriado. (ex-OJ nº 337 da SBDI-I – “in fine” – DJ 04.05.2004).

IV – A autorização para utilização do fac-símile, constante do art. 1º da Lei nº 9.800, de 26.05.1999, somente alcança as hipóteses em que o documento é dirigido diretamente ao órgão jurisdicional, não se aplicando à transmissão ocorrida entre particulares.

Ao enviar um recurso via fax, o recorrente tem cinco dias para juntar os originais. Esse prazo começa a fluir depois do final do prazo recursal, mesmo se o fax for enviado antes do *dies ad quem*.

Digamos que o último dia do prazo recursal seja sexta-feira (13/12/2013) e o recurso foi enviado via fax na quarta-feira (11/12/2013). O quinquídio para a juntada dos originais começará no sábado (14/12/2013) e não na quinta-feira (12/12/2013). No sábado? Mas o sábado não é dia útil. O art. 224, § 3º, do CPC diz: “A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.” O CPC expõe a regra. Porém, no caso do quinquídio para a juntada dos originais de ato praticado por fax, a regra não se aplica – item III da Súmula 387 do TST.

Bom, mudando de assunto, se um feriado local for decisivo para a análise da tempestividade do recurso, caberá ao recorrente comprovar, quando de sua interposição, a existência do feriado. Se não o fizer, o juiz deverá conceder prazo de cinco dias para que “o vício seja sanado” (ausência de comprovação do feriado local), sob pena de não conhecimento do recurso. Caso o magistrado não conceda o prazo de cinco dias, inadmitindo, de plano, o processamento do recurso, o advogado do recorrente deverá juntar a prova documental do feriado local no recurso a ser usado contra a decisão denegatória (embargos de declaração; agravo de instrumento; agravo interno). Em se tratando de “feriado forense”, o próprio magistrado, ao conhecer do recurso, determinará a certificação nos autos.

SÚMULA 385 DO TST. FERIADO LOCAL OU FORENSE. AUSÊNCIA DE EXPEDIENTE. PRAZO RECURSAL. PRORROGAÇÃO. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE (alterada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 220/2017 – DEJT divulgado em 21, 22 e 25.09.2017.

I – Incumbe à parte o ônus de provar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local que autorize a prorrogação do prazo recursal (art. 1.003, § 6º, do CPC de 2015). No caso de o recorrente alegar a existência de feriado local e não o comprovar no momento da interposição do recurso, cumpre ao relator conceder o prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício (art. 932, parágrafo único, do CPC de 2015), sob pena de não conhecimento se da comprovação depender a tempestividade recursal;

II – Na hipótese de feriado forense, incumbirá à autoridade que proferir a decisão de admissibilidade certificar o expediente nos autos;

III – Admite-se a reconsideração da análise da tempestividade do recurso, mediante prova documental superveniente, em agravo de instrumento, agravo interno, agravo regimental, ou embargos de declaração, desde que, em momento anterior, não tenha havido a concessão de prazo para a comprovação da ausência de expediente

forense.

Na edição anterior desta obra, fiz menção a uma decisão do STF (RE 626.358 AgR/MG), que já previa a concessão de prazo ao recorrente para “sanar o vício”. Felizmente o TST, em setembro de 2017, alterou a Súmula 385 (a transcrição acima já se encontra atualizada).

A Fazenda Pública e o Ministério Público do Trabalho têm prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, prerrogativa que abarca os prazos recursais (arts. 183 e 180 do CPC). A ECT (Correios) tem o mesmo direito, já que goza das prerrogativas processuais das pessoas jurídicas de direito público – inteligência do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969.

Litisconsortes com procuradores diferentes não têm prazo em dobro no processo trabalhista. O TST entende inaplicável, ao processo laboral, a previsão contida no art. 229 do CPC. O uniforme entendimento está cravado na OJ 310 da SDI-1, e não deixa de ser uma herança do *jus postulandi*.

OJ 310 da SDI-1. Litisconsortes. Procuradores distintos. Prazo em dobro. Art. 229, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPC de 2015. Art. 191 do CPC de 1973. Inaplicável ao processo do trabalho (atualizada em decorrência do CPC de 2015). Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. Inaplicável ao processo do trabalho a norma contida no art. 229, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPC de 2015 (art. 191 do CPC de 1973), em razão de incompatibilidade com a celeridade que lhe é inerente.

Em relação a recurso interposto antes da publicação da decisão, o TST foi forçado, por decisão do STF, a cancelar a iníqua Súmula 434. O Pretório, julgando agravo regimental no AI 703.269, em março de 2015, alterou radicalmente o seu entendimento, concluindo por unanimidade que o recurso interposto antes do início do prazo é tempestivo. A decisão do STF, da lavra do ilustre ministro Luiz Fux, concluiu que a interposição antecipada de recurso contribui para a celeridade processual, citando, à época, o Novo CPC, que ainda estava em *vacatio legis*. Com a vigência do CPC/2015, não há mais discussão. Seu art. 218, § 4º, é enfático ao dizer: “*será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo*”. O recurso

“premature”, convenhamos, prestigia os princípios da instrumentalidade das formas, da celeridade, da boa-fé processual e da utilização do processo como um instrumento de efetividade do direito material.

b) Regularidade de Representação

O TST não admitia a juntada tardia de procuração na fase recursal. Isso mudou com a alteração da redação da Súmula 383, em julho de 2016, ratificada pela inclusão do item III à Súmula 456, em agosto de 2016.

Com a guinada, a juntada tardia de procuração passou a ser admitida para qualquer recurso, desde que sua exibição, **independentemente de intimação**, ocorra no prazo de até cinco dias após a interposição do remédio, prorrogável por igual período mediante despacho do magistrado (entendo que o prazo a ser aplicado é o de quinze dias, previsto no § 1º do art. 104 do CPC).

Caso já exista nos autos procuração ou substabelecimento e seja verificada a irregularidade de representação, o magistrado fixará prazo de cinco dias para que o vício seja sanado (entendo que o prazo de cinco dias, previsto nas Súmulas 383 e 456 do TST, é ilegal, por violação ao § 2º do art. 8º da CLT e ao § 2º do art. 76 do CPC, sendo certo que este último não estipulou a duração do prazo, cravando, com isso, sobre ele, a natureza de prazo judicial – que pode ser fixado livremente pelo juiz).

Eis a Súmula 383 do TST, com redação de julho de 2016, em sua íntegra:

Súmula 383 do TST. Recurso. Mandato. Irregularidade de representação. CPC de 2015, arts. 104 e 76, § 2º.

I – É inadmissível recurso firmado por advogado sem procuração juntada aos autos até o momento da sua interposição, salvo mandato tácito. Em caráter excepcional (art. 104 do CPC de 2015), admite-se que o advogado, independentemente de intimação, exiba a procuração no prazo de cinco dias após a interposição do recurso, prorrogável por igual período mediante despacho do juiz. Caso não a exiba, considera-se ineficaz o ato praticado e não se conhece do recurso.

II – Verificada a irregularidade de representação da parte em fase

recursal, em procuração ou substabelecimento já constante dos autos, o relator ou o órgão competente para julgamento do recurso designará prazo de cinco dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2º, do CPC de 2015).

O advogado, portanto, pode interpor recurso mesmo sem procuração nos autos, basta, para tanto, juntar, segundo o TST, no prazo de cinco dias, o instrumento de mandato, suprindo o vácuo. Observem que ele não será intimado para praticar o ato. Logo, o advogado que interpuser recurso sem procuração já sabe que terá de juntá-la, independentemente de intimação.

Atenção para o prazo de juntada de procuração, que tem início no dia da interposição do recurso, e não no “último dia do recurso”. Se o recurso ordinário for interposto no sexto dia, este será o início do prazo para a juntada da procuração, cuja contagem começará no dia seguinte.

Aplicando, por analogia, o item III da Súmula 387 do TST, como o ato (juntada tardia de procuração na fase recursal) independe de intimação, entendo que o início da contagem pode coincidir com dia não útil.

A prorrogação do prazo, por mais cinco dias, prevista no item I da Súmula 383 do TST, depende de requerimento do advogado do recorrente, o qual deverá expor os motivos que justifiquem a dilação.

No caso de “*irregularidade de representação*”, prevista no item II da Súmula 383 do TST, a procuração (ou o substabelecimento) já consta dos autos ou está acompanhando o próprio recurso. O advogado do recorrente, por conseguinte, possui procuração ou substabelecimento, mas o juiz detectou alguma irregularidade no instrumento. No caso, o órgão jurisdicional **intimará** o advogado do recorrente para que este, no prazo de cinco dias (lapso previsto nas Súmulas 383 e 456 do TST), sane o vício, sob pena de o recurso não ser conhecido.

Essa estrondosa mudança nos precedentes do TST foi motivada pelo § 2º do art. 76 e pelo *caput* do art. 104 do CPC.

Vale dizer que o § 2º do art. 76 do CPC não fixa um prazo para que o vício seja sanado, pelo contrário, dispõe que o juiz suspenderá o processo e designará “prazo razoável”. Trata-se, portanto, de típico **prazo judicial**, a ser livremente fixado pelo magistrado. Nas Súmulas 383 e 456, inclusive, o TST faz referência expressa à norma do CPC, mas, surpreendentemente, **impõe o prazo de cinco dias**, como se legislador fosse. Ora, se o prazo não é legal, nem judicial, é um *tertium genus*, ou seja, uma anomalia que poderia chamar-se “prazo jurisprudencial” (!). O TST, *data maxima venia*, extrapolou os limites legais ao impor o prazo de cinco dias, como se fosse o Congresso Nacional (art. 22, I, da CF). O juiz do trabalho não deve se submeter a esse tipo de “previsão”, encontrando-se liberto de amarras e grilhões para estabelecer o prazo que julgar razoável, caso a caso, quando estiver diante de um típico prazo judicial. Minha posição, que já constava na edição anterior desta obra, foi ratificada pelo § 2º do art. 8º da CLT, que proíbe o TST de legislar.

No caso de interposição de recurso sem procuração, o prazo de cinco dias, “imposto pelo TST”, também é ilegal, por contrariedade ao prazo de 15 dias esculpido no § 1º do art. 104 do CPC, norma esta usada pelo próprio TST como premissa para a redação do item I da sua Súmula 383. Se a aplicação foi por analogia, que seja em sua totalidade; se subsidiária, que seja em sua integralidade, por conta de vácuo específico.

No processo trabalhista, o mandato tácito é amplamente admitido, inclusive na instância recursal. A cópia da ata de audiência serve como comprovação da existência do mandato tácito.

OJ 286 da SDI-1. Agravo de instrumento. Traslado. Mandato tácito. Ata de audiência. Configuração.

I – A juntada da ata de audiência, em que consignada a presença do advogado, desde que não estivesse atuando com mandato expreso, torna dispensável a procuração deste, porque demonstrada a existência de mandato tácito.

II – Configurada a existência de mandato tácito fica suprida a irregularidade detectada no mandato expreso.

OJ 200 da SDI-1. Mandato tácito. Substabelecimento inválido. É inválido o substabelecimento de advogado investido de mandato tácito. O § 3º do art. 791 da CLT foi inserido em 2011, permitindo a constituição expressa de advogado mediante o simples registro em ata de audiência.

A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada – § 3º do art. 791 da CLT.

O TST entende que a juntada de uma nova procuração, sem ressalvas, importa na revogação das anteriores – OJ 349 da SDI-1.

c) Preparo

O preparo, em regra, é constituído do recolhimento das custas processuais e da realização do depósito recursal. Quando da elaboração do recurso, o advogado deve especificar o preparo, informando, separadamente, o recolhimento das custas e a realização do depósito recursal.

Há mais duas “espécies de preparo”.

Estou falando da elevação da multa aplicada em decorrência da reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, nos termos do § 3º do art. 1.026 do CPC, e da multa aplicada em decorrência de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 1.021 do CPC.

Custas e depósito recursal serão estudados em tópicos específicos, mais adiante.

Quanto à multa decorrente de embargos de declaração manifestamente protelatórios, sempre é bom esclarecer que os primeiros embargos já podem atrair a sanção, mas esta não será pressuposto de admissibilidade dos demais recursos. Apenas a **elevação da multa**, ocorrida na **reiteração** dos embargos que já tinham sido considerados manifestamente protelatórios, é que assumirá natureza de preparo recursal.

O § 2º do art. 1.026 do CPC dispõe: “*Quando manifestamente*

protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 2% sobre o valor atualizado da causa.” No § 3º do mesmo artigo se encontra a multa com natureza de preparo: “Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até 10% sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final”.

Observem que não há uma segunda multa, mas apenas a majoração da primeira. Essa elevação, gerada pela reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, é que será considerada espécie do preparo recursal.

Quanto à multa do agravo interno, o § 4º do art. 1.021 dispõe: *“Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.”* No § 5º do mesmo artigo se encontra a previsão de que a multa integra o preparo recursal: *“A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final”.*

No caso de agravo interno, **não há necessidade de reiteração** para que a multa assuma natureza de preparo recursal.

Há três casos de **isenção total** de preparo:

- ✓ Fazenda Pública (pessoas jurídicas de direito público) – art. 1.007, § 1º, do CPC; art. 790-A, I, CLT; e art. 1º, IV, do Decreto-Lei 779/1969 (isenção total).
- ✓ Correios (ECT) – art. 12 do Decreto-Lei 509/1969 c/c art. 1.007, § 1º, do CPC (isenção total).
- ✓ Beneficiário da justiça gratuita – art. 789 e § 10 do art. 899 da CLT (isenção total).

- Há quatro casos de **isenção parcial** de preparo:
 - 1) Ministério Público do Trabalho – art. 1.007, § 1º, do CPC e art. 790-A, II, CLT (a isenção não alcança o preparo quanto ao recolhimento das multas previstas no § 3º do art. 1.026 do CPC e nos §§ 4º e 5º do art. 1.021 do CPC).
 - 2) Massa Falida – Súmula 86 do TST (a isenção não alcança o preparo quanto ao recolhimento das multas previstas no § 3º do art. 1.026 do CPC e nos §§ 4º e 5º do art. 1.021 do CPC).
 - 3) Entidades Filantrópicas – § 10 do art. 899 da CLT (a isenção se restringe ao depósito recursal, não se estendendo a custas e multas, salvo se a entidade conseguir os benefícios da justiça gratuita, quando então ficará isenta de todo o preparo).
 - 4) Empresas em Recuperação Judicial – § 10 do art. 899 da CLT (a isenção se restringe ao depósito recursal, não se estendendo a custas e multas, salvo se a empresa conseguir os benefícios da justiça gratuita, quando então ficará isenta de todo o preparo).

As entidades filantrópicas são pessoas jurídicas que prestam serviços à sociedade, principalmente às pessoas mais carentes, e que não possuem como finalidade a obtenção de lucro. **Nem toda entidade “sem fins lucrativos” é considerada uma entidade filantrópica.** Filantropia é o ato praticado com “profundo amor à sociedade”, com “desprendimento”, com “generosidade para com outrem”, que pode ser definido como um “ato de caridade”. Essa diferença encontra-se ratificada no art. 899 da CLT, o qual **isenta as entidades filantrópicas do depósito recursal (§ 10)**, mas apenas reduz o valor do depósito recursal pela metade, para as entidades sem fins lucrativos (§ 9º).

O art. 790-A da CLT isenta os órgãos da Fazenda Pública e o MPT do recolhimento de custas. O mesmo artigo, em seu parágrafo único, dispõe que **a isenção não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional** (OAB, CREA, CREMEPE etc.). O TST, entretanto, vem estendendo a isenção, amparado na natureza jurídica das referidas entidades, consideradas pelo STF como autarquias especiais. Seguem algumas decisões.

RECURSO DE REVISTA. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. AUTARQUIA ESPECIAL. APLICABILIDADE DOS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DO DECRETO-LEI Nº 779/69. PRAZO RECURSAL EM DOBRO. O Excelso STF, quando do julgamento da ADIn 1717-6/DF, declarou a inconstitucionalidade do art. 58 (*caput* e parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649/98), restando pacificado o entendimento de que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias especiais. Em igual sentido caminha a jurisprudência desta Corte Superior, que vem sedimentando o entendimento de que as entidades de fiscalização do exercício profissional fazem jus aos privilégios do Decreto-Lei nº 779/69, em razão de sua condição de autarquias especiais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse contexto, merece reforma o acórdão regional que não considerou o prazo recursal em dobro e julgou intempestivo o recurso ordinário interposto pelo Conselho, por entender inaplicável o Decreto-Lei nº 779/69 aos conselhos profissionais. Recurso de revista conhecido por ofensa ao artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 779/69 e provido. (TST – RR: 15818020115040017, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Julgamento: 20/08/2014, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014).

RECURSO DE REVISTA. CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA – RS. DESERÇÃO. APLICABILIDADE DO DECRETO-LEI Nº 779/69. O Excelso STF, quando do julgamento da ADIN 1717-6/DF, declarou a inconstitucionalidade do art. 58 (*caput* e parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649/98), restando pacificado o entendimento de que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias especiais. Em igual sentido caminha a jurisprudência desta Corte Superior, que vem sedimentando o entendimento de que as entidades de fiscalização do exercício profissional fazem jus aos privilégios do Decreto-Lei 779/69, em razão de sua condição de autarquias especiais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal

Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido por violação dos itens IV e V do art. 1º do Decreto-Lei nº 779/69 e provido. (TST – RR: 4234820115040030 423-48.2011.5.04.0030, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013).

RECURSO DE REVISTA. CREA. APLICABILIDADE DOS BENEFÍCIOS DO DECRETO-LEI Nº 779/69. O Excelso STF, quando do julgamento da ADIN 1717-6/DF, declarou a inconstitucionalidade do art. 58 (*caput* e parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei 9.649/98 restando pacificado o entendimento de que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias especiais. Em igual sentido, caminha a jurisprudência desta Corte Superior que já firmou entendimento no sentido de que as entidades de fiscalização do exercício profissional fazem jus aos privilégios do Decreto-Lei 779/69, em razão de sua condição de autarquias especiais. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. CONCLUSÃO: Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 265008920095040022 26500-89.2009.5.04.0022, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Julgamento: 25/04/2012, Data de Publicação: DEJT 27/04/2012).

Além dos casos de isenção, há **recursos que não necessitam de qualquer preparo**. São eles:

☐ Embargos de declaração – art. 897-A da CLT.

☐ Agravo interno (ou regimental) – recurso previsto nos regimentos internos dos tribunais e no art. 1.021 do CPC (está no Regimento Interno do TST, arts. 239 e 240, e no Regimento Interno do STF, art. 317; também se encontra no § 12 do art. 896 da CLT, nos termos da nova redação dada pela Lei 13.015/2014, e no art. 3º, II, *a*, e III, *c*, da Lei 7.701/1988).

☐ Agravo de petição – art. 897, *a*, da CLT.

☐ Agravo de instrumento, desde que esteja atacando decisão denegatória de seguimento a recurso de revista interposto contra

decisão que contraria súmula ou OJ do TST (§ 8º do art. 899 da CLT, inserido pela Lei 13.015/2014).

Não há recolhimento de custas como pressuposto de admissibilidade no agravo de petição, visto que, na fase de execução, as custas devem ser recolhidas apenas no final, pelo executado – art. 789-A da CLT. Também não há depósito recursal. Porém, é preciso observar a previsão contida no item II da Súmula 128 do TST (que será analisada quando do estudo específico do depósito recursal).

O preparo deve ser realizado “dentro do prazo recursal”. Neste sentido a Súmula 245 do TST e o art. 789, § 1º, da CLT. Significa dizer que no processo trabalhista o preparo não precisa ser comprovado necessariamente no ato de interposição do recurso, como exige o art. 1.007 do CPC (a IN 39/2016 do TST, no seu art. 10, não prevê a aplicação ao processo trabalhista do *caput* do art. 1.007 do CPC).

Digamos que uma empresa, condenada em pecúnia, seja intimada da sentença e interponha, no quarto dia do prazo recursal, recurso ordinário, sem a comprovação do preparo. Poderá a empresa, à luz da Súmula 245 do TST, até o oitavo dia do prazo (*dies ad quem*), realizar e comprovar o preparo sem que isso caracterize a preclusão consumativa prevista no *caput* do art. 1.007 do CPC.

Existe uma ressalva. O agravo de instrumento.

Para o agravo de instrumento, operar-se-á a preclusão consumativa do preparo se a comprovação do depósito recursal não acompanhar sua interposição. O agravo de instrumento não exige recolhimento de custas, mas pode atrair, nos termos do art. 899, § 7º, da CLT, a necessidade da realização de depósito recursal. No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% do valor do depósito do recurso que se pretende destrancar. A redação do § 7º do art. 899 da CLT é contundente: “no ato de interposição do agravo de instrumento”. Isso levou o TST a pacificar o entendimento de que, no caso do agravo de instrumento, o depósito recursal deve ser comprovado “no ato da interposição do recurso”, sob pena de deserção, incidindo no caso o *caput* do art. 1.007 do CPC. Neste sentido a

Instrução Normativa 3/1993, item VIII (incluído pela Resolução 168, de 09/08/2012), *verbis*:

Item VIII da IN 3/93 – O depósito judicial, realizado na conta do empregado no FGTS ou em estabelecimento bancário oficial, mediante guia à disposição do juízo, será da responsabilidade da parte quanto à exatidão dos valores depositados e deverá ser comprovado, nos autos, pelo recorrente, no prazo do recurso a que se refere, independentemente da sua antecipada interposição, observado o limite do valor vigente na data da efetivação do depósito, bem como o contido no item VI, salvo no que se refere à comprovação do depósito recursal em agravo de instrumento, que observará o disposto no art. 899, § 7º, da CLT, com a redação da Lei 12.275/2010.

A Lei 13.015/2014 inseriu o § 8º ao art. 899 da CLT, cuja previsão traduz uma exceção à exigibilidade de depósito recursal em agravo de instrumento. Se o agravo de instrumento estiver atacando decisão denegatória de seguimento a recurso de revista interposto contra decisão que contraria súmula ou OJ do TST, não será exigido o depósito recursal previsto no § 7º do mesmo artigo, ou seja, o agravo de instrumento não precisará de preparo.

Inaplicável ao processo trabalhista a previsão do § 4º do art. 1.007 do CPC, por conta do art. 10, *caput*, da IN 39/2016 do TST, que trata do “recolhimento em dobro” do preparo.

Preparo a menor (insuficiência de preparo)

Preparar um recurso é recolher, tempestiva e corretamente, custas, depósito recursal e multas (ou apenas um deles, a depender do caso), comprovando o recolhimento no prazo do recurso (Súmula 245 do TST) ou, no caso do agravo de instrumento, no ato de interposição do agravo (§ 7º do art. 899 da CLT, c/c o item VIII da IN 3/1993).

<p>Pressupostos do preparo = tempestividade + valor correto + comprovação nos autos.</p>

O § 2º do art. 1.007 do CPC, sobre o preparo realizado “a menor”, assim

dispõe: “*A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias*”.

O TST sempre foi implacável com o preparo insuficiente, porém, no mês de abril de 2017, o bom senso prevaleceu.

Mediante a alteração da OJ 140 da SDI-1, o § 2º do art. 1.007 do CPC passou a ser aplicado ao processo trabalhista, na integralidade das verbas do preparo.

OJ 140 da SDI-1. DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS PROCESSUAIS. RECOLHIMENTO INSUFICIENTE. DESERÇÃO (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 217/2017, DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017. Em caso de recolhimento insuficiente das custas processuais ou do depósito recursal, somente haverá deserção do recurso se, concedido o prazo de 5 (cinco) dias previsto no § 2º do art. 1.007 do CPC de 2015, o recorrente não complementar e comprovar o valor devido.

Observem que a intimação só ocorrerá no caso de “insuficiência de preparo”. Caso o recorrente não tenha efetuado qualquer preparo, não há que se pensar em intimação para “complementação”.

Existe outro caso de “intimação para complementação do preparo”, previsto no item III da Súmula 25 do TST. No caso de sucumbência recíproca, ambas as partes podem recorrer. Digamos que o juiz do trabalho, apreciando reclamação com pedido de indenização por dano moral no valor de R\$ 300.000,00, tenha julgado procedente o pleito, arbitrando a indenização em R\$ 50.000,00 (procedência parcial para fins recursais). Reclamante e reclamado recorreram, tendo este último, uma vez condenado, recolhido custas no valor de R\$ 1.000,00 (2% sobre a condenação – art. 789, I, da CLT). O TRT negou provimento ao recurso do reclamado e deu provimento parcial ao recurso do reclamante, acrescentando o valor da condenação. À luz do item III da Súmula 25 do TST, o reclamado, no caso, terá de ser intimado para “complementar o preparo”. Observem que o item III da Súmula 25 do TST condiciona a complementação do preparo à “fixação ou cálculo do valor

devido a título de custas” e “à intimação da parte para o preparo do recurso”. Na ausência de um dos requisitos, o pagamento das custas fica postergado para o final, ou seja, para depois do trânsito em julgado da decisão.

A Súmula 25 do TST, no seu item I, dispõe que cabe à parte vencedora na primeira instância, quando vencida na segunda, efetuar o recolhimento das custas fixadas na sentença originária, independentemente de intimação, caso a parte contrária tenha ficado isenta do referido pagamento.

Digamos que o juiz tenha concedido ao reclamante os benefícios da Justiça gratuita, julgando, no final, improcedentes os pedidos, fixando o valor das custas em R\$ 200,00 (2% sobre o valor da causa – art. 789, II, da CLT). O reclamante interpôs recurso ordinário sem recolher custas, já que é beneficiário da Justiça gratuita. O TRT deu provimento ao recurso, julgando procedentes os pedidos. Na decisão, o TRT fixou o valor da condenação em R\$ 10.000,00. O reclamado, vencedor na primeira instância, tornou-se sucumbente na segunda. Caso deseje interpor recurso de revista, terá de efetuar o recolhimento das custas à razão de 2% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 789, I, da CLT, ou seja, a quantia será de R\$ 200,00. Sendo omissos o acórdão do TRT, quanto ao valor da condenação, deve o sucumbente opor embargos de declaração, nos termos do art. 897-A da CLT. Além disso, o reclamado terá que efetuar o depósito recursal, já que foi condenado em pecúnia (Súmula 161 do TST).

Observem que a intimação para a complementação do preparo, no prazo de cinco dias, prevista no § 2º do art. 1.007 do CPC e ratificada pela OJ 140 da SDI-1, não ocorrerá quando o recorrente **não comprovar o preparo**, mas apenas quando comprovar o preparo a menor (o fato gerador da intimação é a “insuficiência do preparo”).

Acontecendo o contrário, ou seja, a inversão do ônus da sucumbência em segundo grau, sem alteração do valor já recolhido de custas (o recorrente vencedor já tinha recolhido custas), nenhum recolhimento de custas será exigido para um novo recurso, cabendo ao sucumbente, se perdurar a decisão, reembolsar a outra parte da quantia recolhida, após o trânsito em julgado da decisão – item II da Súmula 25 do TST.

No caso de sucumbência recíproca, ambas as partes podem recorrer.

Digamos que o juiz do trabalho, apreciando reclamação com pedido de indenização por dano moral no valor de R\$ 300.000,00, tenha julgado procedente o pleito, arbitrando a indenização em R\$ 50.000,00 (procedência parcial). Reclamante e reclamado recorreram, tendo este último, uma vez condenado, recolhido custas no valor de R\$ 1.000,00 (2% sobre a condenação – art. 789, I, da CLT). O TRT negou provimento ao recurso do reclamado e deu provimento parcial ao recurso do reclamante, acrescentando o valor da condenação. À luz do item III da Súmula 25 do TST, o reclamado será intimado para “complementar o preparo”.

Súmula 25 do TST. Custas processuais. Inversão do ônus da sucumbência (alterada a súmula e incorporadas as Orientações Jurisprudenciais 104 e 186 da SBDI-1). Res. 197/2015, DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015.

I – A parte vencedora na primeira instância, se vencida na segunda, está obrigada, independentemente de intimação, a pagar as custas fixadas na sentença originária, das quais ficara isenta a parte então vencida;

II – No caso de inversão do ônus da sucumbência em segundo grau, sem acréscimo ou atualização do valor das custas e se estas já foram devidamente recolhidas, descabe um novo pagamento pela parte vencida, ao recorrer. Deverá ao final, se sucumbente, reembolsar a quantia; (ex-OJ 186 da SBDI-I)

III – Não caracteriza deserção a hipótese em que, acrescido o valor da condenação, não houve fixação ou cálculo do valor devido a título de custas e tampouco intimação da parte para o preparo do recurso, devendo ser as custas pagas ao final; (ex-OJ 104 da SBDI-I)

IV – O reembolso das custas à parte vencedora faz-se necessário mesmo na hipótese em que a parte vencida for pessoa isenta do seu pagamento, nos termos do art. 790-A, parágrafo único, da CLT.

Custas

As custas processuais estão previstas nos arts. 789 a 790-A da CLT, e correspondem a 2% do valor da condenação ou do valor da causa, a depender do caso. Devem ser recolhidas mediante GRU (Guia de Recolhimento da União). O patamar mínimo continua sendo de R\$ 10,64. A Lei 13.467/2017, responsável pela Reforma Trabalhista, fixou um teto para o valor das custas, que corresponde a quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Temos, agora, um limite mínimo e um limite máximo para a quantia das custas – *caput* do art. 789 da CLT.

Quando houver acordo ou condenação, elas serão calculadas sobre o respectivo valor (não sendo líquida a condenação, o juiz arbitrar-lhe-á o valor). No caso de acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento caberá em partes iguais aos litigantes (difícil acontecer no dia a dia, pois os termos de conciliação já são confeccionados atribuindo o encargo ao reclamado). Ocorrendo a extinção do processo sem resolução do mérito ou julgado totalmente improcedente o pedido, as custas serão calculadas sobre o valor da causa, sendo devidas pelo reclamante. O cálculo também será sobre o valor da causa no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, quando a responsabilidade pelo recolhimento será do reclamado. Vale frisar que o recolhimento não será necessário se o valor ficar abaixo do mínimo de R\$ 10,64; caso o valor ultrapasse o teto, este prevalecerá, como limite máximo – *caput* do art. 789 da CLT.

Tratando-se de empregado que **não tenha** obtido o benefício da justiça gratuita, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas. (art. 790, § 1º, da CLT)

A Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) alterou significativamente o instituto da gratuidade da justiça, seja quanto aos critérios para a sua concessão, seja na sua extensão, com indisfarçável escopo de restringir a sua aura protetora e amedrontar os pretensos reclamantes, não conseguindo disfarçar a intenção de retaliar e punir trabalhadores, objetivando a diminuição no número de reclamações trabalhistas.

Sempre é bom lembrar que a gratuidade da justiça pode ser concedida a reclamante e/ou a reclamado (trabalhador, empregador, empresa etc.). No caso de pessoa física, defendo a aplicação do § 3º do art. 99 do CPC (neste sentido o item I da Súmula 463 do TST), gozando, portanto, a declaração de hipossuficiência, de presunção de veracidade. No caso de pessoa jurídica, não basta uma mera declaração. É necessária a comprovação de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo, nos termos do item II da Súmula 463 do TST e da interpretação a “*contrario sensu*” do § 3º do art. 99 do CPC.

Os benefícios da justiça gratuita podem ser requeridos em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado **no prazo alusivo ao recurso**. Caso indeferido o requerimento de justiça gratuita, formulado na fase recursal, cumpre ao órgão julgador fixar prazo para que o recorrente efetue o preparo, nos termos do art. 99, § 7º, do CPC de 2015. Essa previsão se encontra na OJ 269 da SDI-1.

O leitor encontrará a análise completa acerca das inconstitucionalidades e dos critérios para a concessão da gratuidade da justiça no item 2.3 do Capítulo 2 da Parte 2 desta obra.

No caso de sucumbência recíproca, o recolhimento das custas ficará a cargo das partes, cada qual responsável pelo quinhão pertinente à proporção de sua sucumbência, nos termos do *caput* do art. 86 do CPC. É o que chamamos de “rateio de custas”.

O rateio só era admitido nas lides decorrentes de relação de trabalho que não fosse relação de emprego, à luz do § 3º do art. 3º da IN 27/2005. Essa previsão foi soterrada pela Reforma Trabalhista, principalmente pelo § 3º do art. 791-A da CLT, que trata de honorários advocatícios sucumbenciais (os honorários e as custas integram o que o CPC intitula de “verbas de sucumbência”).

O advogado deve saber diferenciar a “sucumbência recíproca para fins recursais” da “sucumbência recíproca para fins de rateio das verbas”. Esta última é a que interessa na análise do preparo recursal. O leitor encontrará uma abordagem específica sobre essa diferenciação logo abaixo, no item 9.4

deste Capítulo.

No processo de execução são devidas custas, sempre de responsabilidade do executado e **pagas ao final**, nos termos da tabela esculpida no art. 789-A da CLT. Observem que as custas no processo de execução devem ser recolhidas “no final da execução”, pelo executado, daí a inexistência de custas no agravo de petição.

Depósito recursal

O depósito recursal está previsto no art. 899, §§ 1º a 11, da CLT. Ele não tem natureza jurídica de taxa de recurso, mas de **garantia do juízo recursal**, que pressupõe decisão condenatória de obrigação de pagamento em pecúnia – Súmula 161 do TST.

No caso de sentença meramente declaratória, por exemplo, não há depósito recursal. O mesmo se diga de uma sentença constitutiva ou de uma sentença condenatória em obrigação de fazer ou não fazer (as *astreintes* não modificam a natureza da decisão).

Deve ser realizado em **conta judicial**, à disposição do juízo, como reza o § 4º do art. 899 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017. Observem que a previsão contida na Súmula 426 do TST não tem mais eficácia (ela dispõe sobre o recolhimento em conta vinculada do FGTS do empregado). O erro quanto à guia de depósito ou ao seu preenchimento pode resultar no não conhecimento do recurso, decisão que fica condicionada à intimação do advogado do recorrente para suprir o vício no prazo de cinco dias, nos termos da OJ 140 da SDI-1 e do § 2º do art. 1.007 do CPC, afinal, quem pode o mais, pode o menos (“*in eo quod plus est semper inest et minus*”).

O novo § 11 do art. 899 da CLT permite que o depósito recursal seja **substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial**.

Mantenho o mesmo entendimento da época pré-reforma, afirmando que **o trabalhador é isento do depósito recursal**, mesmo que tenha sido condenado em pecúnia. Um dos fundamentos ruiu (aquele pertinente à conta vinculada do FGTS), mas a Lei 13.467/2017 terminou reforçando a tese de isenção obreira, principalmente com os novos §§ 9º e 10 do art. 899 da CLT.

Com efeito, o § 9º do art. 899 da CLT prevê a redução do valor do depósito recursal pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, enquanto o § 10 do mesmo artigo isenta do encargo os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (a Súmula 86 do TST isenta a massa falida). E o trabalhador? Quanto a este, o referido artigo continua “mudo”. O silêncio do legislador conduz o intérprete a manter a mesma linha hermenêutica. Ademais, na redução pela metade, assim como na isenção, o legislador não deixou qualquer centelha de dúvida a respeito da responsabilidade pelo depósito recursal: **deve ser feito pelo empregador/empresa/entidade/tomador/associação etc. condenado em pecúnia, salvo se for isento, nos termos do § 10 do art. 899 da CLT e da Súmula 86 do TST.**

O TST já tinha se manifestado sobre a inexigibilidade de depósito recursal para o trabalhador, e deve continuar a trilhar o mesmo caminho.

EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO RECURSAL POR PARTE DO RECLAMANTE. IMPOSSIBILIDADE. O depósito recursal não tem natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal (Instrução Normativa nº 03/93 do TST), ou seja, objetiva garantir o cumprimento da condenação. A medida é voltada exclusivamente para atender o interesse do trabalhador que, embora tendo de aguardar o julgamento do recurso interposto, terá a certeza de que ao menos parte do valor da condenação imposta encontra-se reservado para a execução da sentença. Além disso, embora o *caput* do art. 899 da CLT não declare expressamente que o depósito recursal é exigido apenas do recorrente empregador, tal conclusão é facilmente extraída dos parágrafos §§ 4º e 5º do mencionado dispositivo legal, quando estabelecem que o depósito far-se-á na conta vinculada do trabalhador, que deverá ser aberta em seu nome, se ainda não a tiver. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 5ª Turma, RR 6346548220005105555 634654-82.2000.5.10.5555, Relator: Rider de Brito, DJ 26/03/2004).

RECURSO DE REVISTA. RECONVENÇÃO PELO EMPREGADO. RECURSO ORDINÁRIO. DEPÓSITO RECURSAL. INEXIGIBILIDADE. A exigência de depósito recursal, nos termos do artigo 899, § 1º, da CLT, para admissibilidade do recurso ordinário interposto pelo reclamante mesmo que tenha sido, em virtude de reconvenção, condenado ao pagamento de certa quantia, viola o art. 5º, II, da Constituição Federal e os parágrafos 1º e 4º do art. 899 Consolidado. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST, 7ª Turma, RR 1124005620085090662, Relator: Pedro Paulo Manus, DEJT 24/08/2012).

Os valores do teto do depósito recursal são corrigidos anualmente pelo TST, especificamente no mês de agosto. Esses valores servem como limite. São dois valores, um para Recurso Ordinário e outro (dobro do primeiro) para Recurso de Revista, Embargos de Divergência (também chamados de Embargos à SDI), Recurso Extraordinário ao STF e Recurso Ordinário em Ação Rescisória.

Mas há um teto ainda mais relevante para o depósito recursal. Estou falando do valor da condenação.

A natureza do depósito recursal é de garantia do juízo. Logo, seria uma incongruência exigir uma garantia maior do que a própria dívida. Daí a previsão contida na alínea “b” do item II da IN 3/93: *“Depositado o valor total da condenação, nenhum depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, salvo se o valor da condenação vier a ser ampliado”*.

A Súmula 128 do TST ratifica a previsão, especificamente no seu item I, segunda parte (abaixo, em negrito):

SÚMULA 128 DO TST. DEPÓSITO RECURSAL.

I – É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. ***Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.***

II – Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito

para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo.

III – Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide. (sem grifos no original)

Comentários à Súmula 128 TST (utilizei valores fictícios para o teto do depósito recursal: R\$ 10.000,00 e R\$ 20.000,00).

- a) Atingido o valor da condenação, nada mais pode ser exigido a título de depósito recursal. Digamos que determinada empresa foi condenada a pagar R\$ 2.000,00 ao reclamante. Para interpor recurso ordinário, terá que efetuar depósito recursal no valor de R\$ 2.000,00, já que o valor da condenação é menor do que o teto fixado pelo TST (valor fictício de R\$ 10.000,00). Improvido o recurso ordinário, caso a empresa queira interpor recurso de revista, não precisará mais efetuar depósito recursal, porquanto o valor da condenação já foi atingido. Em se tratando de entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, o depósito será reduzido pela metade, nos termos do § 9º do art. 899 da CLT. No caso, portanto, seria de R\$ 1.000,00 o valor do depósito recursal para o recurso ordinário. A condenação, no entanto, continua em R\$ 2.000,00. Digamos que o recurso ordinário foi improvido e o recorrente deseje interpor recurso de revista. Terá que recolher R\$ 500,00 a título de depósito recursal, correspondente à metade do “saldo” da condenação. E se o recurso de revista for improvido e ele quiser interpor embargos de divergência? Basta olhar o quanto ele depositou até agora (R\$ 1.500,00) e o valor da condenação (R\$ 2.000,00). Fica fácil. O depósito recursal dos embargos será no valor de R\$ 250,00 (metade do saldo). O teto condenatório para o recorrente que se enquadra no § 9º do art. 899 da CLT não muda, **pois não é o valor da condenação que é reduzido pela metade,**

mas sim o valor do depósito recursal.

- b) Se o valor da condenação ultrapassar o teto fixado pelo TST, prevalecerá o *quantum* do teto. Digamos que a empresa foi condenada a pagar R\$ 80.000,00 ao reclamante. Para interpor recurso ordinário, terá que efetuar depósito recursal no valor de R\$ 10.000,00 (teto fictício). Improvido o recurso ordinário, caso a empresa queira interpor recurso de revista, precisará desembolsar o valor integral do teto, ou seja, R\$ 20.000,00 (teto fictício), em face da previsão contida no item I da Súmula em comento, primeira parte: “*É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção*”. Enquanto não atingido o valor da condenação, deve ser realizado, para cada novo recurso, um **novo e integral** depósito recursal, observando-se o teto. Para o recorrente enquadrado no § 9º do art. 899 da CLT, o raciocínio é o mesmo, mas cada depósito será feito “pela metade”.
- c) E se a condenação, por exemplo, fosse de R\$ 11.000,00? A empresa, neste caso, faria o depósito do teto para interpor recurso ordinário (teto fictício de R\$ 10.000,00), levando em conta o fato de a condenação ultrapassá-lo. Improvido o recurso ordinário, caso a empresa queira interpor recurso de revista, terá que efetuar o depósito recursal da diferença entre o que foi realizado e o valor da condenação, aplicando-se, aí, a segunda parte do item I da Súmula em análise: “*Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso*”. O depósito do recurso de revista seria de R\$ 1.000,00, resultado da operação R\$ 11.000,00 (valor da condenação) menos R\$ 10.000,00 (teto fictício já depositado). Os recursos posteriores ao de revista não mais necessitariam de depósito recursal. Para o recorrente enquadrado no § 9º do art. 899 da CLT, o depósito recursal do recurso ordinário, no caso, seria de R\$ 5.000,00. Improvido o recurso, o depósito recursal do recurso de revista seria de R\$ 6.000,00, alcançando, com isso, o valor total da condenação. O próximo recurso, depois do recurso de revista (embargos de divergência ou recurso extraordinário, a depender da recorribilidade

da decisão), não mais precisaria de depósito recursal, exatamente pelo fato de o valor da condenação ter sido atingido.

- d) Na execução, quando garantido o juízo, o depósito recursal não é devido. A Súmula 128, no seu item II, dispõe que a exigência de depósito, nessa fase, viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. A segunda parte do item II da Súmula 128 (que diz “*Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo*”) foi esvaziada pela Reforma Trabalhista. Agora, exequente e executado **deverão** ser intimados para, no prazo de oito dias, impugnar a decisão de liquidação, sob pena de preclusão, como dispõe a nova redação do § 2º do art. 879 da CLT, fruto da Lei 13.467/2017. Assim sendo, o executado, a partir do dia 11/11/2017, passou a ter direito de discutir os cálculos “sem precisar garantir o juízo”. Só depois de findada a fase de liquidação, com o julgamento das impugnações e dos recursos, é que o devedor será citado, nos moldes do art. 880 da CLT, oportunidade em que o *quantum debeatur* já não mais estará em discussão (podemos dizer que a Reforma Trabalhista esvaziou os Embargos à Execução, retirando o seu principal objeto). Diante disso, não há mais a possibilidade de elevação da dívida depois de o juízo se encontrar garantido.
- e) Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide. Essa previsão se encontra no item III da Súmula em análise, regulando depósito recursal no caso de litisconsórcio passivo. O entendimento também se aplica ao caso de condenação subsidiária, como, por exemplo, nas lides envolvendo terceirização. Digamos que as empresas Delta e Gama foram condenadas em pecúnia na Justiça do Trabalho e desejam recorrer. Gama vai renovar, no recurso ordinário, a tese de “ilegitimidade passiva *ad causam*”, já arguida na defesa e rejeitada pelo juízo de primeiro grau. Se a empresa Gama fizer o depósito recursal, este não aproveitará a empresa Delta, a qual também terá que efetuar depósito. Logo, o ideal é que o depósito

recursal seja feito por Delta, desonerando a empresa Gama. Esse tipo de conjuntura pode gerar uma situação inusitada, já que a soma dos depósitos, no caso, poderá ultrapassar o valor da condenação, em clara exceção ao limite previsto no item I da Súmula 128 do TST. Digamos que a condenação das empresas Delta e Gama tenha sido de R\$ 2.000,00. Caso Gama (empresa que está pleiteando a exclusão da lide) se precipite e faça o depósito, que será de R\$ 2.000,00, a empresa Delta também terá que efetuar depósito próprio, no mesmo valor. A soma ultrapassará o valor da condenação. Caso o tribunal acolha a tese de exclusão da lide, quando a decisão transitar em julgado, o depósito realizado pela empresa Gama será liberado em favor dela. Para os recorrentes enquadrados no § 9º do art. 899 da CLT, que têm direito de realizar o depósito recursal pela metade, vale dizer que se trata de direito personalíssimo, logo, intransferível. Digamos que as empresas ABC e DEF foram condenadas (solidária ou subsidiariamente). A empresa ABC é uma microempresa. A empresa DEF é uma grande empresa e está pleiteando a sua exclusão da lide. A condenação foi de R\$ 3.000,00. As duas querem recorrer. A empresa ABC, na qualidade de microempresa, efetuou depósito recursal de R\$ 1.500,00 (metade do valor devido, que é o valor da condenação, já que este é menor do que o teto fictício), nos termos do § 9º do art. 899 da CLT. Seu recurso está preparado (recolheu custas também). O depósito feito pela empresa ABC, nos termos do item III da Súmula 128 do TST, “aproveitará” a empresa DEF, porém, no caso, “em parte”. A empresa DEF, para ter o seu recurso conhecido, terá que prepará-lo, efetuando o depósito recursal no valor da outra metade (R\$ 1.500,00), pois não é alcançada pela prerrogativa prevista no § 9º do art. 899 da CLT.

- f) Havendo acréscimo ou redução da condenação em grau recursal, o juízo prolator da decisão arbitrará novo valor à condenação, quer para a exigibilidade de depósito ou complementação do já depositado, para o caso de recurso subsequente, quer para liberação do valor excedente decorrente da redução da condenação. Digamos que o reclamante tenha ajuizado reclamação trabalhista pleiteando

uma indenização por dano moral no valor de R\$ 100.000,00. Julgado procedente o pedido, o juiz condenou a empresa a pagar R\$ 5.000,00. Ambas as partes recorreram. A reclamada busca, no recurso ordinário, a reforma da sentença, para que seja afastada a condenação, e, como pedido sucessivo, caso seja mantida a condenação, requer a redução do respectivo valor. O reclamante, por sua vez, persegue o aumento do valor da condenação. Se o TRT der provimento parcial ao recurso do reclamante, aumentando a condenação para R\$ 8.000,00, a empresa, que já tinha depositado R\$ 5.000,00, terá que complementar o depósito recursal em R\$ 3.000,00, caso deseje interpor recurso de revista. Se o TRT der provimento parcial ao recurso da empresa, reduzindo o valor da condenação para R\$ 2.000,00, a empresa não precisará depositar qualquer valor para fins de recurso de revista e ainda terá direito à liberação do valor de R\$ 3.000,00, depois do trânsito em julgado da decisão, caso não seja esta modificada por *decisum* posterior (§ 1º do art. 899 da CLT).

9.4. Recurso Adesivo e Rateio das Despesas Processuais

O recurso “na forma adesiva” está previsto nos §§ 1º e 2º do art. 997 do CPC. O TST entende que o remédio é compatível com o processo trabalhista, especificamente quanto ao recurso ordinário, o recurso de revista, o agravo de petição e os embargos ao TST. O entendimento está corporificado na Súmula 283 do TST. Também é compatível com o recurso extraordinário ao STF, à luz do inciso II do § 2º do art. 997 do CPC.

Para a interposição de recurso adesivo é preciso que ocorra a sucumbência recíproca e que apenas uma das partes tenha recorrido. A parte que não recorreu poderá, quando intimada para ofertar contrarrazões (art. 900 da CLT), interpor recurso “na forma adesiva”, buscando anular ou reformar a decisão (afastar sua sucumbência).

<p>REQUISITOS PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADESIVO = Sucumbência de autor e réu (recíproca) + recurso interposto por apenas uma das partes.</p>
--

O prazo do recurso adesivo é o prazo das contrarrazões, que corresponde ao mesmo prazo do recurso principal. Não existe tecnicamente a peça “recurso adesivo”. O advogado deve qualificá-lo.

Digamos que tenha ocorrido sucumbência recíproca e que apenas o reclamante interpôs recurso ordinário. O reclamado, ao ser intimado para ofertar contrarrazões, resolveu, mediante seu advogado, interpor recurso “adesivo”. O nome desse recurso será **RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO**.

O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal. Se o recorrente do recurso principal desistir do seu recurso, soterrado restará também o recurso adesivo.

Importante diferenciar a sucumbência recíproca para fins recursais, da sucumbência recíproca para fins de assunção das despesas processuais (custas, honorários, emolumentos).

A Súmula 326 do STJ elucida a questão, dizendo que, na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

A referida Súmula trata da “sucumbência para fins de despesas processuais”.

Exemplificando.

Se o reclamante pleitear R\$ 50.000,00 de indenização por dano moral e o juiz condenar o reclamado a pagar R\$ 10.000,00, a sucumbência, para fins recursais, será recíproca, ou seja, as duas partes poderão recorrer (possuem interesse recursal), mas as despesas processuais ficarão a cargo do reclamado, que foi a parte sucumbente.

Neste sentido o parágrafo único do art. 86 do CPC.

Basta aplicar esse entendimento para todas as verbas pleiteadas.

Exemplificando.

Se o reclamante pedir a condenação do reclamado no pagamento de duas

horas extras por dia e o juiz condenar em uma por dia, os dois litigantes poderão recorrer, mas o recolhimento das custas e o pagamento dos honorários ficarão a cargo exclusivamente do reclamado (o qual também terá que efetuar depósito recursal, caso queira recorrer).

Diferente é o caso de múltiplos pedidos procedentes e improcedentes.

Exemplificando.

Digamos que o reclamante pediu a condenação do reclamado no pagamento de indenização por dano moral, de indenização por dano estético, de horas extras e de adicional noturno. Na sentença, o juiz julgou procedentes os pedidos de pagamento de indenização por dano moral e de indenização por dano estético, julgando improcedentes os pedidos de pagamento de horas extras e de adicional noturno. Ambas as partes poderão recorrer e ambas as partes serão responsáveis pelo recolhimento das custas, cada qual proporcionalmente à sua sucumbência (o depósito recursal só será recolhido pela empresa, pois, no caso, foi condenada em pecúnia).

9.5. Remessa Necessária

A remessa necessária, chamada equivocadamente de “recurso *ex officio*”, não tem natureza recursal, tratando-se apenas de uma ratificação da decisão de primeiro grau exigida por lei, quando a sentença, nos termos do art. 496 do CPC, for proferida contra a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios e suas respectivas autarquias e fundações de Direito público ou quando a sentença julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

Caso seja interposto recurso pelo órgão público, não há pensar em “remessa necessária”. Não interposto recurso no prazo legal, entretanto, o juiz do trabalho ordenará a remessa dos autos ao TRT, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

A remessa necessária não se aplica quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 salários mínimos, para a União e as respectivas autarquias e fundações de Direito público; 500 salários mínimos para os estados, o Distrito Federal, as

respectivas autarquias e fundações de Direito público e os municípios que constituam capitais dos estados; 100 salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de Direito público.

Também não se aplica a remessa necessária quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior ou em acórdão proferido pelo STF, STJ ou TST em julgamento de recursos repetitivos ou em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

O TST, em agosto de 2016, atualizou a Súmula 303, agora em harmonia com o CPC.

SÚMULA 303 DO TST. FAZENDA PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 211/2016, DEJT divulgado em 24, 25 e 26.08.2016.

I – Em dissídio individual, está sujeita ao reexame necessário, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a: a) 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; b) 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; c) 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

II – Também não se sujeita ao duplo grau de jurisdição a decisão fundada em: a) súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no

âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

III – Em ação rescisória, a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório quando desfavorável ao ente público, exceto nas hipóteses dos incisos anteriores. (ex-OJ nº 71 da SBDI-1 – inserida em 03.06.1996).

IV – Em mandado de segurança, somente cabe reexame necessário se, na relação processual, figurar pessoa jurídica de direito público como parte prejudicada pela concessão da ordem. Tal situação não ocorre na hipótese de figurar no feito como impetrante e terceiro interessado pessoa de direito privado, ressalvada a hipótese de matéria administrativa. (ex-OJs nos 72 e 73 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 25.11.1996 e 03.06.1996).

Capítulo 10

RECURSO ORDINÁRIO

O recurso ordinário, previsto no art. 895 da CLT, como o próprio nome diz (ordinário = comum), é um remédio amplo, comportando o reexame de fatos, provas e matérias de direito, devolvendo ao juízo *ad quem* toda a matéria impugnada (art. 1.013 do CPC). O advogado do recorrente, por conseguinte, pode atacar as decisões interlocutórias, proferidas pelo juízo *a quo*, inclusive aquelas exaradas em audiência, e pode enfrentar os fundamentos da própria decisão definitiva ou terminativa. Todas as questões suscitadas e discutidas no processo, quando do trâmite no primeiro grau, poderão ser objeto de apreciação pelo órgão de segundo grau, desde que relativas ao objeto impugnado (razões do recurso) – § 1º do art. 1.013 do CPC. Significa dizer que o recurso ordinário está sombreado pelo efeito devolutivo em profundidade, à luz do item I da Súmula 393 do TST.

Digamos que a empresa foi condenada a pagar horas extras, mediante sentença proferida por juiz do trabalho. Sendo impugnada a matéria, em recurso ordinário interposto pelo advogado da reclamada (condenação no pagamento de horas extras), o **efeito devolutivo em profundidade** do recurso ordinário transferirá ao TRT a apreciação de todos os fundamentos da petição inicial e da contestação, inclusive aqueles não examinados (não enfrentados) pelo juiz (na sentença), pois tais fundamentos “integram o capítulo impugnado” (condenação no pagamento de horas extras).

SÚMULA 393 DO TST. RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. ART. 1.013, § 1º, do CPC DE 2015. ART. 515, § 1º, DO CPC DE 1973 – (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016.

I – O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, § 1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado.

II – Se o processo estiver em condições, o tribunal, ao julgar o recurso ordinário, deverá decidir desde logo o mérito da causa, nos termos do § 3º do art. 1.013 do CPC de 2015, inclusive quando constatar a omissão da sentença no exame de um dos pedidos.

Diante disso, a oposição de embargos de declaração, contra uma decisão maculada pelo vício da omissão, quanto a um fundamento levantado na petição inicial ou na contestação, não é mais considerada indispensável, pois o vácuo pode ser suprido pelo juízo *ad quem*, no julgamento do recurso ordinário. A ausência de embargos, por conseguinte, não atrai a preclusão, diante do efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário.

A conclusão, entretanto, pouco interessará ao advogado previdente e que conduz a sua trajetória profissional escudado pela cautela. Esse advogado, diante do vício da omissão, embargará a decisão, fulcrado nos arts. 897-A da CLT e 1.022 a 1.026 do CPC, principalmente quando a decisão externar um julgamento *citra petita* (omissão na apreciação de um pedido ou de um requerimento).

Cabe recurso ordinário, no prazo de oito dias, contra decisões **definitivas** ou **terminativas** dos juízes do trabalho ou dos juízes de direito investidos em jurisdição trabalhista, dirigido ao próprio juiz que proferiu a decisão (primeiro juízo de admissibilidade), contendo, no seu corpo, as razões recursais, as quais são dirigidas ao TRT (art. 895, I, da CLT c/c inciso XI do art. 2º da IN 39/2016 do TST).

Típica decisão terminativa é o arquivamento da reclamação pelo não comparecimento do reclamante à audiência (*caput* do art. 844 da CLT). Contra a decisão cabe recurso ordinário no prazo de oito dias. Pode acontecer de um advogado comparecer no dia da audiência para avisar ao juiz que o seu

cliente está impossibilitado de participar do ato por motivo relevante, nos termos do § 1º do art. 844 da CLT. O magistrado, ignorando o fato de o advogado representar o reclamante, indefere o pleito de adiamento da audiência, por não ter comparecido uma das pessoas listadas no “jurássico” § 2º do art. 843 da CLT (norma que tem como base o *jus postulandi*). Ora, a presença do advogado já basta para que o juiz defira o requerimento, fixando, se necessário, prazo para a juntada de documento que comprove o relevante motivo. Aquela pode ser a segunda audiência e gerar a incidência da perempção trabalhista (art. 732 da CLT). Caso a intransigência do magistrado persista e a reclamação seja arquivada, caberá recurso ordinário, oportunidade em que o advogado poderá juntar documento comprobatório do fato impeditivo do comparecimento do seu cliente (Súmula 08 do TST).

Também cabe recurso ordinário, no prazo de oito dias, contra decisões **definitivas ou terminativas** dos Tribunais Regionais do Trabalho, atuando em sua **competência originária**, tanto em dissídios individuais, como em dissídios coletivos, dirigido ao próprio TRT que proferiu a decisão (primeiro juízo de admissibilidade), contendo, no seu corpo, as razões recursais, as quais são dirigidas ao TST (art. 895, II, da CLT c/c inciso XI do art. 2º da IN 39/2016 do TST). Assim sendo, do acórdão de TRT que julgar ação rescisória, por exemplo, cabe recurso ordinário. O mesmo se diga de acórdão de TRT que julgar originariamente mandado de segurança.

No caso de dissídio coletivo, sabe-se que a competência originária é do TRT (alínea *a* do inciso I do art. 678 da CLT), salvo se o conflito estiver abrangendo jurisdição de mais de um TRT, quando então será processado e julgado originariamente pelo TST (alínea *a* do inciso I do art. 2º da Lei 7.701/1988).

Existe uma exceção envolvendo o estado de São Paulo, único que possui dois tribunais regionais. Ela está prevista no art. 12 da Lei 7.520/1986, consagrando a competência do TRT da 2ª Região para julgar dissídio coletivo que envolva a jurisdição dos Tribunais Regionais da 2ª e da 15ª Regiões: “*Compete exclusivamente ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região processar, conciliar e julgar os dissídios coletivos nos quais a decisão a ser proferida deva produzir efeitos em área territorial alcançada, em parte, pela*

jurisdição desse mesmo tribunal e, em outra parte, pela jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região”.

Contra decisão de TRT em dissídio coletivo, portanto, cabe recurso ordinário (art. 895, II, da CLT). Mas contra decisão do TST em dissídio coletivo, atuando em sua competência originária, cabem embargos infringentes (art. 894, I, da CLT), desde que a decisão não tenha sido unânime. Em caso de decisão unânime, ela será considerada decisão em única instância, desafiando recurso extraordinário ao STF (art. 102, III, da CF).

Pois bem.

No caso de **decisões terminativas** (aquelas que não resolvem o mérito – *caput* do art. 485 do CPC), o juízo *a quo* poderá se retratar no prazo de cinco dias, revogando a decisão, nos termos do § 7º do art. 485 do CPC e do item VIII do art. 3º da IN 39/2016 do TST.

Quando o juiz julgar **liminarmente improcedente o pedido**, nas causas que dispensem a fase instrutória, observando as hipóteses do art. 332 do CPC, a decisão desafia recurso ordinário, no prazo de oito dias, nos termos dos §§ 2º a 4º do art. 332 do CPC e do art. 7º da IN 39/2016. O mesmo se diga quando o juiz **julgar antecipada e parcialmente o mérito**, à luz do art. 356 do CPC (inaplicável, portanto, o seu § 5º) e do art. 5º da IN 39/2016 do TST.

O art. 332 do CPC, devidamente adaptado ao processo do trabalho, reza que, nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará **liminarmente improcedente** o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do STF ou do TST; II – acórdão proferido pelo STF ou pelo TST em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de TRT sobre direito local, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que não exceda à jurisdição do respectivo tribunal (CLT, art. 896, *b*, *a contrario sensu*). A redação, conforme dito, já se encontra adaptada à IN 39/2016 do TST. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência da decadência – art. 332, § 1º, do

CPC, adaptado ao parágrafo único do art. 7º da IN 39/2016 do TST.

O CPC, no seu art. 356, prevê que o juiz decidirá **parcialmente o mérito** quando um ou mais pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 (desnecessidade de produção de outras provas ou o réu for revel e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349). A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá ser executada, desde logo, independentemente de caução, ainda que haja recurso (princípio do efeito devolutivo). A execução, no caso de existência de recurso, será provisória. Transitando em julgado a decisão, a execução será definitiva. Contra a decisão que julgar parcialmente o mérito cabe recurso ordinário, nos termos do art. 5º da IN 39/2016 do TST, e não agravo de instrumento, como prevê o § 5º do art. 356 do CPC.

Caso interessante e excepcional é aquele pertinente ao acolhimento de exceção de incompetência territorial que gere a remessa dos autos a uma vara do trabalho de **TRT diferente**. Contra a decisão cabe recurso ordinário no prazo de oito dias (alínea *c* da Súmula 214 do TST). Se o excepto não interpuser recurso ordinário, precluirá o seu direito de recorrer da decisão.

A decisão que acolhe ou rejeita exceção de incompetência territorial é de índole interlocutória, não desafiando recurso de imediato, à luz do § 1º do art. 893 e do § 2º do art. 799 da CLT.

A Súmula 214 do TST, em sua alínea *c*, consagra uma ressalva ao princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, tanto assim que, no *caput*, a referida Súmula faz questão de reforçar a regra. Rejeitada a exceção de incompetência, não cabe recurso de imediato. Acolhida, com ordem de remessa para uma vara que pertença ao mesmo TRT, também não cabe recurso de imediato.

O fato de a alínea *c* da Súmula 214 do TST, no seu final, citar o art. 799, § 2º, da CLT oferece robustez ao argumento de que, no caso, a decisão não teria natureza “interlocutória”, assumindo as vestes de “sentença terminativa do feito”. Discordo da conclusão, pois o acolhimento da exceção de incompetência territorial não retira a competência da Justiça do Trabalho,

resolvendo, por conseguinte, mera questão incidental, tendo natureza típica de decisão interlocutória, gere ou não a remessa dos autos a vara do trabalho de outro TRT. A ressalva prevista na alínea *c* da Súmula 214 do TST (recurso de imediato contra decisão interlocutória) apenas confirma a regra (irrecorribilidade imediata) esculpida no art. 893, § 1º, da CLT (*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* – “a exceção confirma a regra nos casos não excetuados”); afinal, “o geral abrange o especial” (*specialia generalibus insunt*).

Resumindo, cabe recurso ordinário nas seguintes situações.

☐ Recurso ordinário contra decisão terminativa (quando o juiz poderá se retratar no prazo de cinco dias – § 7º do art. 485 do CPC c/c item VIII do art. 3º da IN 39/2016) ou definitiva proferida por juiz do trabalho ou juiz de direito investido em jurisdição trabalhista – art. 895, I, da CLT.

☐ Recurso ordinário contra decisão que julgar liminarmente improcedente o pedido, cabendo, no caso, juízo de retratação no prazo de cinco dias – §§ 2º a 4º do art. 332 do CPC c/c o art. 7º da IN 39/2016 do TST. Recurso ordinário contra decisão que julgar antecipada e parcialmente o mérito – art. 356 do CPC (inaplicável seu § 5º) c/c o art. 5º da IN 39/2016 do TST.

☐ Recurso ordinário contra decisão terminativa (quando o órgão julgador poderá se retratar no prazo de cinco dias – § 7º do art. 485 do CPC c/c item VIII do art. 3º da IN 39/2016) ou definitiva proferida por TRT, em processos de sua competência originária – art. 895, II, da CLT.

☐ Recurso ordinário contra decisão que acolhe exceção de incompetência territorial e determina a remessa dos autos a uma vara do trabalho de TRT diferente – Súmula 214, *c*, do TST, c/c o art. 799, § 2º, da CLT.

O recurso ordinário é um recurso do tipo próprio, e, como tal, deve ser protocolado no juízo de primeiro grau (inciso XI do art. 2º da IN 39/2016 do TST). Sendo assim, a primeira parte é endereçada ao próprio órgão que

proferiu a decisão molestada, chamado de juízo *a quo*, o qual analisará os pressupostos de admissibilidade, decidindo se o recurso será ou não conhecido. Lembrando que se a decisão, objeto do recurso ordinário, for terminativa do feito, poderá o juízo *a quo* retratar-se, revogando-a e determinando o retorno dos autos à pauta de audiência, para a continuidade do processo (§ 7º do art. 485 do CPC).

A segunda parte do recurso ordinário, composta das razões recursais, é dirigida ao órgão jurisdicional de segundo grau, chamado de juízo *ad quem*, o qual, antes de analisar as razões do recurso, também avaliará os pressupostos de admissibilidade.

As duas “partes” compõem uma única peça, que é o recurso ordinário.

O CPC/2015, no § 3º do art. 1.010, acabou com o primeiro juízo de admissibilidade da apelação. A novidade, todavia, não se aplica ao processo do trabalho, como dispõe o item XI do art. 2º da IN 39/2016 do TST. Logo, **o duplo juízo de admissibilidade continua valendo para os recursos trabalhistas** do tipo próprio.

Conhecido o recurso pelo juízo *a quo*, o recorrido será intimado para apresentar, no prazo de oito dias, contrarrazões – art. 900 da CLT e § 1º do art. 1.010 do CPC. Depois disso, os autos serão remetidos ao juízo *ad quem*.

Não conhecido o recurso ordinário pelo juízo *a quo*, o recorrente poderá interpor agravo de instrumento, nos termos do art. 897, *b*, da CLT. Se a decisão de não conhecimento estiver maculada por manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade, tornam-se cabíveis, antes do agravo de instrumento, embargos de declaração, os quais provocarão a interrupção do prazo do agravo (parte final do *caput* e § 3º do art. 897-A da CLT).

Distribuído o recurso ordinário no TRT, caberá ao relator analisar, em segundo juízo de admissibilidade (art. 2º, XI, da IN 39/2016), os pressupostos recursais, nos termos do art. 932, III, do CPC, incumbindo-lhe dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova (vide Súmula 08 do TST), bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes (art. 764 da CLT, c/c o inciso I do art. 932 do

CPC). Também compete ao desembargador relator apreciar o pedido de tutela provisória (antecipatória e/ou cautelar) presente no recurso, incluindo aquele que busca a **obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário**, mediante requerimento esculpido nas razões recursais, nos termos do item I da Súmula 414 do TST. Da decisão monocrática, proferida pelo desembargador relator, cabe agravo interno, também chamado de “agravo regimental” (art. 1.021 do CPC).

Os recursos, no processo trabalhista, não são dotados de efeito suspensivo (art. 899 da CLT). Para obtenção deste, cabe ao recorrente pleitear, nas razões recursais, ou seja, na parte dirigida ao juízo *ad quem*, a sua concessão, expondo os fundamentos, à luz do item I da Súmula 414 do TST, inspirado no § 5º do art. 1.029 do CPC. Pode o relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Essa decisão (não conhecimento do recurso no segundo juízo de admissibilidade) **só poderá ser proferida depois da concessão do prazo de cinco dias ao recorrente, para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível** (vide parágrafo único do art. 932 do CPC e art. 10 da IN 39/2016 do TST) – os princípios do contraditório e da ampla defesa atuando mais uma vez em ferocidade avassaladora. Apenas para reforçar, o TST determinou, no art. 10 da IN 39/2016, a aplicação do parágrafo único do art. 932 do CPC ao processo trabalhista.

Pode o relator, ainda, **negar provimento** a recurso (decisão meritória) que for contrário a: (a) súmula do STF, do STJ, do TST ou do próprio TRT; (b) acórdão proferido pelo STF, pelo STJ ou pelo TST em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 932, IV, do CPC).

Cabe ainda ao relator, no caso de conhecimento do recurso, **dar provimento** ao remédio se a decisão recorrida for contrária a: (a) súmula do STF, do STJ, do TST ou do próprio TRT; (b) acórdão proferido pelo STF, pelo STJ ou pelo TST em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 932, V, do CPC).

Proferida **decisão monocrática** pelo relator, contra ela cabe agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC. Se a decisão for de não conhecimento do recurso e estiver maculada por manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade, tornam-se cabíveis, antes do agravo interno, embargos de declaração, que provocarão a interrupção do prazo do agravo (parte final do *caput* e § 3º do art. 897-A da CLT).

Nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, nos termos do § 1º do art. 895 da CLT, o recurso ordinário possui prioridade de tramitação, logo, será imediatamente distribuído uma vez recebido no tribunal, devendo o relator liberar sua decisão no prazo máximo de dez dias, e ser incluído, depois disso, imediatamente em pauta para julgamento, sem a necessidade de desembargador revisor. O parecer do MPT é meramente facultativo (faculdade do *Parquet*), podendo ser ofertado oralmente na sessão de julgamento. O acórdão é mais “enxuto”, constituído unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo, da parte dispositiva e das razões de decidir do voto prevalente. Se a sentença molestada pelo recurso ordinário for confirmada pelos seus próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão, prescindindo de “fundamentos próprios”.

A prioridade na distribuição também deve ser aplicada àqueles casos de “tramitação preferencial” (pessoas com idade igual ou superior a 60 anos; pessoas portadoras de doença grave; pessoas portadoras de deficiência; e reclamações contra massa falida).

Já no rito sumário (“de alçada”), a sentença, seja terminativa, seja definitiva, tem natureza de “decisão em única instância”, desafiando apenas recurso extraordinário. Logo, não cabe, em regra, recurso ordinário contra sentença proferida no rito sumário (art. 2º, § 4º, da Lei 5.584/1970). Mas o recurso extraordinário não é o único recurso cabível contra sentença no rito sumário, cabendo, antes dele, embargos de declaração (art. 897-A da CLT).

No rito sumário, há alguma decisão capaz de atrair recurso ordinário?

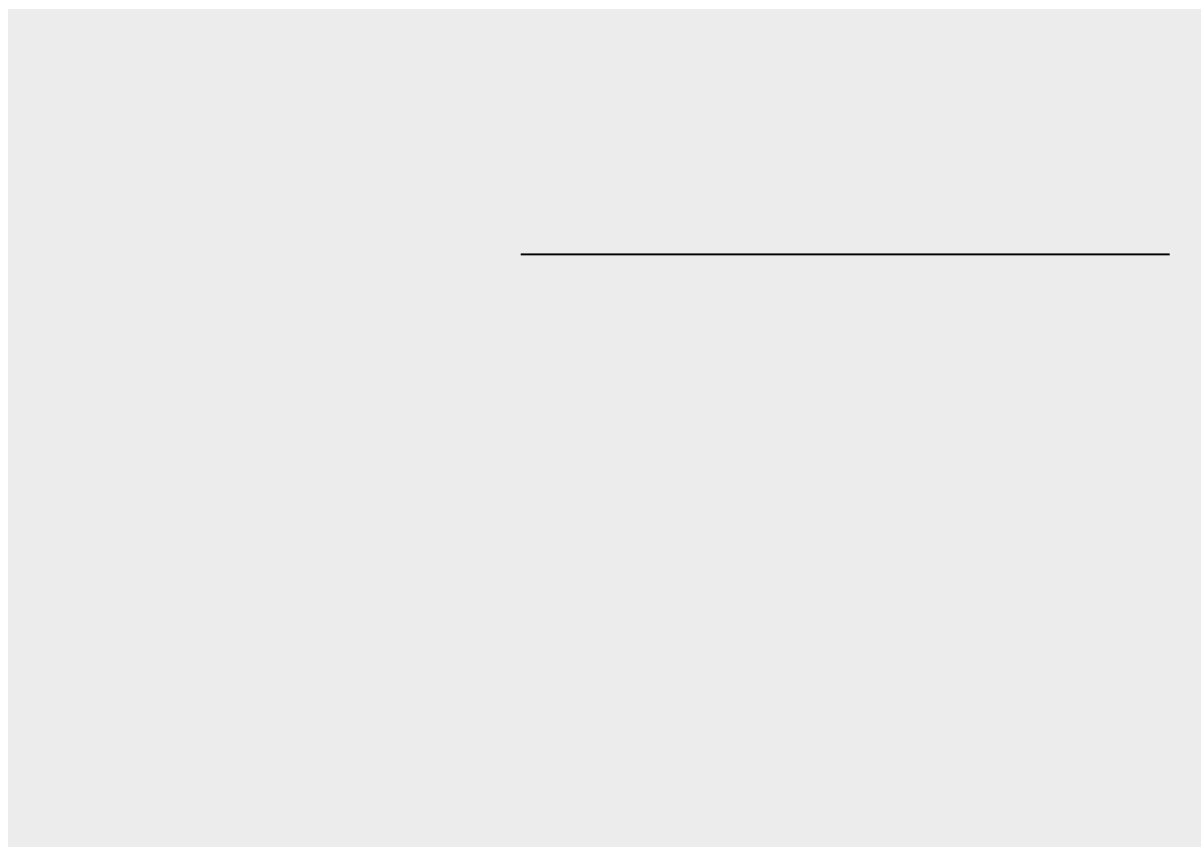
Entendo que sim!

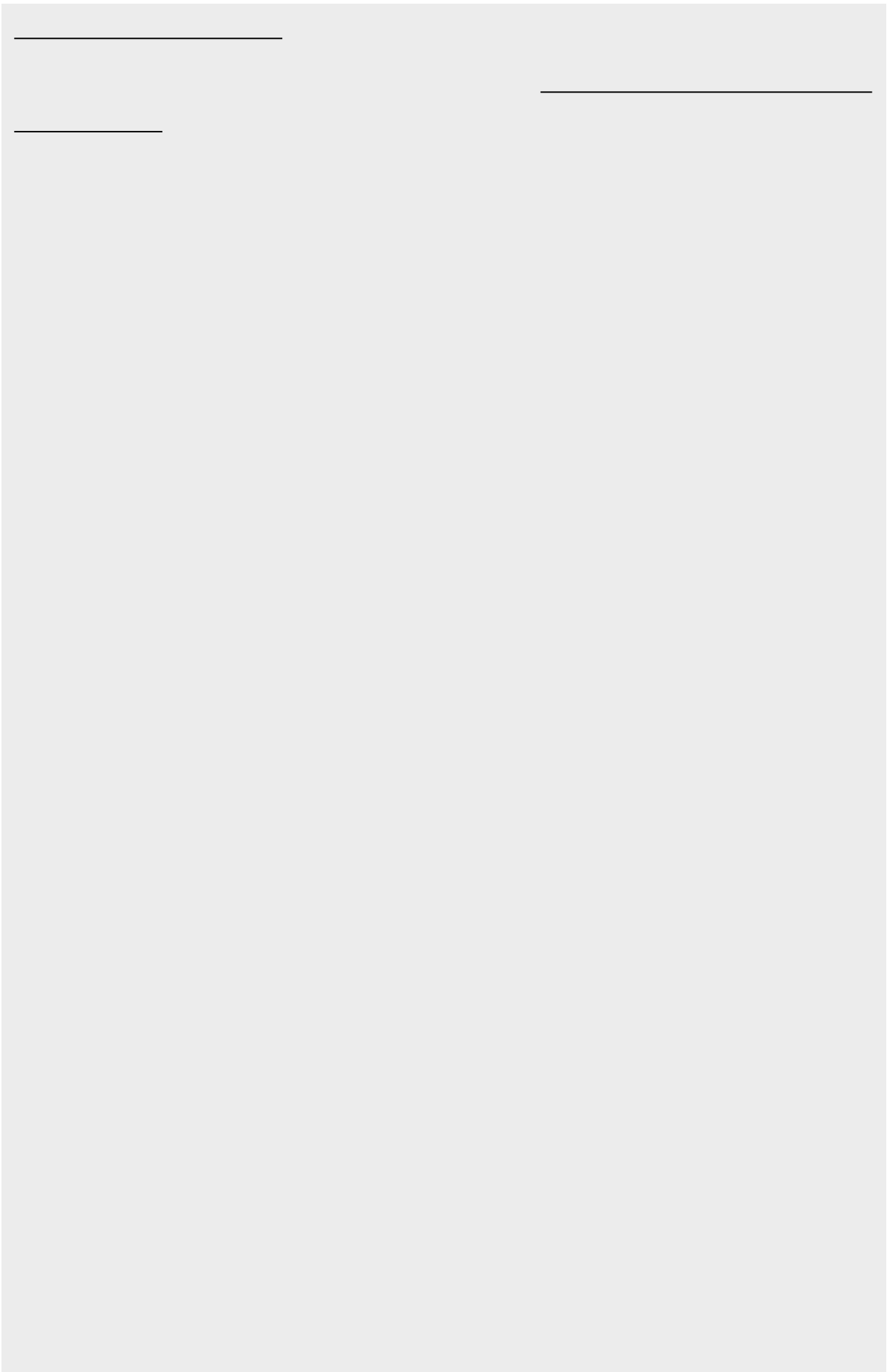
Aquela prevista na alínea *c* da Súmula 214 TST, já abordada neste tópico. Enxergando o jurista, na decisão, natureza de sentença terminativa (seguindo posição majoritária, que se “agarra” na citação ao § 2º do art. 799 CLT), não caberá contra ela recurso ordinário. Vislumbrando, pelo fato de não ocorrer deslocamento de competência para fora da Justiça do Trabalho, típica decisão interlocutória, por resolver apenas um incidente processual, cabível se torna o recurso ordinário (minha posição).

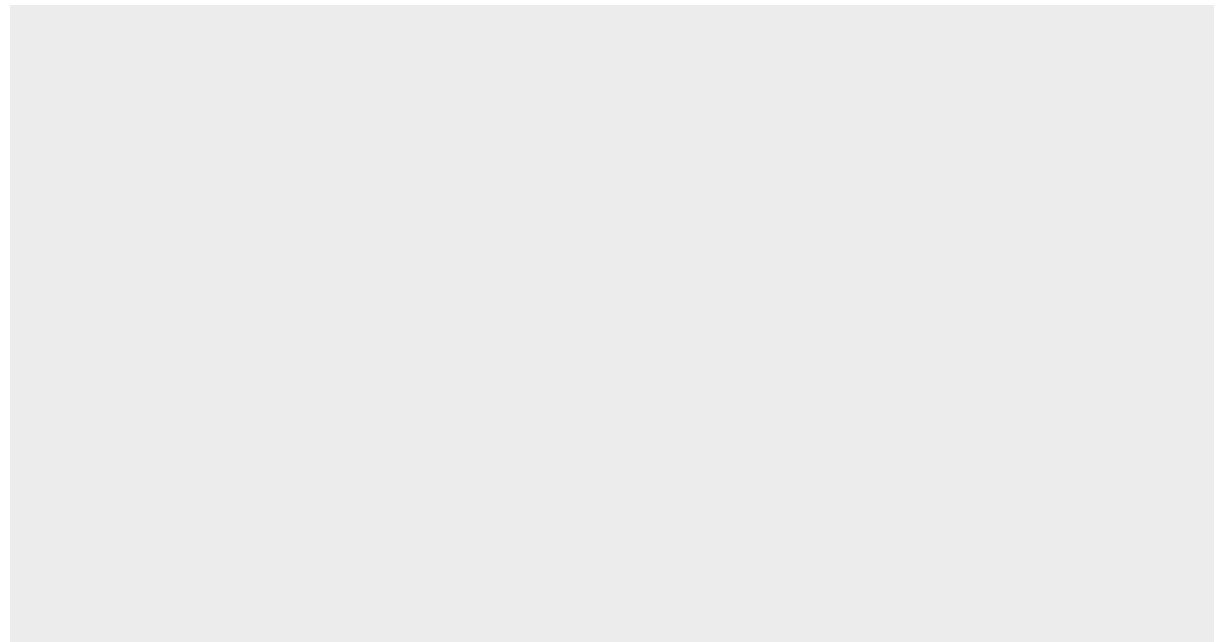
Incabível recurso ordinário, no rito sumário, da decisão que julgar liminarmente improcedente o pedido (§§ 2º a 4º do art. 332 do CPC/2015, c/c o art. 7º da IN 39/2016 do TST) e daquela que julgar antecipada e parcialmente o mérito (art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC/2015, c/c o art. 5º da IN 39/2016 do TST). Nos casos, a regra prevalece, cabendo apenas recurso extraordinário (a exceção fica por conta, evidentemente, dos embargos de declaração).

10.1. Modelos de Recurso Ordinário

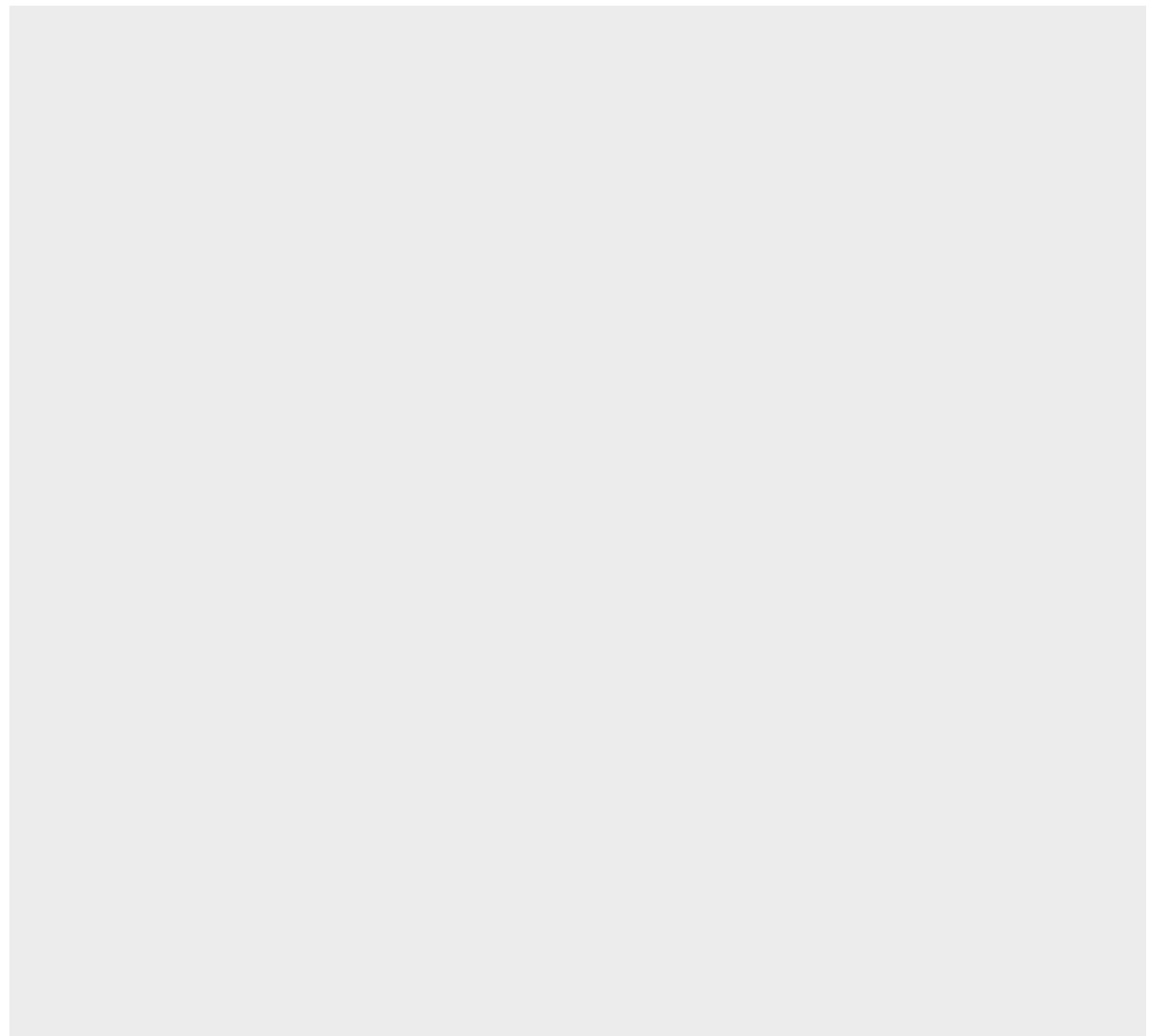
10.1.1. Modelo de Recurso Ordinário nº 1







10.1.2. Modelo de Recurso Ordinário nº 2



O recurso de revista, a exemplo do recurso de embargos de divergência (ou “embargos à SDI”) e do recurso extraordinário ao STF, tem natureza extraordinária, não comportando, por conseguinte, o reexame de fatos e provas, nos termos da Súmula 126 do TST. As matérias de direito que desafiam recurso de revista estão **taxativamente** previstas nas alíneas do art. 896 da CLT.

O recurso de revista, que será julgado por uma **Turma do TST**, só é admitido em **dissídios individuais**, para atacar **decisões proferidas por TRT**, quando este tiver julgado recurso ordinário ou agravo de petição. O TRT, portanto, estará atuando como instância recursal (órgão de segundo grau), em típica competência derivada. Já estudamos que as decisões do TRT, quando proferidas em ações de sua competência originária, desafiam recurso ordinário ao TST (inciso II do art. 895 da CLT). Mas há uma exceção. Trata-se do agravo de petição contra decisão do TRT, em processo de execução de ação de sua competência originária, o qual será julgado pelo próprio TRT, como prevê o § 3º do art. 897 da CLT. O leitor encontrará mais detalhes ao longo do Capítulo.

O *caput* do art. 896 da CLT é falho em sua redação, pois deixa a entender que o recurso de revista só é cabível na fase de conhecimento, ao dizer: “*Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho*”. A frase “em grau de recurso ordinário” restringe equivocadamente o alcance do recurso de revista, pois, como veremos, ele também pode ser interposto na execução, especificamente em três casos previstos nos §§ 2º e 10 do art. 896 da CLT.

O § 2º do art. 896 da CLT admite recurso de revista na fase de execução, quando o acórdão do TRT, julgando agravo de petição contra decisão proferida pelo juiz do trabalho, **violar direta e literalmente norma constitucional**. Como se trata de processo de execução, o TRT não estará julgando recurso ordinário, mas agravo de petição.

A admissibilidade do recurso de revista na fase de execução foi ampliada pelo § 10 do art. 896 da CLT, incluído pela Lei 13.015/2014. **Nas execuções fiscais** (art. 114, VII, da CF – execução de certidão de dívida ativa da União gerada pelas penalidades aplicadas aos empregadores pela fiscalização do Ministério do Trabalho) e **nas controvérsias que envolvam a CNDT** – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, caberá recurso de revista, contra agravo de petição julgado pelo TRT, com base em todas as hipóteses previstas para o rito ordinário na fase de conhecimento (violação da Constituição Federal, violação de lei federal, contrariedade a Súmula do TST, contrariedade a Súmula Vinculante, contrariedade a decisões da SDI e divergência com julgamento de outro TRT).

No art. 642-A da CLT, o advogado encontrará a **CNDT** – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, a qual será expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, com prazo de validade de 180 dias. Trata-se, na verdade, de um cadastro de negativação de devedores trabalhistas, pois a apresentação da CNDT é necessária para a participação da empresa em processos de licitação, como dispõem o inciso IV do art. 27 e o inciso V do art. 29 da Lei 8.666/1993. Nos termos do art. 883-A da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, a decisão judicial transitada em julgado **somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo**. Segundo o TST, no art. 15 da IN 41/2018, o prazo previsto no art. 883-A da CLT, para as medidas de execução indireta nele especificadas, **aplica-se somente às execuções iniciadas a partir de 11/11/2017**. Ora, à luz do art. 14 do CPC, a referida norma tem aplicação imediata. Logo, todo e qualquer

executado passou a ter direito ao citado prazo, desde que não tenha sido citado (art. 880 da CLT). Sendo assim, o art. 15 da IN 41/2018 viola a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, pois tenta, mediante injustificável “desarmonia”, restringir o direito ao “início da execução”, desprezando a sucessividade dos atos processuais.

Pois bem.

Esses três casos de recurso de revista na fase executória, acima especificados, previstos nos §§ 2º e 10 do art. 896 da CLT, também se aplicam quando a execução estiver se processando no próprio TRT, em ação de sua competência originária (art. 877 da CLT). Das decisões proferidas pelo TRT, na qualidade de primeira instância da execução, caberá agravo de petição, que será julgado pelo próprio TRT, como dispõe o § 3º do art. 897 da CLT. Observem que esse agravo de petição terá, excepcionalmente, natureza de recurso impróprio, pois será julgado pelo mesmo órgão que proferiu a decisão molestada, observando-se, evidentemente, a divisão interna do tribunal e a sua competência funcional, à luz do respectivo regimento.

Não cabe recurso de revista em dissídios coletivos.

Sabemos que os dissídios coletivos são de competência originária dos tribunais do trabalho, seja um TRT, seja o TST. Esse fato, por si só, já justifica a exclusividade do recurso de revista em dissídios individuais, principalmente porque não há execução em dissídios coletivos, uma vez que, se uma norma coletiva for descumprida, caberá ação de cumprimento, de competência dos juízes do trabalho, à luz do parágrafo único do art. 872 da CLT c/c Súmulas 246 e 286 do TST.

Para reforçar o estudo, sempre é bom lembrar que os dissídios coletivos serão julgados originariamente pelo respectivo TRT, quando o conflito estiver restrito à área de sua jurisdição (art. 678, I, *a*, da CLT). Quando o conflito coletivo exceder a jurisdição dos Tribunais Regionais, a competência originária será do TST (art. 2º, I, *a*, da Lei 7.701/88).

Contra sentença normativa (decisão em dissídio coletivo), proferida pelo TRT, cabe recurso ordinário para o TST – art. 895, II, da CLT.

Contra sentença normativa (decisão em dissídio coletivo), proferida pelo

TST, cabe recurso de embargos infringentes (ou embargos à SDC), desde que a decisão não tenha sido unânime (decisão por maioria) – art. 894, I, *a*, da CLT.

Quanto ao cabimento do recurso de revista, já aprendemos que ele serve para atacar decisão de TRT, em julgamento de recurso ordinário ou de agravo de petição. A partir daí, surgem cinco situações. Vamos resumi-las.

1ª Situação – No caso de o TRT julgar recurso ordinário, em processo que tramita no rito ordinário, caberá recurso de revista se a decisão:

- ✓ Violar a Constituição Federal (norma constitucional); e/ou
- ✓ Violar Lei Federal; e/ou
- ✓ Contrariar Súmula Vinculante; e/ou
- ✓ Contrariar Súmula do TST; e/ou
- ✓ Contrariar Decisões da SDI (incluindo OJ); e/ou
- ✓ Contrariar Decisões de outros TRTs.

2ª Situação – No caso de o TRT julgar recurso ordinário, em processo que tramita no rito sumaríssimo, caberá recurso de revista se a decisão (§ 9º do art. 896 da CLT):

- ✓ Violar a Constituição Federal (norma constitucional); e/ou
- ✓ Contrariar Súmula vinculante; e/ou
- ✓ Contrariar Súmula do TST.

3ª Situação – No caso de o TRT julgar agravo de petição em execução fiscal (art. 114, VII, da CF), caberá recurso de revista se a decisão (§ 10 do art. 896 da CLT):

- ✓ Violar a Constituição Federal (norma constitucional); e/ou
- ✓ Violar Lei Federal; e/ou
- ✓ Contrariar Súmula Vinculante; e/ou
- ✓ Contrariar Súmula do TST; e/ou
- ✓ Contrariar Decisões da SDI (incluindo OJ); e/ou

- ✓ Contrariar Decisões de outros TRTs.

4ª Situação – No caso de o TRT julgar agravo de petição em execução cuja controvérsia envolva o CNDT, caberá recurso de revista se a decisão (§ 10 do art. 896 da CLT):

- ✓ Violar a Constituição Federal (norma constitucional); e/ou
- ✓ Violar Lei Federal; e/ou
- ✓ Contrariar Súmula Vinculante; e/ou
- ✓ Contrariar Súmula do TST; e/ou
- ✓ Contrariar Decisões da SDI (incluindo OJ); e/ou
- ✓ Contrariar Decisões de outros TRTs.

5ª Situação – No caso de o TRT julgar agravo de petição, ressalvadas as duas situações imediatamente anteriores, caberá recurso de revista se a decisão (art. 896, § 2º, da CLT):

- ✓ Violar a Constituição Federal (norma constitucional).

Contrariedade é sinônimo de “divergência de interpretação” (alíneas *a* e *b* do art. 896 da CLT).

No caso de contrariedade da decisão do TRT com súmula vinculante, súmula do TST, decisões da SDI ou decisões de outro TRT, a divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Em linguagem vulgar, o recurso de revista não serve para “desenterrar defunto” – art. 896, § 7º, da CLT.

Na Súmula 218, o TST esclarece que o recurso de revista não é cabível contra decisão de TRT prolatada no julgamento de agravo de instrumento.

O art. 932 do CPC é aplicável ao recurso de revista, com destaque para os incisos IV e V, que preveem a possibilidade de o ministro relator monocraticamente negar ou dar provimento ao recurso, a depender da harmonia ou não do remédio com os precedentes jurisprudenciais (incluindo

os incidentes de resolução de demandas repetitivas).

O relator do recurso de revista também poderá denegar-lhe seguimento, em decisão monocrática, nas hipóteses de intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou de ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco ou intrínseco de admissibilidade, nos termos do § 14 do art. 896 da CLT.

Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar **transcendência**, cabendo agravo interno desta decisão para o colegiado, como dispõe o § 2º do art. 896-A da CLT. Estudaremos a transcendência mais adiante.

A Súmula 285 do TST foi **cancelada** em março de 2016. Ela dizia que o fato de o juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista (TRT) entendê-lo cabível apenas quanto à parte das matérias veiculadas não impedia a apreciação integral pela Turma do TST, sendo imprópria a interposição de agravo de instrumento “parcial”. A admissibilidade “parcial” do recurso de revista no TRT, por conseguinte, passou a desafiar agravo de instrumento, sob pena de preclusão, como hoje dispõe a IN 40/2016 do TST, logo no *caput* do seu art. 1º.

Ocorrendo, no primeiro juízo de admissibilidade (TRT), **omissão** quanto a um ou mais temas, é ônus do recorrente opor embargos de declaração para o órgão prolator da decisão, visando “suprir a omissão”, como prevê o § 1º do art. 1º da IN 40/2016 do TST c/c o § 2º do art. 1.024 do CPC, sob pena de preclusão. Os embargos declaratórios serão julgados monocraticamente pelo relator que proferiu a decisão omissa.

Observem, ainda, que passou a ser considerada **nula** a decisão do TRT, proferida quando do primeiro juízo de admissibilidade do recurso de revista, que for omissa sobre qualquer tema objeto do recurso, mesmo que já tenha sido atacada por embargos de declaração (art. 93, inciso IX, da CF c/c § o 1º do art. 489 do CPC) – § 2º do art. 1º da IN 40/2016 do TST. Essa **nulidade**, que será decretada pelo TST, lastreada na recusa do TRT a emitir seus fundamentos no juízo de admissibilidade do recurso de revista, está condicionada à oposição de embargos de declaração no TRT pelo recorrente

e, após a intimação da decisão dos embargos de declaração, à interposição de agravo de instrumento, sob pena de preclusão, nos termos do § 12 do art. 896 da CLT c/c os §§ 3º e 4º do art. 1º da IN 40/2016 do TST. Declarada a nulidade da decisão do TRT, pode o ministro relator do TST, por decisão irrecorrível (§ 5º do art. 896 da CLT, por analogia), devolver o agravo de instrumento ao TRT de origem para que complemente o seu primeiro juízo de admissibilidade (essa devolução só ocorrerá se o recorrente tiver oposto, na época própria, embargos de declaração contra a decisão do TRT).

A matéria, objeto do recurso de revista, precisa ser prequestionada no TRT, como prevê a Súmula 297 do TST, salvo se a divergência ou violação tiver origem na própria decisão regional (OJ 119 da SDI-1).

OJ 119 da SDI-1. PREQUESTIONAMENTO INEXIGÍVEL. VIOLAÇÃO NASCIDA NA PRÓPRIA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA Nº 297. É inexigível o prequestionamento quando a violação indicada houver nascido na própria decisão recorrida. Inaplicável a Súmula nº 297 do TST.

O prequestionamento é um pressuposto extrínseco específico dos recursos de natureza extraordinária, contando, hoje, com previsão legal.

Com a chegada do CPC/2015, o TST, mediante o parágrafo único do art. 9º da IN 39/2016, manteve intacta a redação do item III da sua Súmula 297, que regula o “prequestionamento ficto”: *“Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.”* Neste sentido o parágrafo único do art. 9º da IN 39/2016 do TST: *“A omissão para fins do prequestionamento ficto a que alude o art. 1.025 do CPC dá-se no caso de o tribunal regional do trabalho, mesmo instado mediante embargos de declaração, recusar-se a emitir tese sobre questão jurídica pertinente, na forma da Súmula 297, item III, do Tribunal Superior do Trabalho”.*

Exemplificando.

Realizado o pregão, exatamente no horário da audiência, a advogada da instituição financeira reclamada se deparou com a

ausência do preposto, e requereu a oportunidade de atuar concomitantemente na condição de advogada e preposta. O juiz do trabalho, citando o Código de Ética da Advocacia, indeferiu o requerimento, mantendo nos autos

a contestação e os documentos juntados pela referida advogada, como preceitua o § 5º do art. 844 da CLT (incluído pela Lei 13.467/2017), mas aplicando a pena de confissão ficta quanto aos fatos, já que, da citação, constava a advertência quanto à sua cominação, nos termos do § 1º do art. 385 do CPC. A advogada da reclamada, no recurso ordinário, pediu a nulidade da sentença, alegando que o Código de Ética da Advocacia, que proíbe ao advogado cumular as funções, não é uma lei, mas uma norma interna da OAB, apontando, por conta disso, **violação ao inciso II do art. 5º da CF**. O TRT conheceu do recurso ordinário, negando-lhe provimento. Na fundamentação, o TRT expressamente se posicionou a respeito do tema (violação direta e literal à Constituição Federal). A matéria, portanto, foi devidamente prequestionada. Cabível se torna o recurso de revista, com base na alínea c do art. 896 da CLT. O exemplo teve por base um caso real, que gerou histórica decisão do TST, no julgamento do RR-1555-19.2010.5.09.0651, no sentido de que a proibição de atuação do advogado também como preposto viola o inciso II do art. 5º da CF (princípio da legalidade). Mas tive que adaptar o caso concreto, em face da Reforma Trabalhista.

Caso o TRT, quando do julgamento do recurso ordinário, não abordasse expressamente a violação apontada pela advogada da reclamada, esta teria que opor, em cinco dias, embargos de declaração, para suprir a omissão. Improvidos os embargos e não suprida a omissão, a matéria já estaria prequestionada (prequestionamento presumido ou ficto), à luz do item III da Súmula 297 do TST e do parágrafo único do art. 9º da IN 39/2016 do TST. Não opostos, entretanto, na oportunidade, embargos de declaração, a preclusão encontraria *habitat* natural e soterraria qualquer chance

de conhecimento do recurso de revista.

SÚMULA 297 DO TST. PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO.

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

OJ 118 DA SDI-1. PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

OJ 62 DA SDI-1. PREQUESTIONAMENTO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE EM APELO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. NECESSIDADE, AINDA QUE SE TRATE DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. É necessário o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade em recurso de natureza extraordinária, ainda que se trate de incompetência absoluta.

OJ 256 DA SDI-1. PREQUESTIONAMENTO. CONFIGURAÇÃO. TESE EXPLÍCITA. SÚMULA Nº 297. Para fins do requisito do prequestionamento de que trata a Súmula nº 297, há necessidade de que haja, no acórdão, de maneira clara, elementos que levem à conclusão de que o Regional adotou uma tese contrária à lei ou à súmula.

SÚMULA 356 DO STF. O ponto omissso da decisão, sobre o qual

não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

O § 1º-A do art. 896 da CLT, incluído pela Lei 13.015/2014, quanto ao prequestionamento, dispõe, no seu inciso I, que o recorrente deve, sob pena de não conhecimento do recurso de revista, indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do Recurso de Revista.

Significa dizer que deve constar do recurso de revista o trecho do acórdão do TRT capaz de comprovar que a matéria foi prequestionada ou os trechos dos embargos de declaração e de sua decisão que, em conjunto, comprovem o prequestionamento ficto.

Não adianta o advogado apenas afirmar que a matéria foi prequestionada. Isso só não basta, pois, mesmo tendo ocorrido o prequestionamento, se o pertinente trecho (ou trechos) do acórdão do TRT (ou dos embargos de declaração e da sua decisão) não for transcrito no recurso de revista (numa linguagem moderna: copiado do acórdão e colado no recurso de revista), este não será conhecido.

Também no § 1º-A do art. 896 da CLT, incluído pela Lei 13.015/2014, há um pressuposto específico do recurso de revista. O recorrente deve indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade ao dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional (inciso II). Além disso, deve expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte (inciso III).

Se a tese do recurso de revista for de nulidade de decisão por **negativa de prestação** jurisdicional (ausência de fundamentação – violação ao inciso IX do art. 93 da CF; violação ao *caput* do art. 11 do CPC; violação ao *caput* do art. 832 da CLT; violação ao inciso II do art. 489 do CPC; violação a algum inciso do § 1º do art. 489 do CPC – vide Súmula 459 do TST), o advogado do

recorrente terá que transcrever no recurso de revista o trecho dos embargos de declaração em que foi pedido o pronunciamento do TRT sobre a questão veiculada no recurso ordinário ou no agravo de petição e o trecho da decisão do TRT que rejeitou os embargos quanto ao pedido, nos termos do inciso IV do § 1º-A do art. 896 da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

A Reforma Trabalhista, com a inserção do inciso IV ao § 1º-A do art. 896 da CLT, impôs ao advogado do recorrente, no caso de nulidade da decisão por “negativa de prestação jurisdicional” a ser requerida em recurso de revista, a oposição de embargos de declaração contra a decisão do TRT, exatamente para atacar a omissão do julgado (art. 897-A da CLT). O trecho dos embargos declaratórios opostos no TRT deverá ser transcrito no corpo do recurso de revista. O advogado, além de transcrever o trecho dos embargos, terá que transcrever também o trecho da decisão do TRT que rejeitou os ditos embargos. Tais transcrições são pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, essenciais para a verificação, de plano, da omissão que alicerça o remédio.

TRANSCENDÊNCIA – Art. 896-A da CLT

A transcendência está para o recurso de revista assim como a repercussão geral está para o recurso extraordinário ao STF. Logo, **a transcendência é mais um pressuposto de admissibilidade do recurso de revista**. Esse pressuposto, entretanto, não pode ser analisado pelo TRT, que é o primeiro juízo de admissibilidade do recurso de revista. **A transcendência só pode ser avaliada pelo TST**, como reza o § 6º do art. 896-A da CLT.

A repercussão geral é um pressuposto de admissibilidade específico do recurso extraordinário perante o STF e foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro pela EC 45 de 2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. Ela representa a relevância e a transcendência do objeto do recurso, significando dizer que a questão debatida deve ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico (basta um), além de transcender o interesse subjetivo das partes do caso em concreto.

A Reforma Trabalhista regulamentou a transcendência, firmando, na CLT,

os seus indicadores. A presença de um só indicador basta para que o recurso de revista seja, neste ponto, conhecido. No art. 19 da IN 41/2018, o TST definiu que o exame da transcendência seguirá a regra estabelecida no art. 246 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, **incidindo apenas sobre os acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho publicados a partir de 11/11/2017**, excluídas as decisões em embargos de declaração.

A transcendência econômica está umbilicalmente ligada ao elevado valor da causa.

A transcendência política tem pertinência com o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do TST ou do STF.

A transcendência social está na postulação, pelo recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado.

A transcendência jurídica diz respeito à existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

Caso o recurso de revista não seja conhecido monocraticamente pelo relator, nos termos do § 2º do art. 896-A da CLT, cabe agravo interno ao colegiado, no prazo de oito dias.

Caso o recurso de revista não seja conhecido pelo colegiado, seja por decisão unânime ou por maioria, a decisão é considerada irrecorrível no âmbito do TST, nos termos do § 4º do art. 896-A da CLT, admitindo-se a interposição de recurso extraordinário ao STF, por se tratar de decisão em última instância (inciso III do art. 102 da CF).

O § 5º do art. 896-A da CLT diz que é irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. Vou explicar.

O duplo juízo de admissibilidade recursal continua presente no processo trabalhista, não se aplicando a novidade trazida pelo CPC de 2015. Neste sentido o inciso XI da IN 39/2016 do TST, que considera inaplicável, ao processo do trabalho, o art. 1.010, § 3º, do CPC. Logo, se o recurso de revista não for conhecido pelo TRT (1º juízo de admissibilidade), caberá agravo de

instrumento para o TST (2º juízo de admissibilidade), nos termos do art. 897, b, da CLT. A decisão monocrática do ministro relator no TST, mantendo a decisão denegatória de seguimento do recurso de revista, **mediante o fundamento de ausência de transcendência**, será considerada uma decisão em última instância, não atraindo agravo interno para a turma, mas apenas recurso extraordinário ao STF.

Vale reforçar que a análise da transcendência deve ser feita exclusivamente pelo TST, não se admitindo que o TRT, como 1º juízo de admissibilidade do recurso de revista, avalie a existência ou não de transcendência do recurso de revista – § 6º do art. 896-A da CLT.

INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO – IRR

O art. 896-B da CLT, incluído pela Lei 13.015/2014, dispõe que se aplicam as normas do Código de Processo Civil relativas ao julgamento dos Recursos Extraordinários e Especial repetitivos, no que couber, ao recurso de revista.

A previsão prestigia a segurança jurídica, **impedindo que decisões, abrangendo questões idênticas, conflitem entre si**, situação que poderia acontecer quando ações com identidade de matéria eram distribuídas para turmas diferentes (desafiando, inclusive, embargos de divergência – art. 894, II, da CLT). O tratamento do CPC aos ditos “recursos repetitivos” trouxe benefícios significativos, diminuindo o número de recursos especiais no STJ e de extraordinários no STF. O escopo da Lei 13.015/2014 foi tornar mais célere o trâmite dos recursos de revista.

O art. 896-C da CLT, também incluído pela Lei 13.015/2014, regula o processamento de recursos de revista repetitivos. Eis o diz a norma.

Art. 896-C da CLT. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa

Seção ou das Turmas do Tribunal.

§ 1º O Presidente da Turma ou da Seção Especializada, por indicação dos relatores, afetará um ou mais recursos representativos da controvérsia, para julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos.

§ 2º O Presidente da Turma ou da Seção Especializada que afetar um processo para julgamento sob rito do recurso repetitivo deverá expedir comunicação aos demais Presidentes de Turmas ou Seção Especializada, que poderão afetar outros processos sobre a questão para julgamento conjunto, a fim de conferir ao órgão julgador uma visão global da questão.

§ 3º O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho oficiará os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para que suspendam os recursos interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 4º Caberá ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho, ficando suspensos os demais recursos de revista até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 5º O relator do Tribunal Superior do Trabalho poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto idêntica controvérsia ao do recurso afetado como repetitivo.

§ 6º O recurso repetitivo será distribuído dentre um dos Ministros membros da Seção Especializada ou do Tribunal Pleno e a um Ministro revisor.

§ 7º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de 15 (quinze) dias, aos Tribunais Regionais do Trabalho a respeito da controvérsia.

§ 8º O relator poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 9º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 7º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de 15 (quinze) dias.

§ 10. Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na Seção Especializada ou no Tribunal Pleno, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos.

§ 11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:

I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou

II – serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

§ 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista.

§ 13. Caso a questão afetada e julgada sob o rito do recurso repetitivo também contenha questão constitucional, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno não obstará o conhecimento de eventuais recursos extraordinários sobre a questão constitucional.

§ 14. Aos recursos extraordinários interpostos perante o Tribunal Superior do Trabalho será aplicado o procedimento previsto no art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, cabendo ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho selecionar um ou mais recursos representativos da

controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, na forma do § 1º do art. 543- da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 15. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho poderá oficial os Tribunais Regionais do Trabalho e os Presidentes das Turmas e da Seção Especializada do Tribunal para que suspendam os processos idênticos aos selecionados como recursos representativos da controvérsia e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, até o seu pronunciamento definitivo.

§ 16. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito do recurso repetitivo.

§ 17. Caberá a revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos, quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

11.1. Modelo de Recurso de Revista

**EXMO SR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRT DA ____
REGIÃO**

PROCESSO Nº ____.

NOME DO RECORRENTE (*o recorrente, no caso, é o reclamante, que também foi o recorrente no Recurso Ordinário*), já qualificado nos autos, vem, por seu (s) advogado (s), com procuração (se já existir, escrever “nos autos”; caso não haja procuração nos autos, escrever “anexa”), interpor **RECURSO DE REVISTA**, em face do acórdão proferido em sede de Recurso Ordinário, nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada em desfavor de **NOME DO**

RECORRIDO (o recorrido, no caso, é o reclamado, que também foi o recorrido no Recurso Ordinário), à luz do art. 896 da CLT, mediante os fundamentos jurídicos que corporificam a presente peça, demonstrando, desde logo, o atendimento dos pressupostos recursais de admissibilidade.

Dos pressupostos de admissibilidade

- a) O recorrente é parte legítima para interpor o presente Recurso de Revista, figurando, no processo, na qualidade de reclamante e recorrente no Recurso Ordinário improvido, possuindo interesse recursal, vitimado que foi por violação à norma constitucional e violação à lei federal, encontrando-se sombreado de inafastável capacidade. Atendidos, destarte, os pressupostos intrínsecos.
- b) O presente Recurso de Revista é o remédio adequado para impugnar o acórdão proferido por este E. TRT, à luz do inciso do art. 896 da CLT.
- c) O recorrente foi intimado do acórdão na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, ocorrendo, ali, o início do prazo recursal, cuja contagem começou na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, correspondente ao primeiro dia útil imediatamente subsequente ao do recebimento da intimação (dies a quo). Protocolado o presente recurso na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, mostra-se tempestivo, visto que interposto dentro do prazo de oito dias previsto no art. 6º da Lei 5.584/1970.
- d) O recorrente encontra-se representado por advogado (s), mediante procuração (se já existir, escrever “nos autos”; caso não haja procuração nos autos, escrever “anexa”). Atendido, pois, o pressuposto de regularidade de

representação. Por cautela, caso seja verificada alguma irregularidade na representação, requer o recorrente a concessão do prazo de 05 dias para que seja sanado o vício, nos termos do art. 76 do CPC e do item II da Súmula 383 do TST.

- e) O recorrente, na qualidade de beneficiário da justiça gratuita, é isento do recolhimento de custas.
- f) O recorrente, na qualidade de beneficiário da justiça gratuita, é isento do depósito recursal, nos termos do § 10 do art. 899 da CLT.
- g) Em cumprimento ao que dispõe o inciso III do § 1º-A da CLT, o recorrente passa a expor as razões do pedido de reforma do acórdão impugnado:
 - 1. No seguinte trecho da decisão do E. TRT **(transcrever aqui o respectivo trecho da decisão)** observa-se a violação ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, mostrando-se claro e manifesto o cerceamento do direito de defesa e afronta ao princípio da ampla defesa.
 - 2. No seguinte trecho da decisão do E. TRT **(transcrever aqui o respectivo trecho da decisão)** observa-se a violação ao art. 821 da CLT, que assegura a cada parte o direito de ofertar até três testemunhas.
 - 3. No seguinte trecho da decisão do E. TRT **(transcrever aqui o respectivo trecho da decisão)** observa-se a violação ao art. 794 da CLT, que prevê a nulidade de qualquer ato processual que provocar manifesto prejuízo a uma das partes, no caso, o recorrente.
- h) Conforme determina o inciso II do § 1º-A do art. 896 da CLT, vem o recorrente indicar que a decisão molestada, ao negar provimento ao Recurso Ordinário, considerou válida a dispensa, pelo Juízo de primeiro grau, da oitiva da testemunha convidada pelo recorrente, prova esta vital para

o exercício do seu direito de defesa, violando, com isso, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que garante a todo e qualquer litigante a ampla defesa, violando também o art. 821 da CLT, que prevê o direito de apresentação de até três testemunhas por cada litigante. A exoneração da prova testemunhal, por conseguinte, causou manifesto prejuízo ao recorrente, gerando nulidade processual, à luz do art. 794 da CLT, norma esta também espancada pela referida decisão, em clara e manifesta violação.

- i) A violação ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal foi devidamente prequestionada, como prevê o item I da Súmula 297 do TST, passando o recorrente, em cumprimento ao que determina o inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT, a transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstancia o referido prequestionamento **(colocar aqui o trecho completo, do acórdão do TRT, que apreciou a tese de violação ao inciso LV do art. 5º da CF – “cerceamento do direito de defesa” e “afronta ao princípio da ampla defesa”)**.
- j) A violação ao art. 821 da CLT foi devidamente prequestionada, como prevê o item I da Súmula 297 do TST, passando o recorrente, em cumprimento ao que determina o inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT, a transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstancia o referido prequestionamento **(colocar aqui o trecho completo, do acórdão do TRT, que apreciou a tese de violação ao art. 821 da CLT – “direito de a parte apresentar até três testemunhas”)**.
- k) A violação ao art. 794 da CLT foi devidamente prequestionada, como prevê o item I da Súmula 297 do TST, passando o recorrente, em cumprimento ao que determina o inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT, a transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstancia o referido

prequestionamento (***colocar aqui o trecho completo, do acórdão do TRT, que apreciou a tese de violação ao art. 794 da CLT – “nulidade de ato processual que causa manifesto prejuízo à parte”***).

Do pedido

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, requer o conhecimento do presente Recurso de Revista e a intimação do recorrido para apresentar contrarrazões, nos termos do art. 900 da CLT.

Requer, por fim, a remessa dos autos ao TST.

Local ____, data ____.

A

DVOGADO.

OAB Nº ____.

COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

PROCESSO Nº ____.

RECORRENTE: NOME DO RECORRENTE (*o recorrente, no caso, é o reclamante, que também foi o recorrente no Recurso Ordinário*).

RECORRIDO: NOME DO RECORRIDO (*o recorrido, no caso, é o reclamado, que também foi o recorrido no Recurso Ordinário*).

INSIGNE TURMA

O recorrente, mui respeitosamente, por seu (s) advogado (s), vem interpor **RECURSO DE REVISTA**, com alicerce no art. 896 da CLT, mediante os fundamentos jurídicos que corporificam as Razões Recursais, demonstrando, desde logo, o atendimento dos pressupostos de admissibilidade.

Dos pressupostos de admissibilidade

- a) O recorrente é parte legítima para interpor o presente Recurso de Revista, figurando, no processo, na qualidade

de reclamante e recorrente no Recurso Ordinário improvido, possuindo interesse recursal, vitimado que foi por violação à norma constitucional e violação à lei federal, encontrando-se sombreado de inafastável capacidade. Atendidos, destarte, os pressupostos intrínsecos.

- b) O presente Recurso de Revista é o remédio adequado para impugnar o acórdão proferido pelo E. TRT da___ Região, à luz do inciso do art. 896 da CLT.
- c) O recorrente foi intimado do acórdão na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, ocorrendo, ali, o início do prazo recursal, cuja contagem começou na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, correspondente ao primeiro dia útil imediatamente subsequente ao do recebimento da intimação (dies a quo). Protocolado o presente recurso na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, mostra-se tempestivo, visto que interposto dentro do prazo de oito dias previsto no art. 6º da Lei 5.584/1970.
- d) O recorrente encontra-se representado por advogado (s), mediante procuração (se já existir, escrever “nos autos”; caso não haja procuração nos autos, escrever “anexa”). Atendido, pois, o pressuposto de regularidade de representação. Por cautela, caso seja verificada alguma irregularidade na representação, requer o recorrente a concessão do prazo de 05 dias para que seja sanado o vício, nos termos do art. 76 do CPC e do item II da Súmula 383 do TST.
- e) O recorrente, na qualidade de beneficiário da justiça gratuita, é isento do recolhimento de custas.
- f) O recorrente, na qualidade de beneficiário da justiça

gratuita, é isento do depósito recursal, nos termos do § 10 do art. 899 da CLT.

- g) Em cumprimento ao que dispõe o inciso III do § 1º-A da CLT, o recorrente passa a expor as razões do pedido de reforma do acórdão impugnado:
1. No seguinte trecho da decisão do E. TRT **(transcrever aqui o respectivo trecho da decisão)** observa-se a violação ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, mostrando-se claro e manifesto o cerceamento do direito de defesa e afronta ao princípio da ampla defesa.
 2. No seguinte trecho da decisão do E. TRT **(transcrever aqui o respectivo trecho da decisão)** observa-se a violação ao art. 821 da CLT, que assegura a cada parte o direito de ofertar até três testemunhas.
 3. No seguinte trecho da decisão do E. TRT **(transcrever aqui o respectivo trecho da decisão)** observa-se a violação ao art. 794 da CLT, que prevê a nulidade de qualquer ato processual que provocar manifesto prejuízo a uma das partes, no caso, o recorrente.
- h) Conforme determina o inciso II do § 1º-A do art. 896 da CLT, vem o recorrente indicar que a decisão molestada, ao negar provimento ao Recurso Ordinário, considerou válida a dispensa, pelo Juízo de primeiro grau, da oitiva da testemunha convidada pelo recorrente, prova esta vital para o exercício do seu direito de defesa, violando, com isso, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que garante a todo e qualquer litigante a ampla defesa, violando também o art. 821 da CLT, que prevê a apresentação de até três testemunhas por cada litigante. A exoneração da prova testemunhal, por conseguinte, causou manifesto prejuízo ao recorrente, gerando nulidade processual, à luz do art. 794 da CLT, norma esta também espancada pela referida

decisão, em clara e manifesta violação.

- i) A violação ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal foi devidamente prequestionada, como prevê o item I da Súmula 297 do TST, passando o recorrente, em cumprimento ao que determina o inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT, a transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstancia o referido prequestionamento (***colocar aqui o trecho completo, do acórdão do TRT, que apreciou a tese de violação ao inciso LV do art. 5º da CF – “cerceamento do direito de defesa” e “afronta ao princípio da ampla defesa”***).
- j) A violação ao art. 821 da CLT foi devidamente prequestionada, como prevê o item I da Súmula 297 do TST, passando o recorrente, em cumprimento ao que determina o inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT, a transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstancia o referido prequestionamento (***colocar aqui o trecho completo, do acórdão do TRT, que apreciou a tese de violação ao art. 821 da CLT – “direito de a parte apresentar até três testemunhas”***).
- k) A violação ao art. 794 da CLT foi devidamente prequestionada, como prevê o item I da Súmula 297 do TST, passando o recorrente, em cumprimento ao que determina o inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT, a transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstancia o referido prequestionamento (***colocar aqui o trecho completo, do acórdão do TRT, que apreciou a tese de violação ao art. 794 da CLT – “nulidade de ato processual que causa manifesto prejuízo à parte”***).

Da transcendência

O recorrente passa a demonstrar a presença de transcendência jurídica para o processamento do presente Recurso de Revista,

destacando, *ab initio*, que o rol esculpido nos incisos do § 1º do art. 896-A da CLT é meramente exemplificativo, não encerrando, portanto, *numerus clausus* (número fechado), como bem se observa do *caput* do referido § 1º: “São indicadores de transcendência, entre outros:” (sem grifos no original).

A transcendência está para o Recurso de Revista assim como a repercussão geral está para o Recurso Extraordinário. Ela delimita, no âmbito deste C. TST, a sua competência recursal às questões constitucionais, legais e jurisprudenciais que possuam relevância social e/ou política e/ou econômica e/ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

A relevância, no presente caso, é jurídica.

Conspícuos Ministros, a decisão guerreada violou o princípio da ampla defesa, violou o princípio do devido processo legal e violou o princípio da transcendência (também chamado de “princípio do prejuízo”), ao manter a sentença de primeiro grau e negar provimento ao Recurso Ordinário. Nada mais relevante, *data maxima venia*, do que isso.

A decisão molestada, ao ratificar a dispensa, pelo Juízo do primeiro grau, da testemunha convidada pelo recorrente, fez ruir a pilastra que dá sustentação ao devido processo legal, pois simplesmente privou um litigante de produzir prova essencial para o exercício do seu sagrado direito de defesa.

Pode-se dizer, com isso, que a decisão impugnada maculou o processo, tornando-o kafkiano.

Tal “surrealismo” tem grande relevância jurídica, tornando inafastável a nobre atuação deste C. TST, para que inspire os juízes do trabalho e tribunais regionais do trabalho a conduzir os feitos sem privar os contendores do sublime e iluminado direito à ampla defesa.

Diante da flagrante violação ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, ao art. 821 da CLT e ao art. 794 da CLT, à luz dos trechos

já transcritos nos pressupostos de admissibilidade, resta insofismável a transcendência jurídica para o processamento do presente remédio.

Das razões do recurso de revista

A decisão impugnada, nos seguintes trechos ____ (*transcrever os trechos do acórdão do TRT*), ratificou a dispensa da oitiva da testemunha convidada pelo recorrente, mantendo a sentença de primeiro grau, prova esta vital para o pleno exercício do seu direito de defesa, causando, com isso, evidente prejuízo ao recorrente.

Data maxima venia, a referida decisão, além de espancar o direito à ampla defesa do recorrente, violando o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, reduziu, em afronta à Lei Federal, o número de testemunhas permitido para cada litigante (até três), violando o art. 821 da CLT.

Não bastasse, a decisão de primeiro grau tinha provocado manifesto prejuízo ao recorrente, e o E. TRT, ao mantê-la intacta, violou o art. 794 da CLT, o qual é enfático quanto à nulidade a ser declarada.

Sendo nulo o ato de dispensa da oitiva da testemunha convidada pelo recorrente, tornam-se nulos todos os atos posteriormente praticados, assumindo, a decisão ora guerreada, a forma de um “fruto de uma árvore envenenada”, como dispõe o art. 281 do CPC: Art. 281. “*Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam (...)*”. No mesmo sentido o art. 798 da CLT.

Diante dos vícios insanáveis que maculam a decisão impugnada, o recorrente requer a sua nulidade, para que os autos processuais retornem ao Juízo de primeiro grau, com a determinação de reabertura da instrução para a colheita do depoimento da testemunha dispensada.

Do prequestionamento para fins de recurso extraordinário

Por cautela, o recorrente requer, nos termos do item I da Súmula 297 do TST, que a violação constitucional seja objeto de expressa fundamentação a ser lançada por este C. TST, para fins de prequestionamento, pressuposto este do recurso extraordinário.

- Requerimento de nulidade da decisão por violação de preceito constitucional, esculpido no inciso LV do art. 5º da CF, em face da injustificável dispensa de sua prova testemunhal.

Do pedido

Diante do exposto, o recorrente roga pelo conhecimento do presente recurso, e, no mérito, por seu provimento, para que a decisão proferida pelo E. TRT da ____ Região seja anulada, retornando, os autos processuais, ao Juízo de primeiro grau, com a determinação de reabertura da instrução, para a colheita do depoimento da testemunha dispensada e prolação de uma nova sentença.

Por extrema cautela, no caso de não provimento do recurso, requer a exposição de tese explícita a respeito da violação ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Local ____, data ____.

ADVOGADO.

OAB Nº ____.

Capítulo 12

AGRAVO DE PETIÇÃO

O agravo de petição está previsto no art. 897, *a*, §§ 1º, 3º e 8º, da CLT. Trata-se de um recurso de natureza ordinária, admitindo, por conta disso, a devolução de toda a matéria que foi discutida no juízo *a quo*, seja de fato, seja de direito, desde que impugnada no recurso.

Cabe agravo de petição contra decisões terminativas ou definitivas prolatadas na fase de execução.

O julgamento de embargos à execução é um exemplo clássico de cabimento de agravo de petição.

Situação interessante surge quando o juiz decreta a intempestividade dos embargos à execução, proferindo, com isso, típica sentença terminativa do feito. O art. 884 da CLT dispõe que os embargos devem ser opostos no prazo de cinco dias, a partir da garantia do juízo. O embargante, não concordando com a decisão, deverá interpor agravo de petição. Sempre é bom lembrar que o prazo para a oposição de embargos à execução é de natureza decadencial, logo, a sua contagem ocorre de forma contínua, nos termos do art. 132 do CCB. Já o prazo de oito dias para a interposição de agravo de petição é tipicamente processual, ocorrendo, a contagem, apenas em dias úteis, como dispõe o *caput* do art. 775 da CLT.

Muito cuidado, pois é comum, nesse tipo de situação, o juiz despachar assim: “*Não conheço dos embargos à execução, por intempestividade*”. O magistrado termina utilizando uma expressão típica da fase recursal de admissibilidade, levando o advogado a imaginar o uso de agravo de instrumento, como se os embargos à execução fossem um recurso. Ora, os embargos à execução têm natureza de ação incidental no processo de execução, tornando grosseiro o erro, quanto ao uso de agravo de instrumento.

E sendo o equívoco manifesto, não haverá espaço para a fungibilidade.

Com a Reforma Trabalhista, corporificada na Lei 13.467/2017, os embargos à execução foram esvaziados. Era comum o uso de embargos à execução para impugnação aos cálculos de liquidação, por conta da antiga redação do § 2º do art. 879 da CLT, que **facultava** ao juiz a concessão de prazo às partes para impugnação à decisão de homologação dos cálculos. Eu costumava dividir o juiz da execução em “juiz bonzinho” e “juiz malvado”. O primeiro era aquele que concedia o prazo para manifestação sobre os cálculos, pois proporcionava ao devedor o **direito de discutir o valor da dívida sem garantir previamente o juízo**. O segundo era aquele que não concedia o prazo, e, prontamente, depois de proferir a decisão de liquidação, citava o devedor, nos termos do art. 880 da CLT, para, em 48h, cumprir a obrigação ou garantir o juízo, sob pena de penhora. Só depois da garantia é que o executado podia impugnar os cálculos, mediante embargos à execução. **Isso acabou.**

A nova redação do § 2º do art. 879 da CLT dispõe que **o juiz deverá** abrir às partes **prazo de oito dias para impugnação fundamentada da decisão de liquidação**, com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, **sob pena de preclusão**.

A intimação tornou-se obrigatória e a não impugnação, no prazo de oito dias, gera preclusão temporal. Isso já acontecia com o crédito previdenciário, por conta do § 3º do art. 879 da CLT, mantido pela Reforma Trabalhista, que fixa prazo de dez dias para a União se manifestar sobre o cálculo das contribuições previdenciárias. Destarte, conforme dito, não há mais espaço para discussão sobre cálculo nos embargos à execução.

No art. 14 da IN 41/2018, o TST, respeitando o art. 14 do CPC, dispôs que a concessão do prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada da conta de liquidação, prevista no § 2º do art. 879 da CLT, não se aplica à liquidação de julgado iniciada antes de 11/11/2017.

A mudança afetou diretamente o § 4º do art. 884 da CLT, que diz: “*Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário*”. Essa norma perdeu toda a sua efetividade, podendo até ser considerada tacitamente revogada.

Elaborada a conta e tornada líquida a sentença, exequente e executado serão intimados para, no prazo de oito dias, impugnar a decisão de liquidação. O juiz, diante das impugnações (ou da impugnação, caso apenas uma parte se manifeste), proferirá decisão tipicamente interlocutória, visto que estará apenas resolvendo uma questão incidental (o epíteto usado na parte final do § 3º do art. 884 da CLT – “sentença de liquidação”, desde 1954, é fruto de um grave erro do nosso legislador). Será que cabe agravo de petição de imediato contra essa decisão? Será que não cabe agravo de petição de imediato e o executado, depois da decisão de liquidação, será citado, nos moldes do art. 880 da CLT, e só depois de julgados os embargos à execução é que caberá agravo de petição? E se o reclamado garantir o juízo, cumprindo a citação, e não opuser embargos à execução, como fica a situação do reclamante que impugnou os cálculos e deseja rediscutir a matéria no TRT, mediante agravo de petição?

Enfrentando as perguntas, que surgiram após a Reforma Trabalhista, entendo que a primeira merece uma resposta afirmativa. Significa dizer que cabe agravo de petição contra a decisão que julgar as impugnações aos cálculos, mesmo sendo esta uma típica decisão interlocutória. A minha posição tem como base a manutenção do § 1º do art. 897 da CLT, que reza: “*O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença*”. Considerando o esvaziamento dos embargos à execução, não há por que postergar o “trânsito em julgado” da decisão de liquidação, ato capaz de tumultuar o andamento do feito, principalmente se o juiz tiver que enfrentar a “terceira pergunta” que formulei (o que fazer com o direito de o credor agravar de petição, contra a decisão de liquidação, se o devedor não opuser embargos à execução, depois de garantir o juízo?).

A Reforma Trabalhista gerou uma nova exceção ao princípio da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias e revogou tacitamente o já fragilizado § 3º do art. 884 da CLT.

Observem que o § 1º do art. 897 da CLT prevê um pressuposto de admissibilidade específico do agravo de petição: “*a delimitação das matérias*

e dos valores discutidos no recurso”. Se o agravante não cumprir essa determinação, o agravo não será conhecido.

A delimitação dos valores ocorrerá exatamente quando o agravante estiver discutindo a liquidação da sentença (a quantia da dívida = *quantum debeatur*). Nesse caso, é aconselhável a juntada de planilha de cálculos, indicando o(s) motivo(s) da discórdia e impugnando os fundamentos da decisão. Essa delimitação dos valores, antes da Reforma Trabalhista (antes de 11/11/2017) só era exigida quando o agravante fosse o executado, não se aplicando ao credor, por ter como objetivo viabilizar a execução imediata da parte remanescente (incontroversa). Neste sentido a Súmula 17 do TRT da 6ª Região. Entendo que a mesma posição poderá ser mantida depois da Reforma Trabalhista, porquanto, de fato, o escopo da delimitação dos valores é fazer nascer uma quantia incontroversa e que propicie a execução definitiva e imediata sobre ela.

Não há recolhimento de custas no agravo de petição, porquanto, na execução, elas são pagas ao final, sempre pelo executado – *caput* e inciso IV do art. 789-A da CLT.

No agravo de petição também não há depósito recursal, quer ele esteja atacando decisão interlocutória (decisão que julgou as impugnações aos cálculos e decisão que acolheu ou rejeitou o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica), quer ele esteja atacando decisão terminativa ou definitiva em sede de embargos à execução (primeira parte do item II da Súmula 128 do TST), de embargos de terceiro etc. Estudamos que a segunda parte do item II da Súmula 128 do TST perdeu a sua efetividade, diante do esvaziamento dos embargos à execução pertinente à discussão sobre cálculos.

Quando do estudo do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, deixei bem claro que a “irrecorribilidade imediata” tem como premissa a celeridade processual, não podendo violar, entretanto, o princípio da ampla defesa consagrado no art. 5º, LV, da CF. O pressuposto para a sua incidência, por conseguinte, é o fato de que será prolatada, depois daquela decisão interlocutória, decisão final (definitiva ou terminativa), que desafiará recurso específico, em que o recorrente poderá impugnar até as decisões interlocutórias antes proferidas e que solucionaram incidentes processuais

(art. 893, § 1º, da CLT).

Caso determinada decisão interlocutória seja proferida, sem a garantia de que futuramente será prolatada outra decisão considerada definitiva ou terminativa, aquela desafiará de imediato recurso.

É o que acontece, por exemplo, com o **acolhimento**, pelo juízo da execução, de exceção de pré-executividade, cuja decisão, por ser considerada terminativa, deve ser atacada pelo exequente mediante agravo de petição, no prazo de oito dias.

Diferente da decisão que **rejeita** exceção de pré-executividade, a qual é irrecurável de imediato, pois o executado poderá opor embargos à execução, depois de garantir a dívida – art. 884 da CLT. Da decisão que apreciar os embargos, aí sim caberá agravo de petição.

A exceção de pré-executividade, apesar de não prevista em lei, é usada pelo executado para suscitar questões de ordem pública, dispensando-se a garantia da dívida.

Estudamos também que o art. 855-A da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017, determina a aplicação dos arts. 133 a 137 do CPC, que tratam do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Nos termos do inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT, contra a decisão que acolher ou rejeitar o incidente, proferida na fase de execução, cabe agravo de petição, inclusive em processo executório que seja fruto de ação de competência originária do TRT, quando, então, o agravo será julgado pelo próprio TRT.

Vamos resumir?

- a) Cabe agravo de petição para o TRT, se a decisão de acolhimento ou rejeição do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica for proferida por juiz do trabalho, nos termos do inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT, independentemente de garantia do juízo.
- b) Caso a decisão de acolhimento ou rejeição do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica seja proferida monocraticamente por desembargador ou ministro relator, em processo de execução que tramita no juízo de primeiro grau, cabe

agravo interno para o colegiado, nos termos do inciso III do § 1º do art. 855-A da CLT c/c inciso VI do art. 932 e art. 1.021 do CPC, independentemente de garantia do juízo.

- c) Em se tratando de execução que se processa originariamente no TRT, da decisão proferida pelo colegiado cabe agravo de petição, nos termos do § 3º do art. 897 da CLT, que será julgado pelo próprio TRT, observando-se a competência funcional regimental, independentemente de garantia do juízo.

Nos embargos de terceiro encontramos outro bom exemplo de cabimento de agravo de petição. O advogado, entretanto, tem que tomar cuidado e não se deixar iludir pela falsa impressão de que a ação de embargos de terceiro só é cabível na fase executória. Não é verdade.

A ação de embargos de terceiro (arts. 674 a 681 do CPC) é uma espécie de “ação possessória”, podendo ser usada na fase de conhecimento ou na fase de execução.

Julgados embargos de terceiro na **fase de conhecimento**, cabe recurso ordinário contra a decisão.

Julgados embargos de terceiro na **fase de execução**, cabe agravo de petição contra a decisão.

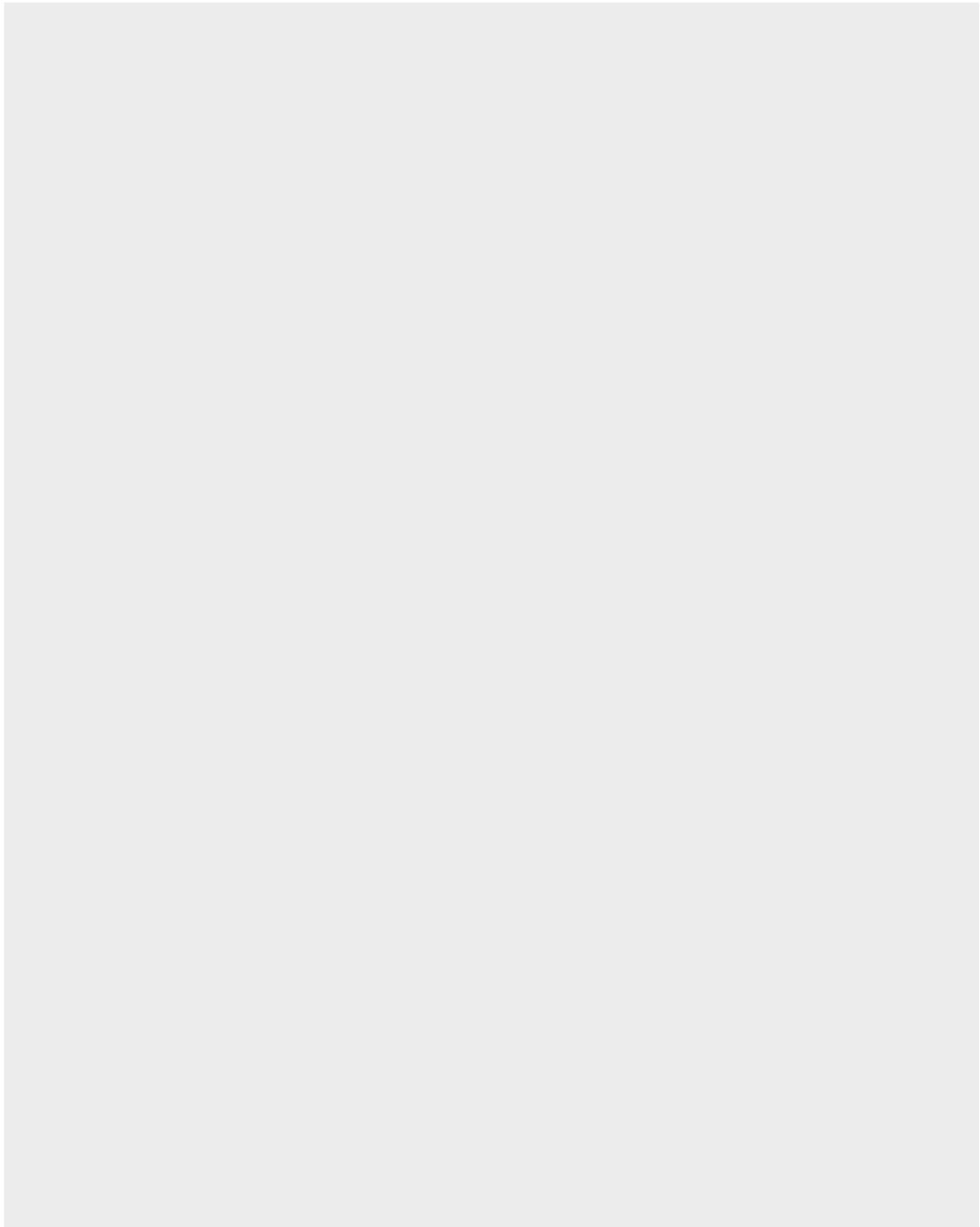
Os embargos de terceiro, portanto, não se confundem com os embargos à execução.

Os embargos de terceiro têm como objeto a apreensão de bens de pessoas que **não integram a lide**. Quem opõe embargos à execução é o devedor. Quem opõe embargos de terceiro é o “terceiro senhor e possuidor ou apenas possuidor”. Terceiro é aquele que não é parte no processo. O sócio, por exemplo, não tem legitimidade, depois da decisão de acolhimento do incidente de “desconsideração da personalidade jurídica”, para opor embargos de terceiro, visto que, com a desconsideração, passou a ocupar, ao lado da pessoa jurídica, o polo passivo da execução.

Os embargos de terceiro são cabíveis no caso de esbulho ou turbacão da posse. Esbulho é a perda da posse, enquanto turbacão é a ameaça de perda da

posse. Cabem, por conseguinte, embargos de terceiro “preventivos”, já que o CPC autoriza seu uso tanto no caso de esbulho como no caso de turbação. Mas não é qualquer ato de esbulho ou turbação que justifica o uso dos embargos de terceiro. O ato tem de ser judicial.

12.1. Modelo de Agravo de Petição



O agravo de instrumento “trabalhista” está previsto no art. 897, *b*, §§ 2º, 4º, 5º, 6º e 7º, da CLT e não se confunde com o agravo de instrumento do processo civil, já que não há, no processo do trabalho, recurso específico para atacar decisões interlocutórias (§ 1º do art. 893 da CLT).

O nosso agravo de instrumento tem uma única utilidade: atacar decisão denegatória de seguimento a recurso, proferida pelo juízo *a quo*. Mesmo naquelas três exceções previstas na Súmula 214 do TST (três decisões interlocutórias que desafiam recurso de imediato), o agravo de instrumento não é utilizado (na alínea *c* da Súmula 214 do TST o recurso cabível é o ordinário; nas alíneas *a* e *b* o recurso cabível é o agravo interno).

No processo laboral, por conseguinte, o agravo de instrumento é usado para atacar decisão denegatória proferida pelo primeiro juízo de admissibilidade, ou, numa linguagem vulgar, para tentar “destrancar” recurso (determinado recurso foi “trancado” pelo juízo *a quo*, cabendo ao recorrente, no prazo de oito dias, interpor agravo de instrumento, na tentativa de “destrancar” o recurso). Apesar de bastante criticado, o linguajar simples do “trancar” e “destrancar” já integra o dia a dia da Justiça do Trabalho.

Existe uma exceção interessante à regra ora exposta. Estou falando do art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009, que prevê o uso do agravo de instrumento contra decisão de juiz de primeiro grau que **conceder ou denegar liminar em mandado de segurança**. A Súmula 20 do TRT da 6ª Região ratifica o uso do agravo de instrumento contra esse tipo de decisão. Esse agravo de instrumento não se confunde com aquele previsto no art. 897, *b*, da CLT, logo, não pode ser considerado um recurso trabalhista no sentido estrito (o item II

da Súmula 414 do TST reforça a conclusão). Trata-se, na verdade, do agravo de instrumento esculpido no inciso I do art. 1.015 do CPC, razão pela qual defendo a inaplicabilidade do prazo de oito dias e a observância do prazo de 15 dias.

O advogado, sombreado que está pela cautela, não deve colocar o seu cliente em risco, motivo pelo qual optará pelo menor prazo, sempre que existir controvérsia a seu respeito.

Se a decisão que apreciar liminar em mandado de segurança for proferida no tribunal, mediante decisão monocrática do relator, o recurso cabível é o agravo interno (art. 1.021 do CPC), a ser julgado pelo colegiado (turma ou seção), observando-se as regras do regimento interno do respectivo tribunal quanto a seu processamento (parte final do *caput* do art. 1.021 do CPC). A previsão está no parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009. O prazo do agravo interno, na Justiça do Trabalho, é de oito dias, em harmonia com os regimentos internos do TST e dos tribunais regionais, tornando-se, assim, um recurso tipicamente trabalhista – aplicáveis o § 2º do art. 1º da IN 39/2016 e o art. 6º da Lei 5.584/1970.

A Súmula 622 do STF diz ser incabível agravo regimental (agravo interno) contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança. Considerando a previsão contida no parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009, podemos dizer que a referida Súmula representa hoje um precedente *contra legem*, superado, portanto. A Súmula 622 do STF foi publicada em outubro de 2003, antes da entrada em vigor da “nova lei do *mandamus*”. Ademais, ela ainda contraria o art. 1.021 do CPC.

Observem o resumo abaixo:

- a) Em reclamação trabalhista, caso o juiz defira ou indefira o pedido de concessão de liminar, cabe mandado de segurança contra a decisão, nos termos do item II da Súmula 414 do TST e do § 1º do art. 893 da CLT.
- b) Em mandado de segurança de competência do juiz do trabalho (vara do trabalho), contra a decisão que deferir ou indeferir o pedido de concessão de liminar, cabe agravo de instrumento, nos termos do § 1º

do art. 7º da Lei 12.016/2009.

- c) No caso de decisão monocrática, proferida por desembargador ou ministro relator, deferindo ou indeferindo o pedido de concessão de liminar, cabe agravo interno para o colegiado, nos termos do art. 1.021 do CPC, seja qual for a natureza da ação.

O agravo interno, no processo trabalhista, vale aqui o reforço, terá sempre prazo de oito dias, pois será processado, nos termos do *caput* do art. 1.021 do CPC, em consonância com as previsões contidas no regimento interno do respectivo tribunal (TRT ou TST), atraindo a incidência também do art. 6º da Lei 5.584/1970 e do § 2º do art. 1º da IN 39/2016.

Se o agravo interno tiver por objetivo atacar **decisão monocrática de ministro do STF**, inclusive de denegação de seguimento a recurso extraordinário, o advogado deve observar o Regimento Interno do Supremo, o qual reza que o prazo do seu “agravo regimental” (agravo interno) é de apenas **cinco dias** (art. 317).

Nos recursos do tipo próprio (a maioria), o juízo de admissibilidade ocorre tanto no órgão *a quo* como no *ad quem*. São juízos de admissibilidade independentes.

O duplo juízo de admissibilidade continua aplicável ao processo trabalhista, por conta do art. 2º, XI, da IN 39/2016, que repeliu a incidência da previsão contida no § 3º do art. 1.010 do CPC.

Digamos que determinada empresa tenha sido condenada pelo juiz do trabalho, interpondo, contra a sentença, recurso ordinário. (Situação 01) – Caso o juiz do trabalho denegue seguimento ao recurso ordinário (não conheça do recurso ordinário), caberá, contra a decisão, agravo de instrumento, no prazo de oito dias. (Situação 02) – Caso o juiz do trabalho conheça do recurso ordinário, intimará o recorrido para ofertar contrarrazões, oportunidade em que este poderá requerer a reconsideração da decisão, demonstrando o não atendimento a determinado pressuposto de admissibilidade (§ 2º do art. 518 do CPC/1973, cuja redação foi extirpada pelo CPC/2015, por conta do fim do primeiro juízo de admissibilidade; já que o TST manteve o duplo juízo de admissibilidade no processo do trabalho, a

antiga norma continua útil). (Situação 03) – Caso o juiz conheça do recurso ordinário, intime o recorrido para apresentar contrarrazões e remeta os autos ao TRT, se o desembargador relator não conhecer do recurso ordinário, caberá, contra a decisão, agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC (com prazo de oito dias – art. 6º da Lei 5.584/1970 e § 2º do art. 1º da IN 39/2016 do TST).

Vamos resumir?

- a) Recurso denegado no juízo *a quo* = cabe agravo de instrumento contra a decisão, no prazo de oito dias – art. 897, *b*, da CLT.
- b) Recurso extraordinário denegado no juízo *a quo* = cabe agravo inominado (ou simplesmente “agravo”), no prazo de 15 dias – art. 1.042 do CPC, c/c o § 1º do art. 1.030 do CPC e o § 5º do art. 1.003 do CPC.
- c) Recurso denegado no juízo *ad quem* = cabe agravo interno (ou regimental) contra a decisão, no prazo de oito dias – Regimentos Internos do TST e dos tribunais regionais do trabalho, c/c a parte final do *caput* do art. 1.021 do CPC, do art. 6º da Lei 5.584/1970 e do § 2º do art. 1º da IN 39/2016 do TST.
- d) Recurso extraordinário denegado no STF (juízo *ad quem*) = cabe agravo interno (ou regimental) contra a decisão, no prazo de cinco dias – art. 317 do Regimento Interno do STF, c/c a parte final do *caput* do art. 1.021 do CPC.

No processo do trabalho, o agravo de instrumento também é um recurso do tipo “próprio”, ou seja, deve ser interposto no juízo *a quo*, que exercerá o primeiro juízo de admissibilidade – vide IN 16/1999 do TST. Inaplicável, por conseguinte, o *caput* do art. 1.016 do CPC.

Esse “primeiro juízo de admissibilidade”, na prática, não é realizado. O agravo de instrumento tende a ser sempre conhecido pelo juízo *a quo*. Há, inclusive, uma cansativa, inócua e infundável discussão doutrinária acerca do remédio processual cabível quando o agravo de instrumento tem o seu seguimento denegado no juízo *a quo*.

Digamos que uma empresa interpôs recurso ordinário na 99ª Vara do Trabalho do Município de Confusão. O juiz, ao analisar os pressupostos de admissibilidade do recurso ordinário, não o conheceu. Intimada, a empresa interpõe agravo de instrumento na mesma 99ª Vara do Trabalho de Confusão. O juiz, ao analisar os pressupostos de admissibilidade do agravo de instrumento, não o conheceu. O advogado da empresa tem agora dois recursos cujo seguimento foi denegado pelo mesmo órgão jurisdicional, sendo que um deles visa “destrancar” o outro. Pense numa confusão! Surge, então, a enfadonha pergunta: qual o recurso cabível para atacar a decisão denegatória de seguimento do agravo de instrumento proferida pelo juízo de primeiro grau?

Basta uma rápida pesquisa para encontrar diversas respostas. Há quem diga que cabe um novo agravo de instrumento (melhor resposta, na minha humilde opinião). Há quem defenda o uso de embargos de declaração, no caso de manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade (boa resposta, fulcrada na parte final do art. 897-A da CLT, desde que exista de fato erro grosseiro na análise de pressuposto extrínseco). Há juristas que vislumbram o cabimento de “correição parcial” (“reclamação correicional”), por considerarem que a decisão, proferida pelo juízo *a quo*, negando seguimento a agravo de instrumento, provoca tumulto ao andamento do processo. Há também defensores do uso do mandado de segurança.

A culpa de toda a celeuma está no manifesto disparate de o agravo de instrumento ser protocolado no órgão jurisdicional que denegou seguimento ao recurso principal. O culpado, portanto, é o TST, que já deveria ter soterrado ou alterado a IN 16, aplicando, em sua literalidade, o § 4º do art. 897 da CLT c/c art. 1.016 do CPC.

Bom, na prática, como dito, o órgão jurisdicional *a quo* é “aconselhado” a sempre conhecer do agravo de instrumento. Assim agindo, intimará o agravado para apresentar duas contrarrazões, nos termos do § 6º do art. 897 da CLT (contrarrazões ao recurso principal e contrarrazões ao próprio agravo de instrumento).

O juízo *a quo* poderá se **retratar da decisão** denegatória de seguimento do recurso principal, nos termos do art. 2º da Resolução Administrativa TST

1.418/2010 c/c a IN 16 do TST.

A denegação do agravo de instrumento no juízo *ad quem*, por sua vez, não gera contenda. Cabível, no caso, agravo interno no prazo de oito dias.

A partir de 2010, o agravo de instrumento passou a integrar o rol dos recursos que desafiam preparo. O art. 899 da CLT, que trata do depósito recursal, recebeu um novo parágrafo (§ 7º), mediante a edição da Lei 12.275/2010, passando a exigir depósito recursal também em sede de agravo de instrumento.

Só será exigível depósito recursal em sede de agravo de instrumento quando “o recurso denegado também possuir depósito recursal”. Eis a redação do novo parágrafo: “*No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar*”,

O agravante, caso esteja enquadrado no rol do § 9º do art. 899 da CLT, fará o depósito recursal pela metade. O seu valor do depósito, portanto, será “metade da metade” da quantia pertinente ao depósito recursal do recurso cujo seguimento foi denegado (metade da metade = 25%). Digamos que uma grande empresa foi condenada a pagar R\$ 70.000,00 a um ex-empregado, interpondo recurso ordinário, com depósito recursal no valor do teto (R\$ 10.000,00, nosso “teto fictício”). Caso o recurso ordinário não seja conhecido, o recorrente, para interpor agravo de instrumento, terá que efetuar um novo depósito, agora no valor de R\$ 5.000,00 (metade da quantia já depositada). E se a empresa condenada fosse uma microempresa? Aí seria diferente, pois incidiria a prerrogativa prevista no § 9º do art. 899 da CLT. Essa microempresa, no recurso ordinário, teria feito um depósito recursal de R\$ 5.000,00 (metade do teto “fictício”). Se precisasse interpor agravo de instrumento, para atacar decisão denegatória de seguimento ao recurso ordinário, depositaria R\$ 1.250,00 (metade da metade do valor já depositado). É isso!

O art. 899, § 7º, da CLT, entretanto, deve ser interpretado em consonância com a Súmula 128, I, do TST. Logo, se o depósito recursal do recurso trancado já tiver alcançado o valor da condenação, o agravo de instrumento

não precisará de depósito recursal. Tomando por base o exemplo acima, no caso da grande empresa, se a condenação fosse de R\$ 3.000,00, essa quantia já estaria depositada no preparo do recurso ordinário. Logo, se este não fosse conhecido, nada mais poderia ser exigido a título de depósito recursal, inclusive para o agravo de instrumento, pois o valor da condenação foi alcançado. E se fosse uma pequena empresa? Aí ela estaria enquadrada no § 9º do art. 899 da CLT e faria, para o recurso ordinário, o depósito de R\$ 1.500,00 (metade do valor da condenação). Caso o recurso não fosse conhecido, ela teria sim que efetuar um novo depósito recursal para interpor o agravo de instrumento, no valor de R\$ 325,00 (25% de R\$ 1.500,00 = “metade da metade”). Sinceramente, não se rio ou se choro!

Para finalizar esse ponto, a Lei 13.015/2014 incluiu o § 8º ao art. 899 da CLT, dispondo sobre uma situação especial de agravo de instrumento contra decisão denegatória de seguimento a **recurso de revista**. Quando o agravo de instrumento tiver a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que **contraria a jurisprudência uniforme do TST**, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, **não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito recursal**. Trata-se, pois, de uma situação específica e extraordinária de **isenção de preparo do agravo de instrumento**. Olho vivo!

Já estudamos que não se aplica a Súmula 245 do TST ao agravo de instrumento. Significa dizer que o depósito recursal do agravo de instrumento tem de ser comprovado no ato de sua interposição, mesmo que esta ocorra antes do final do prazo recursal. Se o agravo for interposto antecipadamente, sem a comprovação do preparo, operar-se-á a preclusão consumativa, e o agravo não será conhecido. Não há como aplicar, no caso, a OJ 140 da SDI-1, pois ela incide apenas no caso de preparo insuficiente.

A previsão contida no § 5º do art. 897 da CLT, que trata da “formação do instrumento”, perdeu, com a chegada do PJE, a sua razão de existir, pois todos os documentos já constam dos autos que serão “remetidos” ao órgão *ad quem*, propiciando o imediato julgamento do recurso denegado, no caso de provimento do agravo.

O **agravo interno** já estava previsto, antes do CPC de 2015, nos

regimentos dos tribunais e, de forma difusa, na legislação processual, inclusive trabalhista. O Novo CPC andou bem ao dedicar a esse agravo uma norma específica (art. 1.021), definindo a sua denominação, pois ele era chamado (e ainda continua, por força do hábito) de “agravo regimental”, “agravinho”, “agravo inominado”, entre outros apelidos.

Cabe agravo interno, no prazo de oito dias, contra decisão monocrática de relator, seja desembargador de TRT, seja ele ministro do TST ou do STF, cabendo ao colegiado o seu julgamento (turma, seção ou pleno, a depender da organização do tribunal e do ato processual impugnado) – *caput* do art. 1.021 do CPC.

Nos termos do § 2º do art. 1.021 do CPC, o agravo interno deve ser dirigido ao desembargador ou ministro presidente do órgão colegiado competente. Digamos que a decisão denegatória de seguimento a recurso tenha sido proferida por um desembargador (relator) que integra a 3ª Turma de um TRT. O agravo interno, no caso, deve ser endereçado ao EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA 3ª TURMA DO TRT DA ... REGIÃO. O mesmo ocorre no TST (vide alínea *c* do art. 5º da Lei 7.701/1988).

O relator intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de oito dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

Cuidado com o prazo, pois o § 2º do art. 1.021 fala em quinze dias. Tal previsão é “automática”, já que essa é a duração do prazo recursal no processo civil, por conta do § 5º do art. 1.003 do CPC (e exceção fica por conta dos embargos de declaração, cujo prazo é de cinco dias – *caput* do art. 1.023 do CPC). Esse prazo não se aplica ao processo trabalhista, pois o nosso prazo recursal padrão é de oito dias (art. 6º da Lei 5.584/1970), com algumas exceções. Ganha destaque a parte final do *caput* do art. 1.021 do CPC, que diz o seguinte: “(...) *observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal*”. Sendo assim, o prazo do agravo de instrumento é aquele previsto no regimento do tribunal, sendo certo que nos regimentos dos tribunais regionais e do TST o prazo recursal do “agravo regimental” é de oito dias.

Conforme já estudamos, se o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em **votação unânime**, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. Essa multa tem natureza de **pressuposto de admissibilidade** para os demais recursos, salvo se o agravante for beneficiário da justiça gratuita ou órgão da Fazenda Pública (incluindo, no nosso caso, os Correios, por conta do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969) – §§ 4º e 5º do art. 1.021 do CPC.

Não custa lembrar que os embargos de declaração também são usados para atacar decisão denegatória de seguimento a recurso, desde que a decisão esteja maculada por manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade – inteligência da parte final do art. 897-A da CLT.

A previsão não se aplicava quando o recurso denegado era o recurso de revista; porém, com o **cancelamento** da OJ 377 da SDI-1, em abril de 2016, não há mais essa ressalva. Estudaremos o tema, com mais precisão, no tópico específico de embargos declaratórios.

13.1. Modelo de Agravo de Instrumento

EXMO SR JUIZ DO TRABALHO DA 972ª VARA DO TRABALHO DE PORTO ALEGRE-RS

PROCESSO Nº ____.

NOME DO AGRAVANTE *(o agravante, no caso, é o reclamante, que é o recorrente no recurso ordinário), já qualificado nos autos, vem, por seu (s) advogado (s), com procuração (se já existir, escrever “nos autos”; caso não haja procuração nos autos, escrever “anexa”), nos fólios do processo em que contende com* **NOME DO AGRAVADO** *(o agravado, no caso, é o reclamado, que é o recorrido no recurso ordinário), também já qualificado nos autos, vem interpor* **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com fundamento no art. 897, b, da CLT, contra a decisão denegatória de seguimento a Recurso Ordinário, mediante os argumentos que corporificam a presente peça.

Dos benefícios da justiça gratuita – pedido de reconsideração

O agravante não obteve deste Juízo, na sentença impugnada por Recurso Ordinário, a gratuidade da justiça. O indeferimento do pedido levou Vossa Excelência a não conhecer do referido Recurso Ordinário, por deserção (ausência do recolhimento de custas).

No Recurso Ordinário não admitido, o ora agravante rogou pela reconsideração da referida decisão, não obtendo êxito.

Diante do exposto, e com base na cláusula IV da IN 16/1999 do TST, o agravante mais uma vez requer, em sede de juízo de retratação, a concessão dos benefícios da justiça gratuita, para que Vossa Excelência conheça do Recurso Ordinário, intimando o recorrido para apresentar contrarrazões e determinando, conseqüentemente, a remessa dos autos ao TRT da 4ª Região.

Dos pressupostos de admissibilidade

- a) O agravante é parte legítima para interpor o presente Agravo de Instrumento, figurando, no processo, na qualidade de reclamante, possuindo interesse recursal, pois interpôs Recurso Ordinário e este teve o seu seguimento denegado por deserção, encontrando-se sombreado de inafastável capacidade. Atendidos, destarte, os pressupostos intrínsecos.
- b) O presente Agravo de Instrumento é o remédio adequado para impugnar a decisão denegatória de seguimento a Recurso Ordinário, nos termos da alínea *b* do art. 897 da CLT, sendo certo que aquela decisão não traduz manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal, o que afasta a oposição de Embargos de Declaração – parte final do *caput* do art. 897-A da CLT.
- c) O agravante foi intimado da decisão denegatória na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.), ocorrendo, ali, o início*

do prazo recursal, cuja contagem começou na data de... (colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.), correspondente ao primeiro dia útil imediatamente subsequente ao do recebimento da intimação (dies a quo). Protocolado o presente agravo de instrumento na data de... (colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.), mostra-se tempestivo, visto que interposto dentro do prazo de oito dias previsto no art. 897 da CLT.

- d) O recorrente encontra-se representado por advogado (s), mediante procuração *(se já existir, escrever “nos autos”; caso não haja procuração nos autos, escrever “anexa”)*. Atendido, pois, o pressuposto de regularidade de representação. Por cautela, caso seja verificada alguma irregularidade na representação, requer o recorrente a concessão do prazo de 05 dias para que seja sanado o vício, nos termos do art. 76 do CPC e do item II da Súmula 383 do TST.

Do pedido

Em sede de pedido de retratação, requer a concessão da gratuidade da justiça, para que o Recurso Ordinário seja conhecido e o recorrido seja intimado para ofertar contrarrazões, com a remessa dos autos ao TRT da 4ª Região.

Caso Vossa Excelência não se retrate da decisão denegatória de seguimento a Recurso Ordinário, requer, por restarem satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, a intimação do agravado para a apresentação de contrarrazões ao recurso denegado e ao presente Agravo de Instrumento, como dispõe o § 6º do art. 897 da CLT, com a remessa dos autos ao TRT da 4ª Região, nos termos do art. 900 da CLT.

Local ____, data ____.

ADVOGADO.

OAB Nº ____.

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

PROCESSO Nº ____.

AGRAVANTE: NOME DO AGRAVANTE *(o agravante, no caso, é o reclamante, que é o recorrente no recurso ordinário cujo seguimento foi denegado).*

AGRAVADO: NOME DO AGRAVADO *(o agravado, no caso, é o reclamado, que é o recorrido no recurso ordinário cujo seguimento foi denegado).*

COLEDA TURMA

O agravante, mui respeitosamente, por seu (s) advogado (s), vem interpor **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com alicerce no art. 897, “b”, da CLT, mediante os argumentos fáticos e jurídicos que corporificam as Razões Recursais, demonstrando, desde logo, o atendimento dos pressupostos de admissibilidade.

Dos pressupostos de admissibilidade

- a) O agravante é parte legítima para interpor o presente Agravo de Instrumento, figurando, no processo, na qualidade de reclamante, possuindo interesse recursal, pois interpôs Recurso Ordinário e este teve o seu seguimento denegado por deserção, encontrando-se sombreado de inafastável capacidade. Atendidos, destarte, os pressupostos intrínsecos.
- b) O presente Agravo de Instrumento é o remédio adequado para impugnar a decisão denegatória de seguimento a Recurso Ordinário, nos termos da alínea “b” do art. 897 da CLT, sendo certo que aquela decisão não traduz manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal, o que afasta a oposição de Embargos de Declaração – parate final do caput do art. 897-A da CLT.

- c) O agravante foi intimado da decisão denegatória na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, ocorrendo, ali, o início d prazo recursal, cuja contagem começou na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, correspondente ao primeiro dia útil imediatamente subsequente ao do recebimento da intimação (*dies a quo*). Protocolado o presente agravo de instrumento na data de... *(colocar aqui, entre parênteses, o dia da semana – “segunda-feira” ou “terça-feira” etc.)*, mostra-se tempestivo, visto que interposto dentro do prazo de oito dias previsto no art. 897 da CLT.
- d) O recorrente encontra-se representado por advogado (s), mediante procuração *(se já existir, escrever “nos autos”; caso não haja procuração nos autos, escrever “anexa”)*. Atendido, pois, o pressuposto de regularidade de representação. Por cautela, caso seja verificada alguma irregularidade na representação, requer o recorrente a concessão do prazo de 05 dias para que seja sanado o vício, nos termos do art. 76 do CPC e do item II da Súmula 383 do TST.

Das razões do agravo de instrumento

O agravante requereu a concessão ampla e irrestrita dos benefícios da justiça gratuita, por não ter condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento e da sua família, declarando, na forma do *caput* do art. 98 e do § 3º do art. 99, ambos do CPC, a sua hipossuficiência econômica, declaração realizada, quando do ajuizamento da reclamação trabalhista, mediante poderes especiais constantes de procuração, à luz do *caput* do art. 105 do CPC.

O Juízo *a quo*, entrementes, ignorando, *data maxima venia*, princípios gerais do direito, indeferiu a gratuidade da justiça requerida pelo agravante, quer na sentença, quer na decisão

denegatória de seguimento a Recurso Ordinário.

O agravante reitera o pleito de decretação da inconstitucionalidade do § 4º do art. 790 da CLT, pois a “comprovação”, nele exigida, viola o inciso III do art. 1º da CF (princípio da dignidade da pessoa humana) e o caput do art. 5º da CF (princípio da isonomia). Com efeito, o § 3º do art. 99 do CPC reveste, a declaração de hipossuficiência econômica, de presunção de veracidade, não exigindo, em momento algum, qualquer comprovação do declarante, transformando o § 4º do art. 790 da CLT em norma iníqua e que afronta os princípios gerais do direito, tais como os da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da razoabilidade, da equidade, da proporcionalidade e da boa-fé. Situações idênticas, douto julgador, não podem atrair normas distintas, afinal, *Ubi eadem ratio ibi idem jus* – “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”.

Sendo assim, o agravante vem requerer a este E. TRT a concessão dos benefícios da justiça gratuita, e, conseqüentemente, o conhecimento do Recurso Ordinário cujo seguimento foi denegado, pelo Juízo *a quo*, exatamente sob o fundamento de deserção, fazendo-se, com isso, justiça.

Do pedido

Diante do exposto, o agravante roga pelo conhecimento do presente Agravo de Instrumento, e, no mérito, por seu provimento, para que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita e, conseqüentemente, seja anulada a decisão molestada, mediante o conhecimento do Recurso Ordinário e o seu regular processamento, nos termos do § 7º do art. 897 da CLT.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Local ____, data ____.

ADVOGADO.

OAB Nº ____.

Capítulo 14

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

No processo trabalhista não há espaço para a tediosa discussão acerca da natureza jurídica dos embargos de declaração, principalmente porque a CLT os incluiu no capítulo que trata dos recursos. O TST, por sua vez, reconhece, expressamente, a natureza recursal dos embargos de declaração, a ponto de uniformizar o entendimento de que a Fazenda Pública tem prazo em dobro para o seu manejo, *verbis*:

OJ 192 da SDI-1. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRAZO EM DOBRO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. DECRETO-LEI Nº 779/69. É em dobro o prazo para a interposição de embargos declaratórios por pessoa jurídica de direito público.

O prazo em dobro também se aplica aos Correios – inteligência do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969.

O CPC/2015 manteve os embargos de declaração no seu rol de recursos, ratificando a sua natureza.

O recurso de embargos de declaração está previsto no art. 897-A da CLT, nos arts. 1.022 a 1.026 do CPC e também na IN 39/2016 do TST. Assim dispõe o art. 9º da citada IN:

O cabimento dos embargos de declaração no Processo do Trabalho, para impugnar qualquer decisão judicial, rege-se pelo art. 897-A da CLT e, supletivamente, pelo Código de Processo Civil (arts. 1.022 a 1.025; §§ 2º, 3º e 4º do art. 1.026), excetuada a garantia de prazo em dobro para litisconsortes (§ 1º do art. 1.023).

Parágrafo único. A omissão para fins do prequestionamento ficto a

que alude o art. 1.025 do CPC dá-se no caso de o tribunal regional do trabalho, mesmo instado mediante embargos de declaração, recusar-se a emitir tese sobre questão jurídica pertinente, na forma da Súmula 297, item III, do Tribunal Superior do Trabalho.

Com base na previsão contida no art. 897-A da CLT e aplicando-se supletivamente os arts. 1.022 a 1.025 e §§ 2º, 3º e 4º do art. 1.026 do CPC, podemos dizer que cabem embargos de declaração, no prazo de cinco dias, contra **qualquer decisão judicial** para:

☐ Esclarecer **obscuridade** ou eliminar **contradição**.

☐ Suprir **omissão** de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, inclusive para fins de prequestionamento, que é um pressuposto específico dos recursos de natureza extraordinária (Súmula 297, III, do TST, c/c o parágrafo único do art. 9º da IN 39/2016 do TST).

☐ Atacar decisão denegatória de seguimento a recurso, quando maculada por **manifesto equívoco na análise de pressuposto extrínseco de admissibilidade** (parte final do art. 897-A da CLT), incluindo o recurso de revista, ante o cancelamento da OJ 377 da SDI-1.

☐ Corrigir **erro material**.

O CPC/2015 merece elogios ao destacar o cabimento de embargos de declaração **contra qualquer decisão judicial**, bem diferente do CPC/1973, que no art. 535 restringia seu uso contra sentença ou acórdão. Doutrina e jurisprudência já haviam se rebelado à injustificável restrição contida no antigo CPC, sendo certo que os precedentes consagravam o uso dos embargos declaratórios contra qualquer decisão, antes mesmo do início da vigência do CPC/2015. O *caput* do art. 897-A da CLT deve, pois, ser ignorado, quando restringe o uso dos embargos a “sentenças” a “acórdãos”, prevalecendo o *caput* do art. 9º da IN 39/2016 do TST, inspirada no *caput* do art. 1.022 do CPC.

Muitos advogados se queixam do fato de o juiz do trabalho, em audiência, proferir decisões interlocutórias desprovidas de fundamentação, não lançando

em ata qualquer embasamento jurídico, mas, “de boca”, bradando coisas do tipo “esse é o meu entendimento” ou “aqui funciona assim”, entre outros “argumentos”, que não valem a continuidade do teclar.

Decisões interlocutórias desse tipo são nulas de pleno direito, por carência de prestação jurisdicional específica.

Costumo dizer que qualquer pessoa pode DEFERIR ou INDEFERIR, mas só o verdadeiro jurista é capaz de lançar, sobre a sua decisão, a impactante luz da fundamentação jurídica que o conduziu àquela decisão. Essa fundamentação nada mais é do que o exalar de sua persuasão (convencimento).

Decisões carentes de fundamento jurídico violam o inciso IX do art. 93 da Lei Maior, os arts. 11 e 489 do CPC e o *caput* do art. 832 da CLT, e são capazes de transformar a decisão final (sentença) num fruto de uma árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), por negativa de prestação jurisdicional, omissão que desafia inclusive recursos de natureza extraordinária (recurso de revista e recurso extraordinário).

Diante da omissão (negativa de prestação jurisdicional), deve o advogado opor embargos de declaração contra a decisão interlocutória lacunosa, buscando, com isso, aquilo que há de mais sagrado na função jurisdicional. A depender da gravidade do ato teratológico, o mandado de segurança surge, subsidiariamente, como o remédio heroico capaz de socorrer o paciente violentado pela recusa do Judiciário a lhe prestar a indeclinável prestação jurisdicional (fundamentação jurídica), afinal a decisão indigente de fundamentação traduz-se como ilegal, ferindo direito líquido e certo do paciente.

Em sede de recurso de revista, caso uma das teses seja a de nulidade da decisão (acórdão de TRT) por negativa de prestação jurisdicional (ausência de fundamentação – violação ao inciso IX do art. 93 da CF; violação ao *caput* do art. 11 do CPC; violação ao *caput* do art. 832 da CLT; violação ao inciso II do art. 489 do CPC; violação a algum inciso do § 1º do art. 489 do CPC – vide Súmula 459 do TST), o advogado do recorrente terá que transcrever no recurso de revista o trecho dos embargos de declaração em que foi pedido o

pronunciamento do TRT sobre a questão veiculada no recurso ordinário ou no agravo de petição e o trecho da decisão do TRT que rejeitou os embargos quanto ao pedido, nos termos do inciso IV do § 1º-A do art. 896 da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

A Reforma Trabalhista, com a inserção do inciso IV ao § 1º-A do art. 896 da CLT, impôs ao advogado do recorrente, no caso de nulidade da decisão por “negativa de prestação jurisdicional”, a ser requerida em recurso de revista, a oposição de embargos de declaração contra a decisão do TRT, exatamente para atacar a omissão do julgado (art. 897-A da CLT).

O trecho dos embargos declaratórios opostos no TRT deverá ser transcrito no corpo do recurso de revista. O advogado, além de transcrever o trecho dos embargos, terá que transcrever também o trecho da decisão do TRT que rejeitou os ditos embargos. Tais transcrições são pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, essenciais para a verificação, de plano, da omissão que alicerça o remédio.

Os embargos de declaração devem ser opostos diretamente no órgão jurisdicional prolator da decisão, que os julgará. Trata-se, pois, de recurso do tipo impróprio (recurso julgado pelo próprio órgão que proferiu a decisão impugnada).

A oposição de embargos de declaração interrompe o prazo dos demais recursos, para ambas as partes. Eis o que dispõe o § 3º do art. 897-A da CLT: *“Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes, salvo quando intempestivos, irregular a representação da parte ou ausente a sua assinatura”*.

A intempestividade dos embargos impede a interrupção do prazo dos demais recursos.

A Lei 13.015/2014 fulminou o item II da OJ 142 da SDI-1, **passando a vincular eventual efeito modificativo dos embargos de declaração à oitiva da parte contrária**, no prazo de cinco dias – argúcia do novo § 2º do art. 897-A CLT. O TST, com retardo inexplicável, só veio a excluir o item II da OJ 142 da SDI-1 no final do ano de 2016, mediante a Resolução 214/2016. Antes tarde do que nunca.

A exigência, contida no item I da OJ 142 da SDI-1 e no § 2º do art. 897-A da CLT, que prestigia o contraditório e a ampla defesa, foi ratificada pelo CPC, no § 2º do art. 1.023: *“O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de cinco dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”*.

O CPC/2015, prestigiando o princípio da fungibilidade recursal, prevê, no § 3º do art. 1.024: *“O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º”*.

Neste sentido o item II da Súmula 421 do TST:

Súmula 421 do TST. Embargos de declaração. Cabimento. Decisão monocrática do relator calcada no art. 932 do CPC de 2015. Art. 557 do CPC de 1973 (atualizada em decorrência do CPC de 2015). Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016.

I – Cabem embargos de declaração da decisão monocrática do relator prevista no art. 932 do CPC de 2015 (art. 557 do CPC de 1973), se a parte pretende tão somente juízo integrativo retificador da decisão e, não, modificação do julgado.

II – Se a parte postular a revisão no mérito da decisão monocrática, cumpre ao relator converter os embargos de declaração em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual, submetendo-o ao pronunciamento do colegiado, após a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º, do CPC de 2015.

Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de oito dias, contado da intimação da

decisão dos embargos de declaração (no caso de recurso extraordinário o prazo será de 15 dias).

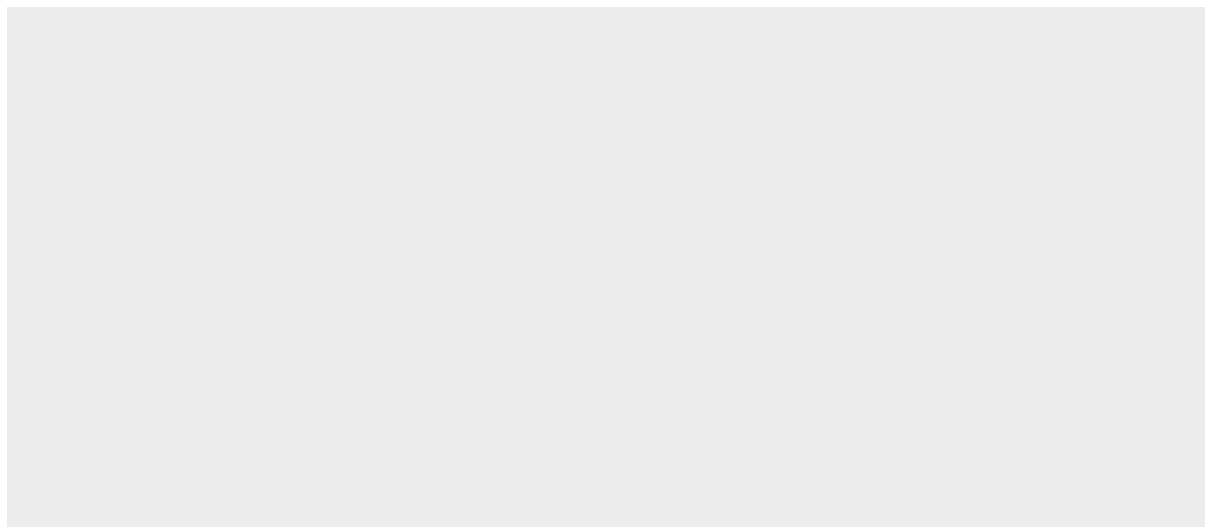
Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 2% sobre o valor atualizado da causa (§ 2º do art. 1.026 do CPC). Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até 10% sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça (§ 3º do art. 1.026 do CPC), e também dos Correios (art. 12 do Decreto-Lei 509/1969), que a recolherão no final.

A multa pela reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios substitui a anteriormente aplicada. Não há, portanto, uma cumulação de duas multas (princípio do *non bis in idem*). A elevação, contudo, imprime, ao recolhimento da multa, natureza de preparo recursal.

Não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores foram considerados protelatórios – § 4º do art. 1.026 do CPC.

14.1. Modelo de Embargos de Declaração



O art. 894 da CLT prevê dois recursos de embargos completamente diferentes um do outro, a começar pela natureza do litígio, pois o primeiro, previsto no inciso I, serve para **dissídios coletivos**, enquanto o segundo, previsto no inciso II, se aplica aos **dissídios individuais**.

Além disso, o recurso de embargos de divergência integra o rol dos “recursos de natureza extraordinária”, não admitindo, por conseguinte, reexame de fatos e provas, exigindo, como regra, por sua natureza, o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade.

O recurso de embargos infringentes integra o rol dos “recursos comuns” (de natureza ordinária), admitindo o reexame de fatos e provas.

15.1. Embargos Infringentes (ou “Embargos à SDC”)

Na alínea *a* do inciso I do art. 894 da CLT, encontram-se os **embargos infringentes** (denominação elencada no art. 2º, II, *c*, da Lei 7.701/1988, cuja previsão hoje se encontra incompleta, quando comparada àquela constante da CLT). Os embargos infringentes são usados nos **dissídios coletivos de competência originária do TST**, cabíveis apenas quando a **decisão não for unânime** (decisão por maioria). Têm natureza ordinária, ou seja, o embargante pode recorrer de toda a matéria que foi discutida no processo.

A competência originária do TST, em dissídios coletivos, incide nos conflitos que extrapolem a jurisdição de um TRT. Nos termos das alíneas *a* e *b* do inciso I do art. 2º da Lei 7.701/88, compete à SDC: (*a*) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos tribunais regionais do trabalho e estender ou rever suas próprias sentenças normativas, nos casos

previstos em lei; (b) homologar as conciliações celebradas nos dissídios coletivos de sua competência originária.

Os embargos infringentes são dirigidos à própria SDC, órgão que julgou o dissídio coletivo. Trata-se, pois, de recurso do tipo impróprio, pois o julgamento compete ao próprio órgão que proferiu a decisão molestada.

A decisão da SDC, em sede de embargos infringentes, ocorre em última instância (alínea c do inciso II do art. 2º da Lei 7.701/1988). Logo, contra a decisão cabe recurso extraordinário ao STF (inciso III do art. 102 da CF).

Cabem embargos infringentes também contra termo de conciliação judicial, desde que a homologação não tenha sido por unanimidade (eis uma exceção à regra prevista no parágrafo único do art. 831 da CLT e na Súmula 259 do TST).

Termo de conciliação judicial em dissídios individuais é irrecorrível para as partes. Já em dissídios coletivos de competência originária do TST, a recorribilidade existe, mediante embargos infringentes, desde que a homologação não tenha sido unânime.

E quando o dissídio coletivo for julgado por um TRT?

Fácil. Basta dar um pulo no art. 895, II, da CLT. Cabe **recurso ordinário** para o TST, das decisões definitivas ou terminativas dos tribunais regionais, em processos de sua competência originária, quer nos dissídios individuais, quer nos dissídios coletivos.

Resumindo!

☐ Se o dissídio coletivo for julgado por um TRT, contra a decisão definitiva ou terminativa cabe recurso ordinário (tipo próprio), dirigido, em sua primeira parte, ao próprio TRT e, em sua segunda parte (razões do recurso), ao TST (especificamente à SDC).

☐ Se o dissídio coletivo for julgado originariamente pelo TST, porque o conflito abrange jurisdição de mais de um TRT, contra a decisão definitiva, terminativa ou homologatória de acordo, desde que **não unânime** (por maioria), cabem embargos infringentes (tipo impróprio), dirigidos ao próprio órgão que proferiu a decisão (SDC),

que terá competência para julgá-los.

Os dissídios coletivos são de competência originária dos tribunais. Significa dizer que jamais um dissídio coletivo será processado e julgado por um juiz do trabalho (primeira instância trabalhista). Estamos tratando de competência funcional, que é absoluta (alínea *a* do inciso I do art. 678 da CLT e alínea *a* do inciso I do art. 2º da Lei 7.701/1988).

O Estado de São Paulo é o único que possui dois tribunais regionais (2ª Região e 15ª Região). Caso o dissídio coletivo alcance a jurisdição dos seus dois TRTs, mas não se irradie a um TRT de outro Estado, a competência para julgá-lo será do TRT da 2ª Região. Trata-se de uma situação especial.

15.2 Embargos de Divergência (ou “Embargos à SDI”)

No inciso II do art. 894 da CLT, encontramos os embargos de divergência, também chamados “embargos à SDI” ou simplesmente “embargos” (*vide* Súmula 126 do TST).

Os embargos de divergência são usados nos **dissídios individuais**, tendo natureza **extraordinária** (a exemplo do recurso de revista e do recurso extraordinário ao STF). Assim sendo, **inadmissível se torna o reexame de fatos e provas**.

Como qualquer recurso de natureza extraordinária, os embargos de divergência possuem um rol taxativo de adequação. Vamos a ele!

Cabem embargos de divergência **contra decisão de turma do TST** que (inciso II do art. 894 da CLT):

☐ Apresentar divergência de interpretação (contrariedade) com decisão de outra turma do TST; e/ou

☐ Apresentar divergência de interpretação (contrariedade) com decisão da SDI; e/ou

☐ Apresentar divergência de interpretação (contrariedade) com súmula do TST; e/ou

☐ Apresentar divergência de interpretação (contrariedade) com

OJ da SDI; e/ou

☐ Apresentar divergência de interpretação (contrariedade) com súmula vinculante.

Importante observar que a Lei 13.015/2014 alterou a redação do inciso II do art. 894 da CLT, **tornando obsoleta a previsão contida no art. 3º, III, b, da Lei 7.701/1988** (cuidado!).

Nos termos do § 2º do art. 894 da CLT, a divergência (contrariedade) apta a ensejar os embargos de divergência deve ser **atual**, não se considerando tal a ultrapassada por súmula do TST ou do STF, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do TST.

No § 3º do art. 894 da CLT encontramos a “cláusula impeditiva de recurso”, quando o legislador diz que o ministro relator (da SDI) **denegará seguimento** (não conhecerá) aos embargos se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do TST ou do STF, ou com iterativa, notória e atual jurisprudência do TST. Contra essa decisão denegatória cabe agravo interno (ou “regimental”) – vide § 4º do art. 894 da CLT.

Os embargos de divergência são interpostos diretamente na SDI, que os julgará em última instância. Contra a decisão, portanto, cabe recurso extraordinário ao STF (inciso III do art. 102 da CF).

O **prequestionamento**, evidentemente, é um requisito extrínseco dos embargos de divergência (Súmula 297 do TST).

Estudamos que o rito sumaríssimo restringe a abrangência do recurso de revista (§ 9º do art. 896 da CLT). Essa restrição, contudo, não afeta os embargos de divergência. Neste sentido a Súmula 458 do TST:

SÚMULA 458 DO TST. EMBARGOS. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CONHE-CIMENTO. RECURSO INTERPOSTO APÓS VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496, DE 22.06.2007, QUE CONFERIU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894, DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 405 da SBDI-I com nova redação) – Res. 194/2014, *DEJT* divulgado em

21, 22 e 23.05.2014. Em causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, em que pese a limitação imposta no art. 896, § 9º, da CLT à interposição de recurso de revista, admitem-se os embargos interpostos na vigência da Lei nº 11.496, de 22.06.2007, que conferiu nova redação ao art. 894 da CLT, quando demonstrada a divergência jurisprudencial entre Turmas do TST, fundada em interpretações diversas acerca da aplicação de mesmo dispositivo constitucional ou de matéria sumulada.

A decisão de Turma do TST que desafia embargos de divergência é aquela proferida no julgamento de recurso de revista. Não cabem embargos, em regra, quando a Turma tiver julgado agravo, *salvo nas hipóteses taxativamente previstas na Súmula 353 do TST*:

- I. Da decisão que não conhece de agravo de instrumento ou de agravo interno pela ausência de pressupostos extrínsecos.
- II. Da decisão que nega provimento a agravo interno contra decisão monocrática do Relator, em que se proclamou a ausência de pressupostos extrínsecos de agravo de instrumento.
- III. Para revisão dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, cuja ausência haja sido declarada originariamente pela Turma no julgamento do agravo.
- IV. Para impugnar o conhecimento de agravo de instrumento.
- V. Para impugnar a imposição de multas previstas nos arts. 1.021, § 4º, do CPC de 2015 ou 1.026, § 2º, do CPC de 2015.
- VI. Contra decisão de Turma proferida em agravo em recurso de revista, nos termos do art. 894, II, da CLT.

Capítulo 16

MANDADO DE SEGURANÇA

A competência da Justiça Obreira abrange mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição – inciso IV do art. 114 da CF, inclusive as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho – inciso VII do art. 114 da CF.

A Constituição de 1988 consagra em seu texto o mandado de segurança, inclusive o coletivo. O ***mandamus*** é concedido para “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” – art. 5º, LXIX, da CF.

A Lei 12.016/2009 regula o mandado de segurança.

O mandado de segurança tem natureza de ação (ação mandamental). Possui outros epítetos: *mandamus*; remédio heroico; *writ*.

Existe uma regra básica sobre o mandado de segurança: “Quando existir um meio de impugnação específico (remédio) para atacar uma decisão, não cabe mandado de segurança.” O TST, mediante a OJ 92 da SDI-2, ratifica a tese: “*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido*”.

O item I da Súmula 414 do TST traduz outro bom exemplo da regra jurisprudencial: “*A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação*”.

subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015”.

A OJ 140 da SDI-2 também serve para demonstrar a inaplicabilidade do *mandamus* quando há um remédio específico para impugnar determinada decisão. Ela trata de decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança. Se a decisão for de juiz do trabalho, cabe agravo de instrumento, como prevê o § 1º do art. 7º a Lei 12.016/2009. Caso a decisão seja proferida pelo relator, monocraticamente, em tribunal, cabe agravo interno (também chamado de “regimental”) para o colegiado, à luz do parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009 e do art. 1.021 do CPC. Eis a transcrição: “*Não cabe mandado de segurança para impugnar despacho que acolheu ou indeferiu liminar em outro mandado de segurança*”.

Refletindo sobre isso, cheguei a uma conclusão que serve de lição para o amigo leitor: **na dúvida entre a interposição de um determinado recurso e a impetração de mandado de segurança, o profissional deve optar pelo primeiro, cujo prazo é exíguo (o *mandamus* tem prazo decadencial de 120 dias).**

Digamos que o juiz, na fase de execução, tenha proferido decisão arbitrária, ferindo direito líquido e certo de uma das partes. O advogado, diante da decisão de natureza interlocutória, depois de pesquisar muito, está na dúvida entre o cabimento de agravo de petição (recurso) ou de mandado de segurança (ação). Deve interpor agravo de petição, cujo prazo é de oito dias. Se o recurso não for conhecido pelo juiz, deve interpor agravo de instrumento. Se o TRT confirmar a decisão do juiz, negando provimento ao agravo de instrumento, o advogado ainda disporá de prazo suficiente para impetrar mandado de segurança. Porém, se optar, no primeiro momento, pelo mandado de segurança, caso ele seja considerado inadequado pelo TRT, o prazo do agravo de petição já terá findado, deixando, sem opção, o profissional.

A Súmula 622 do STF é um precedente morto, pois contraria a lei. Se o Supremo ainda não a cancelou, o bom senso já o fez há anos. Ela dispõe sobre a inadmissibilidade de agravo regimental (agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC) contra decisão do relator que defere ou indefere liminar em mandado de segurança, contrariando expressa previsão legal, especificamente

aquela contida no parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009: “*Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre*”.

Se a decisão de concessão ou denegação da liminar em mandado de segurança for proferida por juiz do trabalho, cabe agravo de instrumento, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009.

A sentença transitada em julgado (*res judicata*) possui um meio de impugnação próprio, que é a ação rescisória. Logo, contra ela não cabe mandado de segurança. Neste sentido a Súmula 33 do TST: “*Não cabe mandado de segurança de decisão judicial transitada em julgado*”.

Também não cabe mandado de segurança contra as decisões monocráticas proferidas por desembargadores ou ministros nos tribunais, pelo fato de serem impugnadas mediante agravo interno (ou “regimental”).

OJ 69 da SDI-2. Fungibilidade recursal. Indeferimento liminar de ação rescisória ou mandado de segurança. Recurso para o TST. Recebimento como agravo regimental e devolução dos autos ao TRT. Recurso ordinário interposto contra despacho monocrático indeferitório da petição inicial de ação rescisória ou de mandado de segurança pode, pelo princípio de fungibilidade recursal, ser recebido como agravo regimental. Hipótese de não conhecimento do recurso pelo TST e devolução dos autos ao TRT, para que aprecie o apelo como agravo regimental.

OJ 140 da SDI-2. Mandado de segurança contra liminar, concedida ou denegada em outra segurança. Incabível. Não cabe mandado de segurança para impugnar despacho que acolheu ou indeferiu liminar em outro mandado de segurança.

No art. 5º da Lei 12.016/2009 há outros fatos impeditivos ao cabimento de mandado de segurança. O referido artigo, além de falar de casos já abordados (não cabe mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e contra decisão judicial transitada em julgado), dispõe sobre o não cabimento de mandado de segurança contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.

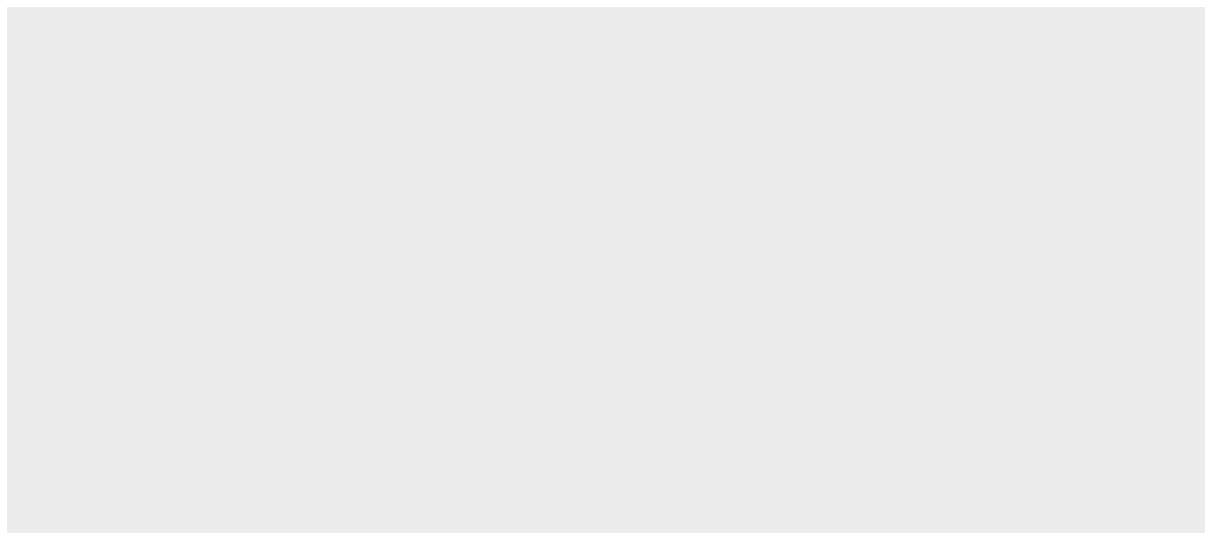
O mandado de segurança tem como principal característica “acudir” a pessoa que, diante de direito líquido e certo violado por ato arbitrário de autoridade pública, não encontra no ordenamento jurídico um remédio específico capaz de anular (cassar) o ato. Essa lacuna é a “deixa” para a entrada em cena do mandado de segurança.

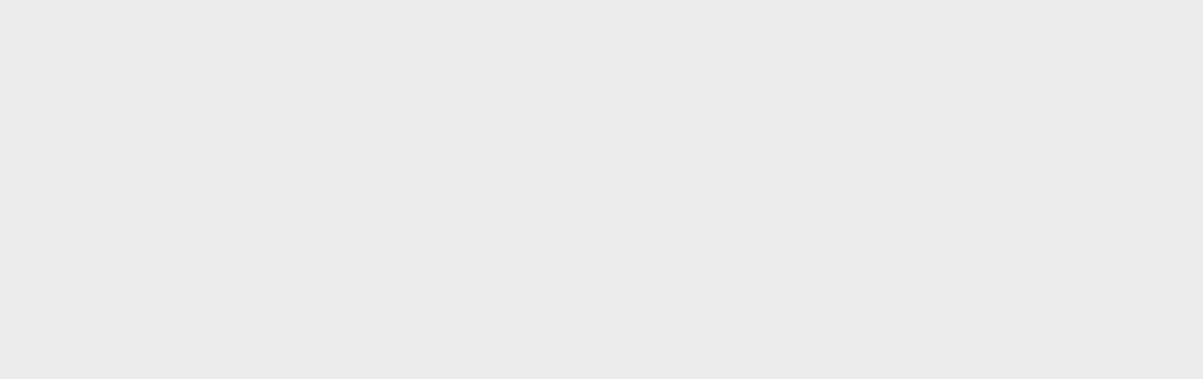
Isso também ocorre na esfera administrativa (extrajudicial). Se couber, contra o ato administrativo, recurso administrativo com efeito suspensivo, o mandado de segurança não poderá ser utilizado naquele momento, salvo se ocorrer omissão da autoridade administrativa, à luz da Súmula 429 do STF.

A omissão diz respeito ao fato de a autoridade administrativa não ter se manifestado sobre o pleito/requerimento, ocorrendo, por conta disso, um atraso (retardo; demora) injustificável que pode acarretar prejuízo ao pleiteante/requerente. Contra o “não ato” (omissão), o mandado de segurança é admitido pelo STF, sem prejuízo do uso, posteriormente, quando o ato finalmente for praticado, de recurso administrativo com efeito suspensivo.

No âmbito da competência da Justiça do Trabalho, um ato administrativo merece destaque. Estou falando do auto de infração lavrado por auditor fiscal do trabalho. Para facilitar a compreensão, a lavratura importa na aplicação de penalidade administrativa sobre o empregador, alvo da fiscalização. O art. 114, VII, da CF consagra a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações relativas “às *penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho*”.

Exemplificando.





Ora, se a empresa, para recorrer administrativamente, não precisará recolher previamente o valor da multa, esse recurso evidentemente tem efeito suspensivo. O mandado de segurança, no caso, só poderá ser impetrado depois de esgotada a instância administrativa, que pode acontecer com a interposição dos recursos administrativos, ou simplesmente com o ato de não recorrer, deixando fluir o prazo recursal.

O mandado de segurança, no caso de multa aplicada por fiscal do trabalho, é de competência funcional dos juízes do trabalho (primeira instância trabalhista).

Resumindo a competência para o processamento do mandado de segurança:

☐ No caso de ato praticado por autoridade do Ministério do Trabalho (autoridade administrativa), o mandado de segurança será de competência do juiz do trabalho ou do juiz de direito investido em jurisdição trabalhista.

☐ No caso de ato praticado por juiz do trabalho, a competência para processar e julgar mandado de segurança será do TRT. Contra a decisão do TRT, que julgar mandado de segurança, cabe recurso ordinário para o TST, nos termos do inciso II do art. 895 da CLT (em caso de decisão monocrática de desembargador, como aquela que concede ou denega liminar em mandado de segurança, cabe agravo interno para o colegiado – art. 1.021 do CPC).

☐ No caso de ato praticado por desembargador ou órgão do TRT, a competência para processar e julgar mandado de segurança será do próprio TRT (OJ 04 do Tribunal Pleno). O mesmo entendimento se

aplica ao TST (arts. 2º, I, *d*, e 3º, I, *b*, da Lei 7.701/1988). Aplica-se, no caso, o art. 16 da Lei 12.016/2009, cabendo ao relator instruir o processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento do mérito ou do pedido liminar, à luz da nova redação dada ao *caput* pela Lei 13.676/2018.

A petição inicial do mandado de segurança deverá atender aos requisitos do CPC, especificados no art. 319, adaptados à Lei 12.016/2009, contendo:

- ✓ O juízo a que é dirigida.
- ✓ Os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu (vide observação nº 1 abaixo).
- ✓ A autoridade coatora e a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. (vide observação nº 2 abaixo)
- ✓ Referência ao atendimento do prazo (120 dias) – tempestividade. (vide observação nº 3 abaixo)
- ✓ Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir).
- ✓ O pedido com as suas especificações (incluindo o de concessão de liminar, na forma do art. 7º da Lei 12.016/2009).
- ✓ O requerimento de notificação da autoridade coatora, que terá dez dias para apresentar suas informações – art. 7º, I, da Lei 12.016/2009.
- ✓ O requerimento de notificação do Ministério Público para opinar no prazo de dez dias (art. 12 da Lei 12.016/2009).
- ✓ Os documentos que acompanham a petição.
- ✓ O valor da causa.

Observação nº 1. No mandado de segurança não há réu. O que se ataca é um ato ilegal/arbitrário praticado por autoridade pública ou pessoa a ela equiparada. Seu objeto é mandamental – “o juiz

determina à autoridade coatora o cumprimento imediato da ordem, caso conceda a segurança perseguida”.

Observação nº 2. Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática. No caso de fiscalização do trabalho, se o auditor fiscal praticar um ato arbitrário, ferindo direito líquido e certo do empregador, o mandado de segurança deverá apontar o superintendente regional do trabalho como autoridade coatora, já que o fiscal age por delegação, ou seja, a ordem emana daquela autoridade. O mesmo acontece com ato praticado por diretor de secretaria de vara do trabalho, que age por delegação. Sendo assim, caso o diretor de secretaria pratique ato ilegal/arbitrário, ferindo direito líquido e certo de uma das partes, o mandado de segurança apontará o juiz do trabalho como autoridade coatora.

Observação nº 3. *Em relação ao prazo de 120 dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, necessário se faz um esclarecimento. O citado artigo diz que “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Trazendo à baila o exemplo do empregador que foi multado pela fiscalização trabalhista, a previsão legal não serve em sua literalidade. Ora, o empregador, ao assinar o auto de infração, toma ciência do ato a ser impugnado, porém não pode a partir dali impetrar mandado de segurança, já que para isso tem de esgotar a via administrativa. Digamos que o empregador tenha esgotado os recursos administrativos três meses depois de assinar o auto de infração. O prazo para impetração do mandado de segurança, evidentemente, iniciar-se-á a partir do momento em que nasceu (me perdoem a expressão) a “coisa julgada administrativa”, e não do momento em que tomou ciência do ato impugnado, como reza o art. 23 da Lei 12.016/2009. Pensar o contrário, data maxima venia, é o mesmo que deportar, do mundo jurídico, a lógica. Indiscutível, de outra banda, a natureza decadencial do prazo para impetração do mandado de segurança. Logo, a sua contagem não*

ocorrerá apenas em dias úteis, como prevê o caput do art. 775 da CLT, pois ele só se aplica a prazos processuais. A decadência é regulada pelo Código Civil (arts. 207 a 211). No seu art. 132, o referido Diploma Legal dispõe sobre a forma de contagem dos prazos.

O prazo do mandado de segurança é computado em dias corridos, sendo certo que a sua contagem deve ocorrer com a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia final. A redação do art. 23 da Lei 12.016/2009 é falha também nesse aspecto, quando crava a contagem “*a partir da ciência, pelo interessado, do ato impugnado*”. Não é partir da ciência, mas do primeiro dia útil seguinte à ciência. Como se trata de prazo decadencial de uma “ação autônoma”, a sua contagem **não ocorre apenas em dias úteis**, já que o prazo não é processual, mas de direito material, o que afasta a incidência do *caput* do art. 775 da CLT. Segue a transcrição de recente decisão do STF sobre o tema:

(...) Não foi observado o prazo previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, uma vez que o impetrante, conforme se extrai de consulta ao andamento do PP nº 0003353-19.2016.2.00.0000, no sítio do Conselho Nacional de Justiça na rede mundial de computadores, teve inequívoca ciência do ato impugnado em 19.9.2016, quando manejou recurso administrativo desprovido de efeito suspensivo (art. 115, § 4º, do Regimento Interno do CNJ). Protocolado o presente writ em 08.2.2017, não há dúvida de que já se havia escoado o lapso temporal de 120 dias, de natureza decadencial (Súmula 632/STF), **cuja contagem não é feita em dias úteis**, na forma do art. 219 do CPC/2015, **mas em dias corridos**, sem suspensões nem interrupções (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2015, p. 690). 3. Ainda nesse sentido, reproduzo as seguintes lições doutrinárias: “Na contagem do prazo em dias, computam-se apenas os dias úteis, seja o prazo legal, seja ele judicial (CPC, art.

219). **Tal regra aplica-se apenas aos prazos processuais, ou seja, àqueles prazos para prática de atos dentro do processo, sendo nele contados.** Desse modo, o prazo, por exemplo, para impetração do mandado de segurança não é processual, não sendo computado apenas nos dias úteis. Os cento e vinte dias para sua impetração devem ser corridos.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 143). “(...) **não se aplica a regra do caput do art. 219 do Novo CPC a prazo de prescrição e de decadência**, que são prazos materiais e não processuais. Dessa forma, por exemplo, o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança consagrado no art. 23 da Lei 12.016/2009, ainda que fixado em dias, por ter natureza material será contado de forma ininterrupta.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Editora Jus Podium, 2016. p. 349) (...) (MS 34620, Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 10/03/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 14/03/2017 PUBLICAÇÃO 15/03/2017).

Costumo dizer que todo mandado de segurança deve conter o pedido de concessão de liminar; afinal, a alma dessa ação é o “direito líquido e certo violado”. Se a liminar depende da fumaça do bom direito (probabilidade) e do perigo da demora (perigo de dano irreparável ou de difícil reparação), no *mandamus*, não há fumaça do bom direito, mas “fogo do bom direito”.

Por inexistir réu, incabível qualquer condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, conforme o art. 25 da Lei 12.016/2009 e a Súmula 512 do STF.

À petição inicial do mandado de segurança não se aplica a previsão do art. 321 do CPC, que permite a concessão de prazo para a emenda/retificação da exordial, no lapso de 15 dias. O *mandamus* exige prova pré-constituída, soterrando com isso a aplicação da regra prevista no CPC. A Súmula 415 do TST corrobora o entendimento.

A irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias no processo

trabalhista gera diversas situações que atraem o uso do mandado de segurança. Vamos estudá-las a partir de agora.

Primeira situação

Liminar concedida ou indeferida por juiz do trabalho em sede de tutela provisória de urgência de natureza antecipada ou cautelar. A decisão que aprecia o pedido de concessão de liminar é de natureza interlocutória, logo, irrecurável de imediato. Diante disso, o item II da Súmula 414 do TST, com redação dada pela Resolução 217/2017, dispõe: *“No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio”*.

Cabe aqui uma advertência. Se a liminar foi concedida ou indeferida em sede de mandado de segurança (o mandado de segurança é a ação que se processa na vara do trabalho), cabe agravo de instrumento contra a decisão, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei 12.016/2009 (vide também a Súmula 20 do TRT da 6ª Região). Esse agravo de instrumento não tem a mesma natureza daquele previsto na CLT (art. 897, *b*). Assim sendo, entendo que o seu prazo não é de oito, mas de 15 dias, fixado no § 5º do art. 1.003 do CPC (inaplicáveis o art. 6º da Lei 5.584/1970 e o § 2º do art. 1º da IN 39/2016 do TST).

O item II da Súmula 414 do TST foi inserido no dia 20/09/2000 (inicialmente por meio das OJs 50 e 58 da SDI-2) e alterado no dia 25/04/2017. Comparando a sua previsão com as OJs 64, 65 e 67 da SDI-2, o jurista pode visualizar uma contradição. Mas não há.

OJ 64 da SDI-2. Mandado de segurança. Reintegração liminarmente concedida. Não fere direito líquido e certo a concessão de tutela antecipada para reintegração de empregado protegido por estabilidade provisória decorrente de lei ou norma coletiva.

OJ 65 da SDI-2. Mandado de segurança. Reintegração liminarmente concedida. Dirigente sindical. Ressalvada a hipótese do art. 494 CLT, não fere direito líquido e certo a determinação liminar de reintegração no emprego de dirigente sindical, em face

da previsão do inciso X do art. 659 da CLT.

OJ 67 da SDI-2. Mandado de segurança. Transferência. Art. 659, IX, da CLT. Não fere direito líquido e certo a concessão de liminar obstativa de transferência de empregado, em face da previsão do inciso IX do art. 659 da CLT.

De fato, não há qualquer contradição entre o item II da Súmula 414 do TST e as respectivas OJs da SDI-2. A Súmula 414 é genérica, e, com isso, mais abrangente, não especificando o “objeto da liminar”. Por meio dela, o TST, movido pela irrecorribilidade imediata desse tipo de decisão, simplesmente consagrou o uso do mandado de segurança contra toda e qualquer liminar.

Na OJ 64 da SDI-2, o TST trata da reintegração ao emprego. Esse pedido vem geralmente acompanhado da pretensão de concessão de liminar, inclusive *inaudita altera parte* (antes da citação do reclamado). Caso o juiz defira o pedido de concessão de liminar, determinando a imediata reintegração do reclamante, o empregador poderá impetrar mandado de segurança? Claro que sim! O empregador usará em sua argumentação o item II da Súmula 414 do TST. Mas a OJ 64 da SDI-2 é contundente quando diz que nesse tipo de situação a concessão de liminar não fere direito líquido e certo do empregador. Vou explicar.

O item II da Súmula 414 do TST tem que ser interpretado ladeado da expressão “em tese”. O jurista vai assim lê-lo: “No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe, **em tese**, mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio”.

Digamos que um empregado que se encontra aposentado por invalidez ajuizou reclamação pleiteando a manutenção do plano de saúde concedido pelo empregador, tendo em vista ter sido comunicado pelo patrão de que, pelo fato de se encontrar em benefício previdenciário, o plano seria suprimido. Na reclamação, requereu a manutenção do plano de saúde, inclusive com a concessão de liminar *inaudita altera parte*. O juiz, diante da documentação acostada com a petição inicial, convencendo-se da probabilidade do direito e do perigo de dano, deferiu o pedido de tutela provisória de natureza

antecipada, mediante a concessão de liminar. Citado, o reclamado, além da contestação, pretende impetrar mandado de segurança para cassar a liminar. Cabe mandado de segurança? Sim, pois, em tese, o *mandamus* é o instrumento processual cabível para atacar a decisão. O mandado de segurança terá boas condições para anular a decisão? Não! O advogado da empresa já sabe que a perspectiva de sucesso do remédio é mínima, principalmente pelo fato de o empregador não possuir direito líquido e certo de cancelar o plano de saúde, conforme prevê a Súmula 440 do TST.

O único remédio disponível para o empregador enfrentar a decisão interlocutória de concessão ou de indeferimento do pedido de liminar é o mandado de segurança, porém, à luz de sólidos precedentes jurisprudenciais, hoje consubstanciados na Súmula 440 do TST, o empregador não terá como demonstrar, de plano, seu “direito líquido e certo”, pois, convenhamos, ele não existe. Tampouco, no caso, a decisão do juiz do trabalho será considerada ilegal ou arbitrária. Conclusão: o *mandamus* terá um futuro tenebroso.

O direito, portanto, de impetrar mandado de segurança é garantido, em tese, para o enfrentamento de qualquer decisão que conceda ou indefira liminar em tutela provisória de urgência de natureza antecipada ou cautelar. Contudo, a depender do caso, o *mandamus* já virá ao mundo natimorto!

Da mesma forma que o item II da Súmula 414 do TST merece, em sua leitura, a inserção da expressão “em tese”, as OJ 64 e 67 da SDI-2, quando lidas, devem atrair a expressão “em regra”.

A OJ 64 da SDI-2 assim deve ser entendida: “Não fere direito líquido e certo, em regra, a concessão de tutela antecipada para reintegração de empregado protegido por estabilidade provisória decorrente de lei ou norma coletiva”.

Digamos que uma empregada foi demitida por justa causa quando se encontrava no quarto mês de gravidez, ou seja, em pleno usufruto da estabilidade gestante prevista no art. 10, II, *b*, do ADCT. Diante disso, a obreira ajuizou reclamação trabalhista, alegando não ter praticado falta grave alguma, pleiteando, por conseguinte, a nulidade da demissão e a reintegração ao emprego, mediante concessão de liminar. O juiz, antes mesmo da citação,

concedeu a liminar de reintegração. O empregador, munido dos autos de processo administrativo disciplinar, instaurado e concluído antes da demissão da reclamante, impetrou mandado de segurança, acostando documentação capaz de comprovar, de plano, o cometimento de falta grave. A concessão de liminar de reintegração, diante da cabal prova da falta grave obreira, feriu ou não direito líquido e certo patronal? O desembargador relator do *mandamus* pode entender que sim, mesmo a OJ 64 SDI-2 dizendo o contrário. O próprio juiz do trabalho que concedeu a liminar, quando for prestar informações no mandado de segurança, poderá se convencer da falta grave e, a requerimento ou de ofício, revogar a liminar (no processo trabalhista não aplicamos a estabilidade dos efeitos da liminar, prevista no *caput* do art. 304 do CPC, exatamente pelo fato de não existir recurso específico para atacar de imediato a decisão). A OJ 67 da SDI-2, por sua vez, quando diz que a concessão de liminar obstativa de transferência de empregado não fere direito líquido e certo patronal, também merece estar acompanhada da expressão “em regra”.

O art. 659, IX, da CLT, de fato prevê a possibilidade de o juiz do trabalho conceder liminar para sustar transferência, desde que esta seja abusiva. Transferência abusiva, nos termos da Súmula 43 do TST, é aquela que não se encontra lastreada em “real necessidade de serviço”. Transferência abusiva é “desvio de finalidade”, e como tal representa “abuso de autoridade do empregador”. É a transferência usada como forma de perseguição, fruto de mero capricho patronal, ou como forma de punição.

Esse ato, evidentemente, deve ser repudiado pelo juiz do trabalho.

Digamos, porém, que o empregado possua cláusula de transferência em seu contrato e que o empregador necessite de fato dos seus serviços em outra localidade. Essa ordem de transferência é abusiva? Claro que não! Recebendo-a, o empregado ajuizou reclamação trabalhista e conseguiu liminar sustando a transferência (obrigação de não fazer). O empregador teve ou não seu direito líquido e certo violado? Claro que sim! Em que pese a OJ 67 da SDI-2, o *mandamus*, no caso, tem grande chance de sucesso.

A OJ 65 da SDI-2 merece tratamento especial, pois cuida de um empregado diferenciado: o **dirigente sindical**.

O dirigente sindical, mesmo praticando falta grave e o empregador possuindo prova contundente do fato, não pode ser demitido. Seu contrato só pode ser extinto pelo juiz do trabalho, mediante sentença proferida em sede de inquérito judicial para apuração de falta grave (Súmula 379 do TST). Fica fácil, portanto, compreender a estrita redação da OJ 65 da SDI-2. A liminar de reintegração concedida em favor do dirigente sindical é mais do que razoável. É praticamente obrigatória. Na OJ 142 da SDI-2, o TST ratifica a conclusão.

A ressalva fica por conta do art. 494 da CLT, que consagra o direito líquido e certo patronal de suspender preventivamente o empregado até a conclusão do inquérito judicial. O parágrafo único do citado artigo não deixa qualquer sombreamento de dúvida a respeito da duração da suspensão preventiva: “*A suspensão, no caso deste artigo, perdurará até a decisão final do processo*”.

Digamos que um dirigente sindical foi flagrado praticando falta grave. Ele não pode ser demitido, mas pode ter o contrato suspenso. Ficará até o final do processo sem trabalhar e sem receber salário. O empregador, durante todo o período de suspensão, estará também desonerado das demais obrigações. Caso o obreiro ajuíze reclamação trabalhista pleiteando “o fim da suspensão e o retorno ao trabalho”, mediante a concessão de liminar em sede de antecipação de tutela, se o juiz acolher o pedido e expedir liminar, o empregador poderá impetrar mandado de segurança, visto que a suspensão preventiva, nos termos do art. 494 da CLT, é direito líquido e certo patronal. Neste sentido a OJ 137 da SDI-2.

A OJ 65 da SDI-2, *data venia*, deixa a entender que a referida liminar, determinando o fim da suspensão e o retorno do empregado ao emprego, corporifica uma ordem de reintegração. Ora, o contrato não foi extinto, encontrando-se apenas suspenso. Não há que se pensar, portanto, em reintegração ou readmissão (expressão equivocadamente inserida na redação do art. 495 da CLT). A liminar simplesmente exara uma ordem que põe fim à suspensão, fazendo o empregado retornar ao labor.

Segunda situação

Caso a tutela provisória de urgência de natureza antecipada seja concedida

na sentença (significa dizer que o juiz indeferiu o pedido de concessão de liminar, só se convencendo da urgência quando da conclusão da instrução), não cabe mandado de segurança, pois contra a decisão existe um remédio específico: recurso ordinário (art. 895, I, da CLT).

Os recursos, no processo trabalhista, não são dotados de efeito suspensivo (art. 899 da CLT), entendendo o TST que o meio processual adequado para a obtenção desse efeito é o requerimento, de natureza cautelar, dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015 – inteligência do item I da Súmula 414 do TST.

Diante da inexistência de efeito suspensivo a recurso trabalhista em dissídios individuais (art. 899 da CLT), soa meio estranho para muitos o “ruído” provocado pelo item I da Súmula 414 do TST. Ora, se o juiz do trabalho prolatar sentença e o recurso ordinário contra ela interposto é dotado de efeito meramente devolutivo, qual a utilidade de “antecipar os efeitos da tutela na sentença”, já que toda e qualquer sentença condenatória já consagra, por si só, a antecipação de tutela? Não é tão simples assim.

Digamos que o empregado, portador de estabilidade prevista em norma coletiva, tenha ajuizado reclamação trabalhista pleiteando sua reintegração ao emprego, mas o juiz, em análise apriorística, indeferiu o pedido de concessão de liminar. Citado, o reclamado ofertou contestação e ambas as partes compareceram à audiência. Concluída a instrução, o juiz prolatou sentença deferindo o pedido de reintegração ao emprego. Há magistrados que assim julgam: “Defiro o pedido de reintegração, determinando a expedição do competente mandado no prazo de 48 horas, após o trânsito em julgado da sentença.” Com esse tipo de decisão, o juiz concedeu, na própria sentença, efeito suspensivo ao recurso ordinário, pois condicionou o retorno do reclamante ao emprego ao trânsito em julgado do *decisum*. Há magistrados que decidem de forma diferente: “Defiro o pedido de reintegração, determinando a imediata expedição do competente mandado, independentemente do trânsito em julgado da sentença.” Eis um bom exemplo de “tutela provisória de urgência de natureza antecipada concedida na sentença”.

No processo civil é bem mais fácil compreender o fato, pois o art. 1.012 do CPC reza expressamente que a apelação terá efeito suspensivo. No § 1º, V, do citado artigo, entretanto, o legislador decreta que, caso o juiz confirme, conceda ou revogue a tutela provisória na sentença, já estará de antemão negando o efeito suspensivo ao recurso, quando então o pleito de efeito suspensivo terá de ser feito diretamente ao tribunal (§ 3º do art. 1.012 do CPC).

Terceira situação (cancelamento do item III da Súmula 417 do TST)

O fato de, no processo trabalhista, os recursos serem dotados de efeito meramente devolutivo, propicia o início da “execução provisória”, como prevê o art. 899, *caput*, da CLT.

O TST **entendia** que o art. 805 do CPC (art. 620 do CPC/1973), que prestigia o princípio da execução menos gravosa ao devedor, deveria ser aplicado em execução provisória, admitindo o uso de mandado de segurança, quando o juiz, ignorando a existência de outros bens capazes de garantir a execução, penhorasse dinheiro do executado.

Em setembro de 2016, o TST cancelou o item III da Súmula 417 do TST. O cancelamento ocorreu com efeitos *ex tunc*, já que na modulação o TST declarou válidas as penhoras em dinheiro, em execução provisória, ocorridas a partir de 18/03/2016, data de vigência do CPC.

O TRT da 6ª Região já possuía orientação neste sentido, corporificada na Súmula 10.

Significa dizer que a vedação à penhora em dinheiro, em execução provisória, não é mais um direito líquido e certo do executado que nomeou outros bens. Logo, o simples fato de o juiz penhorar dinheiro não desafia mandado de segurança.

Quarta situação

A Súmula 418 do TST foi alterada pela Resolução 217/2017 de 17/04/2017. Andou bem o TST, ao extirpar, da referida Súmula, a proibição do uso de mandado de segurança contra decisão que indeferia pedido de concessão de liminar. Observem que a exclusão da absurda vedação foi feita

pela mesma Resolução que deu nova face ao item II da Súmula 414 do TST, o qual agora “permite” o uso de mandado de segurança contra decisão que **concede ou indefere** requerimento de concessão de liminar.

O presente tópico do nosso querido *Manual*, em face da citada alteração, foi esvaziado, visto que, nas edições anteriores, eu não escondia a minha ira quanto à antiga redação da Súmula 418 do TST. Apenas para ilustrar a minha posição, à época, segue um pequeno trecho da derradeira edição:

Mesmo sendo dirigente sindical, o empregado foi demitido (não importa o motivo). Ajuizou imediatamente reclamação trabalhista, juntando documentação capaz de comprovar a estabilidade e a extinção do contrato. O juiz do trabalho, no entanto, indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência de natureza antecipada, não concedendo a liminar de reintegração. No caso, a Súmula 418 do TST encontrará suporte fático para sua incidência? Evidentemente que não! A reintegração do dirigente sindical é um direito líquido e certo. Diante de sua violação, cabível se torna o uso do mandado de segurança contra decisão do juiz que indeferiu o pedido de concessão de liminar. Não me venham falar do art. 496 da CLT e da Súmula 396, II, do TST para o caso em comento. São bases jurídicas que permitem ao juiz substituir, a requerimento ou de ofício, a reintegração pelo pagamento dos salários e acessórios do período entre a extinção do contrato e o final da estabilidade, quando se convencer de que o retorno ao trabalho é desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do conflito. A estabilidade sindical não é garantia do empregado, mas sim uma garantia estendida à categoria profissional. A estabilidade sindical é garantia coletiva. O empregador, ao extinguir o contrato de trabalho do dirigente sindical, viola um direito de toda a categoria, privando-a do seu mandatário legitimamente eleito. A categoria, diante da arbitrária atitude patronal, órfã do seu representante, tem direito (líquido e certo) de vê-lo reintegrado ao emprego. A reclamação trabalhista poderia até ser ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual – art. 8º, III, da

CF. Não custa lembrar que o dirigente sindical não pode nem mesmo ser demitido por justa causa, já que a rescisão justificada só será válida se proferida por sentença judicial em sede de inquérito para apuração de falta grave (Súmula 379 do TST). Diante do contundente exemplo, a Súmula 418 do TST, quando confrontada com o referido caso concreto, vira mera peça contemplativa jurisprudencial, fulminada de impotência. Não estou aqui afirmando que o TRT irá necessariamente conceder liminar no julgamento do mandado de segurança. O que estou querendo demonstrar é que o TRT irá julgar o mandado de segurança. A ação será apreciada meritoriamente. O desembargador relator não vai simplesmente extinguir o processo sem resolução do mérito, sob a fundamentação de que “não é cabível mandado de segurança contra decisão de juiz do trabalho que indefere liminar”. É isso!

Importante reforçar que o trecho acima, constante da terceira edição desta obra, serve apenas para ratificar o espírito visionário do nosso *Manual*, pois a Súmula 418 do TST, como alhures dito, foi alterada em abril de 2017, mediante a exclusão da vedação comentada no pequeno fragmento da última edição.

A minha revolta, entretanto, ainda continua, pois a Súmula 418 do TST deveria mesmo ter sido cancelada, já que continua “proibindo” o uso de mandado de segurança contra a negativa do magistrado em homologar acordo, como se existisse um meio específico de impugnação para esse tipo de decisão, e como se o magistrado pudesse simplesmente “negar” a homologação, sem a necessidade de fundamentar o seu ato.

No que diz respeito a essa negativa, volto a dizer, já que essa questão foi objeto de discussão anterior, que as partes e os seus advogados têm direito (constitucional e legalmente garantido – art. 93, IX, da CF e art. 11 do CPC) a que todas as decisões judiciais estejam amparadas por fundamentação específica.

Digamos que as partes e seus advogados procurem o juiz e digam que “fecharam” um acordo. O magistrado, analisando os autos processuais, diz que não homologará o pacto, por discordar dos seus termos. Os advogados

insistem em saber os motivos da discordância. O juiz simplesmente responde que não homologará o acordo. Os advogados agradecem e se retiram.

As partes irão exigir dos advogados uma solução.

Os advogados devem transcrever os termos do acordo em uma petição, a ser assinada por eles e seus clientes, requerendo no final a homologação do acordo ou, se assim não entender o juiz, **a fundamentação precisa e detalhada dos motivos de sua discordância**, sob pena de nulidade da decisão, nos termos do art. 93, IX, da CF e do art. 11 do CPC/2015.

Esse “procedimento”, que já constava nas edições anteriores desta obra, saiu fortalecido com a Reforma Trabalhista, em face dos novos arts. 855-B a 855-E da CLT – Homologação de Acordo Extrajudicial.

A Súmula 418 do TST não erra quando diz que o magistrado não é obrigado a homologar um acordo, porquanto, naquele momento, reina soberano o princípio da livre persuasão racional do magistrado.

O juiz, por lei, possui ampla liberdade na condução do processo – arts. 765 e 852-D da CLT e art. 370 do CPC. Com base no art. 142 do CPC, por exemplo, o juiz pode, além de negar a homologação, extinguir o processo sem resolução do mérito, quando vislumbrar que as partes se serviram do feito para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei. O magistrado também pode justificar a negativa homologatória na irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas pelo obreiro, demonstrando que aquele “acordo” não deságua de uma transação (concessões recíprocas), mas de uma renúncia (concessão unilateral).

Em qualquer caso, entretantes, **o juiz estará obrigado**, por força do art. 93, IX, da CF e do art. 11 do CPC, **a fundamentar a sua decisão**.

Quinta situação

Os honorários periciais, à luz do art. 790-B da CLT, serão pagos pelo sucumbente na “pretensão objeto da perícia”.

O pressuposto para o pagamento dos honorários periciais, portanto, é a sucumbência na pretensão objeto da perícia, por isso, para o TST, é ilegal a decisão judicial que determina o depósito prévio desses honorários, cabendo,

diante da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias, mandado de segurança, nos termos da OJ 98 da SDI-2 (havia uma exceção, prevista na IN 27/2005 do TST – relação de trabalho que não fosse relação de emprego; ela foi soterrada pelo § 3º do art. 790-B da CLT). Neste ponto, à luz dos comentários contidos no Capítulo 22 desta obra, o art. 5º da IN 41/2018 do TST deve ser ignorado, pois contraria precedentes do próprio TST que datam do ano de 2002 (OJ 98 da SDI-2 – redação original), tornando incompreensível a Instrução Normativa, neste particular.

A previsão contida no art. 6º da IN 27/1005 do TST foi fulminada.

Caso o juiz profira decisão, não importa a relação jurídica deduzida em juízo, obrigando uma das partes a antecipar honorários periciais, o mandado de segurança será a peça adequada para atacar o “ato ilegal”, “praticado por autoridade pública”, “ferindo direito líquido e certo do impetrante” (só pagar honorários periciais no final, e, desde que tenha sido sucumbente na pretensão objeto da perícia).

Sexta situação

O mandado de segurança coletivo, na esfera trabalhista, pode ser impetrado por organização sindical legalmente constituída – art. 5º, inciso LXX, c/c o inciso XXI, *b*, *in fine*, da CF.

Segundo precedentes jurisprudenciais do STF, tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto essa restrição destina-se apenas às associações, nos termos do art. 5º, XXI, *b*, *in fine*, da Lei Maior.

O objeto do *mandamus* coletivo deve guardar pertinência temática com os interesses da respectiva categoria, à luz do art. 8º, III, da CF.

Não se deve confundir mandado de segurança coletivo com ação civil pública. Aquele se destina apenas à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de autoridade, enquanto a ação civil pública protege, perante qualquer pessoa ou entidade, todas as modalidades de interesses ou direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

16.1. Modelo de Mandado de Segurança

17.1. Introdução

A Reforma Trabalhista, implantada pela Lei 13.467/2017, alterou a redação do *caput* do art. 878 da CLT e revogou expressamente o seu parágrafo único. Com isso, o legislador soterrou o princípio da execução *ex officio*, dispondo, agora, que “*a execução será promovida pelas partes*”, ou, melhor dizendo, **por seus advogados**, e não mais pelo próprio juízo.

Importante destacar a presença do advogado, pois a norma manteve, como exceção, o antigo princípio, ao “**permitir a execução de ofício pelo juízo apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado**”.

Afinal, o princípio da execução *ex officio* foi ou não foi exterminado?

Foi sim, pois princípio é regra, e a execução de ofício, depois da Reforma Trabalhista, transformou-se em exceção, deixando, portanto, de ser um princípio do processo trabalhista.

O juiz do trabalho, por conseguinte, não poderá mais iniciar de ofício a execução, **salvo** quando o exequente não possuir advogado (*jus postulandi*; morte do advogado de credor, sem que este o tenha substituído; revogação do mandato etc.).

Com isso, surgiu mais uma “assombração” na vida dos advogados, visto que, a partir do trânsito em julgado da decisão, o advogado do credor terá dois anos para “ajuizar” **ação de execução**, requerendo o início do processo executório. Não o fazendo, dentro do referido biênio, incidirá a **prescrição da**

execução, capaz de fulminar a pretensão executória, nos termos da Súmula 150 do STF.

A prescrição da execução já era aplicada para os títulos executivos extrajudiciais. Passou a incidir, a partir do dia 11/11/2017, também sobre os títulos executivos judiciais, mediante a incidência do art. 14 do CPC: *“A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*.

Aplicamos, no nosso sistema processual, a **Teoria do Isolamento dos Atos Processuais**, à luz do art. 1.046 do CPC: *“Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes”*. Sendo assim, aos atos processuais ainda não realizados, a Reforma Trabalhista incidirá. Serão respeitados, entretanto, os atos processuais já praticados na regência da lei antiga, significando dizer que a nova legislação é irretroativa, não alcançando os atos processuais efetivados, nem seus efeitos, mas se aplicando aos atos processuais que ainda serão realizados.

O CPC faz a distinção entre o procedimento executório (satisfativo) dos títulos judiciais e o procedimento executório (satisfativo) dos títulos extrajudiciais. O primeiro é chamado de “cumprimento de sentença” que, na verdade, é o “cumprimento da decisão”, incluindo os termos de conciliação homologados pelo órgão jurisdicional e a sentença arbitral. O segundo é nominado processo de execução.

A CLT não faz essa separação, incluindo no processo de execução todos os títulos, judiciais e extrajudiciais.

No processo civil, mesmo no caso de título judicial, o cumprimento da decisão depende de iniciativa do interessado (credor/exequente) – § 1º do art. 513 do CPC. Com a nova redação dada pela Lei 13.467/2017 ao art. 878 da CLT, processo civil e processo trabalhista, neste aspecto da necessidade de “iniciativa do credor”, foram igualados.

A CLT inicia a regulação do processo de execução definindo, no art. 876, os títulos executivos: *“As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não*

cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho; e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida neste Capítulo”.

As sentenças e os acórdãos de natureza condenatória, assim como os termos de conciliação homologados na Justiça do Trabalho, são títulos executivos judiciais. Os termos de ajuste de conduta, firmados com o MPT, e os termos de conciliação, pactuados nas comissões de conciliação prévia, são títulos executivos extrajudiciais.

Sempre defendi a tese de que o rol do art. 876 da CLT é meramente exemplificativo, em face da aplicação subsidiária da Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) e supletiva do CPC (arts. 515 e 784), à luz do art. 889 da CLT e do art. 15 do CPC.

O TST, mesmo que timidamente, passou a admitir a execução de títulos extrajudiciais previstos no CPC. O art. 13 da IN 39/2016 do TST assim dispõe: “*Por aplicação supletiva do art. 784, I (art. 15 do CPC), o **cheque** e a **nota promissória** emitidos em reconhecimento de dívida inequivocamente de natureza trabalhista também são títulos extrajudiciais para efeito de execução perante a Justiça do Trabalho, na forma do art. 876 e segs. da CLT*”. A redação, data maxima venia, mostra-se equivocada, pois a competência de uma Justiça não é balizada pela “natureza da verba que gerou a dívida”, e sim pela “natureza da relação jurídica de direito material deduzida em juízo”.

A LEF (Lei 6.830/1980), por sua vez, prevê, como título executivo extrajudicial, a **Certidão de Dívida Ativa**. Título também consagrado no inciso IX do art. 784 do CPC. Será que a Justiça do Trabalho tem competência para executar alguma certidão de dívida ativa? A resposta é positiva, com fulcro no inciso VII do art. 114 da CF, que consagra a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as “*ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho*”. Essas “ações” podem ser cognitivas (mandado de segurança e ação anulatória, por exemplo), ou executórias (ação de execução de título executivo extrajudicial, no caso, a certidão de dívida

ativa da União, oriunda de multa administrativa aplicada pela fiscalização do Ministério do Trabalho, e as ações incidentais, como embargos à execução, por exemplo).

Digamos que um auditor fiscal do trabalho tenha aplicado multa administrativa sobre determinada empresa por descumprimento à legislação trabalhista, lavrando o competente auto de infração. Mediante recursos administrativos, a empresa tentou livrar-se da penalidade, sem sucesso. Buscou anular o ato infracional na Justiça do Trabalho, também sem sucesso. A dívida não foi paga, gerando sua inclusão na dívida ativa da União (a União é a credora da dívida). Nasce a certidão de dívida ativa da União, que será executada pela Procuradoria da Fazenda Nacional na Justiça do Trabalho – inciso VII do art. 114 da CF. Nesse processo específico, o juiz não vai aplicar a legislação trabalhista, mas a LEF (Lei 6.830/1980).

Quanto ao CPC, nas edições anteriores desta obra, escrevi o seguinte:

Bom, em relação aos títulos executivos judiciais, na medida em que defendo a aplicabilidade, no processo trabalhista, da ação de homologação de acordo extrajudicial, evidentemente que o “termo homologatório de acordo extrajudicial” se torna um título executivo judicial compatível com o processo laboral (art. 515, III, do CPC/2015).

Também defendo a convenção de arbitragem para outras relações de trabalho e para determinadas relações de emprego envolvendo empregados diferenciados (com nível de discernimento elevado). Em assim sendo, a sentença arbitral também assumiria, no processo trabalhista, natureza de título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC/2015).

Os trechos acima esculpidos ratificam o caráter visionário do nosso querido *Manual*. No primeiro, faço referência ao termo homologatório de acordo extrajudicial, o qual, a partir da Reforma Trabalhista, passou a integrar, definitivamente, a legislação processual trabalhista, à luz dos arts. 855-B a 855-E da CLT. No segundo, faço alusão à possibilidade de arbitragem em dissídios individuais para “empregados diferenciados”,

concluindo que a sentença arbitral seria sim um título executivo compatível com o processo do trabalho, previsão que também se concretizou com o advento da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), mediante a inclusão do parágrafo único ao art. 444 da CLT (definição do empregado diferenciado ou “hipersuficiente”) e a criação do art. 507-A da CLT, que tornou legalmente viável a inclusão no contrato de trabalho de cláusula compromissória arbitral (convenção de arbitragem).

Destarte, o termo homologatório de acordo extrajudicial (inciso III do art. 515 do CPC) e a sentença arbitral (inciso VII do art. 515 do CPC) passaram a ter, definitivamente, natureza de títulos executivos **judiciais** no processo trabalhista.

Essa sentença arbitral não se confunde com a “sentença arbitral coletiva”, prevista a partir do § 1º do art. 114 da CF, a qual tem natureza de “norma coletiva”, e, portanto, não é título executivo, pois o seu descumprimento desafia o ajuizamento de ação de conhecimento, chamada de “ação de cumprimento”, prevista no art. 872 da CLT.

A sentença penal condenatória transitada em julgado também tem espaço como título executivo judicial no processo do trabalho (art. 515, VI, do CPC), pois dela pode exalar indenização por dano, como condenação acessória, a ser executada no “juízo cível”, que pode ser a Justiça do Trabalho, a depender da **natureza da relação jurídica de direito material deduzida em juízo**.

Quanto aos **títulos executivos extrajudiciais**, a CLT os resume a dois, no art. 876 (termo de ajuste de conduta firmado com o MPT e termo de conciliação firmado perante CCP). O art. 13 da IN 39/2016 do TST adicionou mais dois (cheques e notas promissórias). A LEF prevê mais um (Certidão de Dívida Ativa da União, insculpida no inciso IX do art. 784 do CPC, decorrente de penalidade administrativa aplicada pela fiscalização trabalhista). Eu incluiria ainda, com todo o respeito, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, previsto no inciso III do art. 784 do CPC.

Executar um título extrajudicial significa imprimir celeridade e simplicidade ao processo, traduzindo bem a missão da Justiça do Trabalho.

As normas coletivas (acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva de trabalho, sentença arbitral coletiva e sentença normativa) não são títulos executivos judiciais. No caso de descumprimento, cabível o ajuizamento de ação de cumprimento na primeira instância da Justiça do Trabalho (ação de conhecimento), como dispõe o art. 872 da CLT.

17.2. Liquidação de Sentença

Nos termos do art. 879 da CLT, sendo ilíquida a sentença exequenda, esta será previamente liquidada, mediante cálculo, ou, se necessário, por arbitramento ou por artigos. A liquidação, por conseguinte, é uma fase pré-executória, ou, se preferir, uma etapa preparatória para execução forçada, já que esta exige um título líquido, certo e exigível.

Muito importante destacar que na liquidação não poderá ocorrer a modificação ou a inovação da sentença, não sendo admissível qualquer discussão acerca da matéria pertinente à causa principal. A liquidação está aprisionada ao comando sentencial – vide § 1º do art. 879 da CLT.

A CLT, no § 1º-B do art. 879, prevê que as partes serão previamente intimadas para a apresentação do cálculo de liquidação, inclusive das contribuições previdenciárias. Algumas unidades jurisdicionais já proferem sentenças líquidas, fato que afasta a necessidade de futuramente a decisão precisar ser liquidada. Outras, depois do trânsito em julgado da decisão, já determinam que a liquidação seja feita pela própria contadoria da vara. Logo, na prática, nem sempre as partes serão intimadas para a apresentação dos cálculos.

A nova redação do § 2º do art. 879 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), dispõe que **o juiz deverá** abrir às partes **prazo de oito dias para impugnação fundamentada da decisão de liquidação**, com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, **sob pena de preclusão**. Importante observar, neste aspecto, o art. 14 da IN 41/2018 do TST, que veda a incidência da nova redação do § 2º do art. 879 da CLT à liquidação de julgado iniciada antes de 11/11/2017.

A intimação das partes, antes meramente facultativa, tornou-se

obrigatória, para os processos em que o início da liquidação ocorreu a partir de 11/11/2017, e a não impugnação, no prazo de oito dias, gera preclusão temporal. Isso já acontecia com o crédito previdenciário, por conta do § 3º do art. 879 da CLT, mantido pela Reforma Trabalhista, que fixa prazo de dez dias para a União se manifestar sobre o cálculo das contribuições previdenciárias.

A mudança afetou diretamente o § 4º do art. 884 da CLT, que diz: “*Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário*”. Essa norma perdeu toda a sua efetividade, podendo até ser considerada tacitamente revogada.

Sendo assim, para a liquidação iniciada a partir de 11/11/2017, uma vez elaborada a conta e tornada líquida a sentença, exequente e executado serão intimados para, no prazo de oito dias, impugnar a decisão de liquidação (§ 2º do art. 879 da CLT). Existindo verba de natureza remuneratória, a União também será intimada, para se manifestar sobre o cálculo previdenciário, no prazo de dez dias (§ 3º do art. 879 da CLT).

O juiz, diante das impugnações (ou da impugnação, caso apenas uma parte se manifeste), proferirá decisão tipicamente interlocutória, visto que estará apenas resolvendo uma questão incidental (o epíteto usado na parte final do § 3º do art. 884 da CLT – “sentença de liquidação”, desde 1954, é fruto de um grave erro do nosso legislador).

Conforme expus no Capítulo 12 da Parte 2 desta obra, cabe agravo de petição contra a decisão que julgar as impugnações aos cálculos, mesmo sendo esta uma típica decisão interlocutória, com base na manutenção do § 1º do art. 897 da CLT e no natural esvaziamento dos embargos à execução.

A Reforma Trabalhista, por conseguinte, gerou uma nova exceção ao princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e revogou tacitamente o já fragilizado § 3º do art. 884 da CLT.

A liquidação por arbitramento ocorre quando o título executivo judicial não propiciar os elementos necessários ao encontro da quantia da dívida por meros cálculos aritméticos. Está prevista no art. 509, I, do CPC e no § 6º do art. 879 da CLT. Na liquidação por arbitramento será nomeado um perito, que confeccionará o laudo técnico de apuração do valor da dívida, submetendo-o

à apreciação do juiz. A partir daí, caso o juiz homologue o *quantum debeatur*, a execução processar-se-á da forma já descrita.

A liquidação por “artigos” está prevista no art. 509, II, do CPC e será processada pelo procedimento comum, incidindo quando houver a necessidade de “alegar e provar fato novo”. *Data maxima venia*, não há “fato novo”, mormente porque na liquidação não se pode modificar ou inovar a sentença liquidanda, nem discutir matéria pertinente à causa principal (§ 1º do art. 879 da CLT). De novo, o fato nada tem. Trata-se na verdade de fatos insuficientemente investigados no processo de conhecimento, gerando lacunas que se perpetuaram na coisa julgada. Na liquidação por artigos, o juiz “retornará à fase cognitiva”, podendo ouvir as partes, as testemunhas etc. Eis por que o CPC diz que ela se processará pelo “procedimento comum”.

17.3. Desconsideração da Personalidade Jurídica

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, aplicáveis, em sua integralidade, ao processo trabalhista, por determinação do novo art. 855-A da CLT.

O processo civil exige, para a desconsideração, a iniciativa da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (*caput* do art. 133), podendo ocorrer nas fases de conhecimento ou de execução. Na execução trabalhista, o requerimento do interessado passou a ser necessário, como já era na fase de conhecimento, sendo certo que o art. 855-A da CLT destruiu a parte final do *caput* do art. 6º da IN 39/2016 do TST, que permitia ao juízo instaurar de ofício o incidente de desconsideração da empresa executada.

No art. 13 da IN 41/2018 do TST, o leitor encontrará interessante interpretação analógica da nossa corte superior, que trouxe à baila o art. 878 da CLT. Sabemos que a execução não pode ser iniciada de ofício pelo juiz do trabalho, salvo se o exequente não possuir advogado. Pois bem. O TST, na citada Instrução Normativa, entende que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser instaurado de ofício pelo juiz, quando o credor estiver sem advogado (o leitor encontra os comentários à IN 41/2018 do TST no Capítulo 22 desta obra).

Instaurado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, o processo será suspenso, como prevê o § 2º do art. 855-A da CLT, sem prejuízo de concessão da tutela provisória de urgência de natureza cautelar. A suspensão do feito não ocorrerá quando a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida já na petição inicial (o reclamante ajuizou reclamação perante a pessoa jurídica e seus sócios), **situação que não exige a “instauração” do incidente**, pois todos os reclamados serão citados – §§ 2º e 3º do art. 134 do CPC.

A desconconsideração da personalidade jurídica poderá também ocorrer de forma “inversa”, quando o réu for pessoa física e existirem indícios de sua participação em determinada sociedade ou ocultação de patrimônio em nome de pessoa jurídica. A expressão já era consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, definindo a busca pela responsabilização da sociedade por dívidas ou atos praticados pelos sócios. Hoje ela está consagrada no § 2º do art. 133 do CPC.

Instaurado o incidente e suspenso o processo, o sócio ou a pessoa jurídica (desconconsideração reversa e inversa, respectivamente) será **intimado** para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias. O art. 135 do CPC fala em “citação”, mas, na execução trabalhista, o ato citatório só é realizado em relação ao executado (art. 880 da CLT). Durante o processamento do incidente, o sócio ou a pessoa jurídica ainda não figura no polo passivo da execução, razão pela qual usei a expressão “intimação”.

Nos termos do *caput* do art. 136 do CPC, uma vez concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Contra a decisão que acolher ou rejeitar o incidente, na fase de conhecimento, não cabe recurso de imediato, prevalecendo o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, previsto no § 1º do art. 893 da CLT, como dispõe o inciso I do § 1º do art. 855-A da CLT.

Contra a decisão que acolher ou rejeitar o incidente, na fase de execução, cabe agravo de petição de imediato, no prazo de oito dias, independentemente de garantia do juízo, como dispõe o inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT.

Caso o incidente tenha sido instaurado originariamente no tribunal (TRT

ou TST), contra a decisão do relator, que acolhê-lo ou rejeitá-lo, seja na fase cognitiva ou executória, cabe agravo interno para o colegiado, no prazo de oito dias, à luz do inciso III do § 1º do art. 855-A da CLT c/c a parte final do *caput* do art. 1.021 do CPC e parágrafo único do art. 136 do CPC.

A Lei 13.467/2017 incluiu o art. 10-A na CLT, tratando da responsabilidade do sócio retirante. Apesar de a previsão mais interessar à desconconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos, ela também tem relevância para o caso de sucessão, pois a desconconsideração pode ser feita logo no ajuizamento da reclamação, quando o advogado do reclamante incluirá no polo passivo a empresa e os sócios, à luz do que dispõe o § 2º do art. 134 do CPC, aplicável ao processo do trabalho, por conta da previsão contida no art. 855-A da CLT. O sócio retirante responde **subsidiariamente** pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas **ao período em que figurou como sócio**, somente em ações ajuizadas **até dois anos depois de averbada a modificação do contrato** (art. 10-A da CLT). A partir daí, podemos dizer o seguinte:

- a) O ex-sócio não responderá solidariamente, mas subsidiariamente, ou seja, tem direito ao benefício de ordem. Na verdade, ele tem direito ao que chamo de **duplo benefício de ordem**, pois, nos termos dos incisos do art. 10-A da CLT, a responsabilidade principal é da empresa, seguida da responsabilidade subsidiária dos sócios atuais, e, só depois disso, é que incide a responsabilidade subsidiária do sócio retirante.
- b) O ex-sócio só responderá subsidiariamente se a reclamação trabalhista for ajuizada dentro de dois anos, a partir do registro de sua saída no contrato social da empresa. Esse limite já estava previsto no Código Civil – parágrafo único do art. 1.003 do CCB, art. 1.032 do CCB e § 3º do art. 1.091 do CCB.
- c) O ex-sócio só responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio.

17.4. Citação

No art. 880 da CLT encontramos a previsão do ato citatório na execução trabalhista.

O juiz, na citação do executado, expedirá um mandado, que se fará acompanhar da decisão exequenda ou do termo de conciliação descumprido (§ 1º do art. 880 da CLT). Esse mandado, na prática, é intitulado “mandado de citação e penhora”, sendo cumprido por oficial de justiça (§ 2º do art. 880 da CLT).

Se o executado, procurado por duas vezes no espaço de 48 horas, não for localizado, far-se-á, mediante determinação do juiz, a citação por edital – § 3º do art. 880 da CLT. Isso não se aplica quando o executado for a Fazenda Pública ou os Correios (art. 12 do Decreto-Lei 509/1969).

Citado, o executado terá 48 horas para cumprir a obrigação ou garantir a execução (art. 880, *caput*, da CLT). O devedor poderá garantir a execução mediante depósito da quantia correspondente, atualizada e acrescida das despesas processuais, apresentação de seguro garantia judicial ou nomeação de bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655 do CPC, nos termos do art. 882 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017.

A prioridade, em se tratando de **execução definitiva ou provisória**, é a penhora em dinheiro – argúcia da nova redação da Súmula 417 do TST, cujo item III foi excluído em setembro de 2016.

Equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial. A fiança bancária precisa ser em valor não inferior ao do débito, acrescido de 30%, como prevê o § 2º do art. 835 do CPC. Já o seguro garantia judicial, em face da sua presença no art. 882 da CLT, sem qualquer ressalva ou observação, não necessita do acréscimo de 30%. Observem que a Lei 13.467/2017 imprimiu nova redação ao art. 882 da CLT, e, com isso, tornou inaplicável o § 2º do art. 835 do CPC ao seguro garantia judicial.

A Fazenda Pública é citada para ofertar embargos à execução no prazo de 30 dias, visto que seus bens são impenhoráveis (art. 910 do CPC). A prerrogativa também se aplica aos Correios, por força do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969.

17.5. Embargos à Execução

Os embargos à execução, também chamados “embargos do devedor” e “embargos à penhora”, têm natureza de **ação incidental ao processo de execução**, e estão previstos no art. 884 da CLT e, no caso da Fazenda Pública e dos Correios (art. 12 do Decreto-Lei 509/1969), no art. 910 do CPC.

Apesar de o § 1º do art. 884 da CLT chamar de “matéria de defesa” as questões que podem ser discutidas em sede de embargos à execução, em momento algum o jurista pode enxergar nos embargos à execução uma espécie de “contestação” do devedor, pois a fase de conhecimento, em que o reclamado teve preservado seu amplo direito de defesa, já findou, encontrando-se o processo em fase de cobrança da dívida.

Na fase de conhecimento, o juiz vai dos fatos ao direito (*Da mihi factum, dabo tibi jus* – dá-me os fatos que eu te devolverei o direito).

Na fase de execução, o juiz vai do direito (decisão) aos fatos (patrimônio do devedor), pois, *a priori*, não há mais controvérsia. Há, sim, a força da *res judicata* (coisa julgada).

A ação de embargos do devedor, portanto, não tem natureza de defesa ou de recurso. O prazo para sua oposição é de cinco dias, com início a partir da garantia da execução – *caput* do art. 884 da CLT.

No caso de execução contra a Fazenda Pública ou contra os Correios, o prazo para oposição dos embargos à execução será de trinta dias, iniciando-se da citação (não há “garantia do juízo”, diante da impenhorabilidade dos bens da Fazenda Pública e dos Correios) – argúcia do art. 910 do CPC.

No caso de **entidades filantrópicas e/ou pessoas que compõem ou compuseram a sua diretoria**, o prazo para oposição de embargos à execução será de cinco dias, **iniciando-se da citação**, pois o § 6º do art. 884 da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, as excluiu da exigência de garantia ou penhora. Vale dizer que o TST, no art. 16 da IN 41/2018, restringiu essa prerrogativa às execuções iniciadas a partir de 11/11/2017.

As entidades filantrópicas são pessoas jurídicas que prestam serviços à sociedade, principalmente às pessoas mais carentes, e que não possuem como

finalidade a obtenção de lucro. Nem toda entidade “sem fins lucrativos” é considerada uma entidade filantrópica. Filantropia é o ato praticado com “profundo amor à sociedade”, com “desprendimento”, com “generosidade para com outrem”, que pode ser definido como um “ato de caridade”. Essa diferença encontra-se ratificada no art. 899 da CLT, o qual isenta as entidades filantrópicas do depósito recursal (§ 10), mas apenas reduz o valor do depósito recursal pela metade para as entidades sem fins lucrativos (§ 9º).

As entidades filantrópicas não precisam garantir a dívida para embargar a execução – § 6º do art. 884 da CLT. **Observem que os seus bens não são impenhoráveis.** Não podem ser penhorados para fins de garantia do juízo. Não podem ser penhorados durante a controvérsia gerada pelos embargos à execução. Porém, depois de finalizada a fase dos embargos, mediante o trânsito em julgado da respectiva decisão, o juízo executório poderá sim penhorar os bens da entidade filantrópica devedora e, se for o caso, levá-los à hasta pública, já na fase de expropriação.

Conforme dito, o TST, no art. 16 da IN 41/2018, “restringiu” a prerrogativa das entidades filantrópicas e dos seus diretores aos processos com execuções iniciadas a partir da vigência da Lei 13.467/2017 (11/11/2017). Mais uma vez sou instado a criticar a Instrução Normativa, por sua incoerência na análise da incidência da norma processual no tempo, ignorando, por exemplo, o fato de a fase de liquidação, que se encontra inserida na execução, não se confundir com a fase de constrição, também integrante da execução. Meu eterno professor e inigualável jurista Manoel Antonio Teixeira Filho ensinou-me que a execução se divide em LIQUIDAÇÃO, CONSTRIÇÃO e EXPROPRIAÇÃO. Essa divisão, oriunda da clássica lição do ilustre processualista, já basta para detonar a restrição temporal pretendida pelo TST, devendo o juiz observar o § 6º do art. 884 da CLT, independentemente da data do “início da execução”, respeitando, com isso, os seus estágios e a prática de cada ato processual.

Pois bem.

O prazo para oposição de embargos à execução, já que se trata de prazo para o protocolo de uma ação, é de natureza decadencial, como também são decadenciais os prazos para impetrar mandado de segurança (120 dias – art.

23 da Lei 12.016/2009) e ajuizar inquérito para apuração de falta grave (30 dias – art. 853 da CLT). Sendo típico prazo de decadência, entendo que o lapso não pode ser considerado processual, mas de direito material (arts. 207 a 211 e 132 do CCB). Não sendo, pois, um prazo processual, **a sua contagem será feita em dias contínuos (corridos)**, tornando-se inaplicável o *caput* do art. 775 da CLT.

Confesso, entretanto, que a minha tese é minoritária, principalmente quando comparada a decisões proferidas em execuções fiscais, inclusive pelo STJ. A minha posição se mostra frágil não pela natureza jurídica dos embargos à execução (natureza de ação, indubitavelmente), nem pela natureza jurídica do seu prazo (decadencial, inequivocamente), mas pelo fato de se tratar de **ação incidental**, ou seja, proposta dentro do processo, diferentemente do que ocorre com o mandado de segurança e o inquérito para apuração de falta grave (ações autônomas).

Sobre o tema, transcrevo trecho de recente decisão do STF, no sentido de que o prazo do mandado de segurança deve ser contado em dias corridos:

(...) Não foi observado o prazo previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, uma vez que o impetrante, conforme se extrai de consulta ao andamento do PP nº 0003353-19.2016.2.00.0000, no sítio do Conselho Nacional de Justiça na rede mundial de computadores, teve inequívoca ciência do ato impugnado em 19.9.2016, quando manejou recurso administrativo desprovido de efeito suspensivo (art. 115, § 4º, do Regimento Interno do CNJ). Protocolado o presente writ em 08.2.2017, não há dúvida de que já se havia escoado o lapso temporal de 120 dias, de natureza decadencial (Súmula 632/STF), **cuja contagem não é feita em dias úteis**, na forma do art. 219 do CPC/2015, **mas em dias corridos**, sem suspensões nem interrupções (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2015, p. 690). 3. Ainda nesse sentido, reproduzo as seguintes lições doutrinárias: “Na contagem do prazo em dias, computam-se

apenas os dias úteis, seja o prazo legal, seja ele judicial (CPC, art. 219). **Tal regra aplica-se apenas aos prazos processuais, ou seja, àqueles prazos para prática de atos dentro do processo, sendo nele contados.** Desse modo, o prazo, por exemplo, para impetração do mandado de segurança não é processual, não sendo computado apenas nos dias úteis. Os cento e vinte dias para sua impetração devem ser corridos.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 143). “(...) **não se aplica a regra do caput do art. 219 do Novo CPC a prazo de prescrição e de decadência,** que são prazos materiais e não processuais. Dessa forma, por exemplo, o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança consagrado no art. 23 da Lei 12.016/2009, ainda que fixado em dias, por ter natureza material será contado de forma ininterrupta.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Editora Jus Podium, 2016. p. 349) (...) (MS 34620, Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 10/03/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 14/03/2017 PUBLICAÇÃO 15/03/2017).

A garantia da dívida pode ser efetuada espontaneamente pelo devedor, mediante depósito da quantia correspondente em conta judicial, apresentação de seguro garantia judicial ou indicação de bens à penhora (art. 882 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017).

Caso o executado, uma vez citado, não pague nem garanta a execução, terá seus bens penhorados (art. 883 da CLT), o que acontece preferencialmente pela via do bloqueio bancário – Sistema BACEN/JUD.

O executado tem de ser intimado da garantia da dívida, seja ela espontânea, seja ela forçada. O *dies a quo* para oposição dos embargos à execução ocorre na intimação, iniciando-se a contagem do prazo a partir do dia útil imediatamente subsequente.

O prazo para oposição de embargos à execução é de natureza decadencial, logo, a sua contagem ocorrerá em dias corridos, tornando-se inaplicável o

caput do art. 775 da CLT.

Digamos que o devedor, no prazo de 48 horas, deposite espontaneamente o valor da dívida, juntando o comprovante aos autos. Cabe ao juiz convolar a quantia em penhora, dando ciência ao devedor. Ao tomar ciência, nasce o *dies a quo* (início do prazo) dos embargos, cuja contagem o desprezará.

Nos embargos à execução não se pode discutir matéria anterior ao trânsito em julgado da decisão, nem inovar a própria decisão. A CLT, no art. 884, § 1º, restringe o uso dos embargos às alegações de: (a) cumprimento da decisão ou do acordo; (b) quitação da dívida; (c) prescrição da execução; (d) prescrição intercorrente.

Não há obstáculo para a aplicação supletiva do art. 535 do CPC, **salvo quanto ao “excesso de execução”**. Como veremos a seguir, a discussão sobre liquidação (cálculos) não mais pode ser feita em sede de embargos, ressalvadas raríssimas exceções, por conta da nova redação do § 2º do art. 879 da CLT, fruto da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017). Assim sendo, o executado, nos embargos à execução, poderá suscitar:

- ☐ Falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia.
- ☐ Ilegitimidade de parte.
- ☐ Cumprimento da decisão ou do acordo.
- ☐ Prescrição da execução.
- ☐ Prescrição intercorrente.
- ☐ Inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação.
- ☐ Cumulação indevida de execuções.
- ☐ Incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução.
- ☐ Qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

Com a Reforma Trabalhista, corporificada na Lei 13.467/2017, os

embargos à execução foram esvaziados. Era comum o uso de embargos à execução para impugnação aos cálculos de liquidação, por conta da antiga redação do § 2º do art. 879 da CLT, que **facultava** ao juiz a concessão de prazo às partes para impugnação à decisão de homologação dos cálculos. Eu costumava dividir o juiz da execução em “juiz bonzinho” e “juiz malvado”. O primeiro era aquele que concedia o prazo para manifestação sobre os cálculos, pois proporcionava ao devedor **o direito de discutir o valor da dívida sem garantir previamente o juízo**. O segundo era aquele que não concedia o prazo, e, prontamente, depois de proferir a decisão de liquidação, citava o devedor, nos termos do art. 880 da CLT, para, em 48h, cumprir a obrigação ou garantir o juízo, sob pena de penhora. Só depois da garantia é que o executado podia impugnar os cálculos, mediante embargos à execução. **Isso acabou**.

Agora, a impugnação aos cálculos tem o seu momento processual específico, cuja decisão “transitará em julgado”, impedindo a alegação de excesso de execução em sede de embargos à execução, **salvo no caso da Fazenda Pública e dos Correios, por conta da aplicação direta do CPC**.

Na revisão para a 5ª edição desta obra, resolvi incluir outra ressalva quanto à possibilidade de impugnação aos cálculos (excesso de execução) nos embargos à execução. **Trata-se do caso de desconconsideração da personalidade jurídica**, reversa (de PJ para PF) ou inversa (de PF para PJ), ocorrida na fase executória.

Exemplificando.

Homologados os cálculos de liquidação, o juiz intimou exequente e executado, os quais quedaram-se inertes, deixando a decisão liquidatória transitar em julgado. O advogado do credor, depois de algum tempo, constatando a inexistência de bens penhoráveis da empresa executada, requereu a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 855-A da CLT e dos arts. 133 a 137 do CPC. Instaurado e finalizado o incidente, o juiz rejeitou a impugnação dos sócios, incluindo-os no polo passivo da execução, decisão que transitou em julgado depois de julgados os agravos de petição pelo TRT (inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT). Os sócios se tornaram executados (devedores), mas não tiveram a oportunidade de “discutir a liquidação do julgado”, por uma questão

lógica: “**apenas passaram a constar do polo passivo da execução depois da fase de liquidação**”.

Não aplico a comentada ressalva ao caso de grupo econômico desvendado durante o processo de execução, já que a solidariedade entre as empresas que compõem o grupo é dual, ou seja, ativa e passiva, significando dizer que a presença de uma das empresas, quando da fase de liquidação, preenche, com naturalidade pueril, a ausência das demais.

17.5.1. Embargos à Execução – Carta Precatória – Competência

Tratando-se de execução por carta precatória, **os embargos deverão ser oferecidos no juízo deprecado** e não no deprecante – art. 20 da Lei 6.830/1980. A competência para processar e julgar os embargos do devedor, porém, é do juízo deprecante, salvo se os embargos versarem sobre vícios ou irregularidades de atos do próprio juízo deprecado, que conhecerá apenas dessas matérias – parágrafo único do art. 20 da Lei 6.830/1980.

A aplicação da Lei 6.830/1980 (Lei das Execuções Fiscais) se justifica por conta do art. 889 da CLT.

Inaplicável, portanto, ao processo trabalhista, a parte inicial do § 2º do art. 914 do CPC, que faculta, na execução por carta, o oferecimento dos embargos *no juízo deprecante ou no juízo deprecado*.

17.5.2. Legitimidade Ativa

Legítimo para opor embargos à execução é o devedor (executado), devidamente citado e depois de garantida a dívida (garantia não exigida para a Fazenda Pública, para os Correios e para as Entidades Filantrópicas, conforme já estudado). O sócio ou ex-sócio, depois de julgado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, uma vez citado e garantida a dívida, terá também legitimidade para opor embargos à execução (eles não podem opor embargos de terceiro, pois, uma vez citados, passam a ocupar também o polo passivo da execução).

17.6. Prescrição Intercorrente

A prescrição intercorrente é aquela que ocorre no curso da execução, como forma de “punição” ao exequente letárgico. Ela agora está prevista no art. 11-A da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, pelo que restou soterrada a Súmula 114 do TST e prestigiada a Súmula 327 do STF.

A prescrição intercorrente já estava prevista no art. 40 da Lei das Execuções Fiscais (LEF) – Lei 6.830/1980, assim como nos §§ 1º a 5º do art. 921 do CPC, abarcando todo o procedimento para a sua aplicação (rito inexplicavelmente omitido pela Reforma Trabalhista, que deixou órfão o art. 11-A da CLT, neste ponto).

À luz das citadas normas, o juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição, devendo ser intimado o exequente. Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz então ordenará o arquivamento dos autos (arquivo provisório). Caso sejam encontrados, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. Entretanto, se da decisão que ordenar o arquivamento (provisório) tiver decorrido o prazo prescricional (dois anos, nos termos do *caput* do art. 11-A da CLT), o juiz, depois de ouvido o exequente, poderá, de ofício ou a requerimento do devedor (§ 2º do art. 11-A da CLT), reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, extinguindo, em definitivo, a execução.

Vale dizer que, antes da Reforma Trabalhista, os §§ 1º a 5º do art. 921 do CPC foram considerados inaplicáveis ao processo do trabalho, especificamente pelo inciso VIII do art. 2º da IN 39/2016 do TST. Porém, diante do nascimento do art. 11-A da CLT, o inciso VIII do art. 2º da IN 39/2016 do TST foi completamente destruído. Fica o alerta.

Por fim, mostra-se vital esclarecer que a prescrição intercorrente, uma vez aplicada pelo juízo, extinguirá a execução, como prevê o inciso V do art. 924 do CPC.

A Instrução Normativa 41/2018 do TST, no seu art. 2º, prestigiou a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, esculpida no art. 14 do CPC, destacando

que a prescrição intercorrente incidirá após o início da vigência da Lei 13.467/2017, que se deu no dia 11/11/2017. Andou bem o TST, considerando a falta anterior de uniformidade jurisprudencial (Súmula 114 do TST x Súmula 327 do STF). Mas sempre é bom destacar que a aplicação da prescrição intercorrente ocorrerá em todos os processos e não apenas naqueles iniciados a partir de 11/11/2017, sendo irrelevante também a data do início da execução.

O juiz do trabalho, entretanto, terá que observar, a partir de 11/11/2017, todo o procedimento previsto em lei. A Reforma Trabalhista, quanto a isso, deixou um vácuo que precisa ser suprido pelo art. 40 da Lei 6.830/1980 (prefiro, particularmente, por sua maior clareza, os §§ 1º a 5º do art. 921 do CPC).

Eis o *modus operandi* para a incidência da prescrição intercorrente, que gera a extinção da execução.

- a) Quando o executado não for localizado ou não possuir bens penhoráveis, o juiz **suspenderá a execução pelo prazo de um ano**, durante o qual **não correrá a prescrição**.
- b) Decorrido o prazo máximo de um ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, **o juiz ordenará o arquivamento dos autos** (arquivo provisório), quando, então, **começará a correr a prescrição intercorrente**, que, no processo trabalhista, é de dois anos (art. 11-A da CLT).
- c) Se, **a qualquer tempo**, forem encontrados bens penhoráveis, de ofício ou por iniciativa do exequente, os autos serão desarquivados e a execução retomará o seu curso, **afastando-se a prescrição intercorrente**.
- d) Caso não sejam localizados bens penhoráveis dentro do prazo da prescrição intercorrente (dois anos), o juiz, **depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias**, poderá, de ofício ou a requerimento do devedor, **aplicar a prescrição intercorrente**, à luz do § 2º do art. 11-A da CLT, extinguindo a execução, nos termos do inciso V do art. 924 do CPC (arquivo definitivo dos autos).

17.7. Exceção de Pré-executividade

O executado, diante de uma nulidade envolvendo **matéria de ordem pública**, poderá opor imediatamente exceção de pré-executividade, antes mesmo da citação e/ou da garantia do juízo.

O remédio não está previsto em lei, mas conta com inatacável guarida doutrinária e jurisprudencial.

A decisão que acolhe ou rejeita a exceção de pré-executividade é de natureza interlocutória.

Já estudamos, nos capítulos pertinentes aos princípios e aos recursos trabalhistas, que o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias tem como premissa a celeridade processual, mas não pode violar o princípio à ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV, da CF.

O pressuposto para a irrecorribilidade imediata é o fato de que será prolatada, depois da decisão interlocutória, decisão final (definitiva ou terminativa), que desafiará recurso específico, em que o recorrente poderá impugnar, inclusive, aquela decisão (art. 893, § 1º, da CLT). Em sendo assim, caso determinada decisão interlocutória seja proferida sem que exista qualquer possibilidade de futuramente ser prolatada outra decisão considerada definitiva ou terminativa, ela desafiará recurso de imediato.

É o que acontece com o acolhimento, pelo juízo da execução, de exceção de pré-executividade, cuja decisão pode ser atacada pelo exequente mediante agravo de petição, no prazo de oito dias. Do contrário, o exequente, sucumbente no acolhimento da exceção, seria privado do intangível direito à ampla defesa, fato capaz de atrair a interposição de recurso extraordinário ao STF, já que estaríamos diante de uma inimaginável e teratológica decisão em única instância.

Porém, se a exceção de pré-executividade for rejeitada, nenhum recurso será admitido de imediato, porquanto poderá o executado, diante da rejeição e depois de garantida a dívida, opor embargos à execução, nos termos do art. 884 da CLT. Da decisão que apreciar os embargos, aí sim caberá agravo de petição.

17.8. Relativização da Coisa Julgada e Inexigibilidade do Título

A relativização da coisa julgada tem os seus efeitos cravados no § 5º do art. 884 da CLT. Observem que o título executivo judicial (decisão judicial), baseado em lei ou ato normativo **já declarados** inconstitucionais pelo STF, tornar-se-á **inexigível**, podendo ser impugnado pelo executado (via impugnação aos cálculos, exceção de pré-executividade ou embargos à execução, a depender do estágio do processo executório, assim como também por ação rescisória). Essa inexigibilidade também está prevista no § 12 do art. 525 do CPC.

A premissa da “inexigibilidade” do título executivo está no fato de **a decisão do STF ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda**. Eis onde reside todo o brilho do § 14 do art. 525 do CPC, *verbis*: “A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser **anterior** ao trânsito em julgado da decisão exequenda”.

Destarte, para que o título executivo judicial se torne **inexigível** é preciso que o STF tenha declarado a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo **antes** do trânsito em julgado da decisão impugnável, ou seja, **antes do início da exigibilidade do título executivo**. Assim sendo, uma vez fulminada a norma pelo STF, antes de a decisão, baseada naquela norma, transitar em julgado, o título executivo brotará natimorto, tornando, futuramente, a coisa julgada inexigível, exatamente por se encontrar lastreada em preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF.

O executado, nesse caso, terá duas opções. Poderá ajuizar ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 966 do CPC, ou poderá “impugnar” a decisão, mediante impugnação aos cálculos, exceção de pré-executividade ou embargos à execução, a depender do estágio processual, alegando exatamente a sua inexigibilidade (art. 525, § 12 e art. 884, § 5º, da CLT).

E existe alguma diferença?

Sim, existe!

A “impugnação”, que pode ser feita na manifestação à decisão de liquidação, por exceção de pré-executividade ou em sede de embargos à execução, a depender do estágio do processo executório, ficará restrita à

declaração da inexigibilidade do título, estancando, **a partir dali**, a execução, ou seja, ela não terá o condão de rescindir (anular) a coisa julgada. Significa dizer que a inexigibilidade, uma vez decretada, **não terá efeitos *ex tunc***, permanecendo válidos os atos já praticados, inclusive o pagamento pelo executado de valores constantes da decisão impugnada. Logo, a via da ação rescisória, nesse tipo de situação, é mais eficaz, pois o executado poderá obter a efetiva rescisão da coisa julgada, com lastro no inciso V do art. 966 do CPC.

A distinção, por conseguinte, é vital, pois a impugnação apenas reconhece a inexigibilidade e impede o cumprimento da sentença (*ex nunc*), não tendo o condão de fulminá-la, para permitir, por exemplo, a repetição do que já foi pago voluntariamente. Diante disso, caso o executado pretenda receber de volta o que já pagou voluntariamente, terá de ajuizar ação rescisória.

Pois bem.

Diferente é o caso de o STF declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **depois** do trânsito em julgado da decisão, ou seja, **quando o título executivo já era exigível**, mas ancorado exatamente na norma considerada ulteriormente inconstitucional.

A coisa julgada, caro leitor, nesse tipo de situação, foi gerada, desenvolvida e concebida sob a proteção da pureza reluzente de uma norma inequivocamente constitucional, quando da época de sua incidência.

O título executivo, por conseguinte, não pode ser considerado inexigível. Tal conclusão repele de imediato a aplicação do § 5º do art. 884 da CLT e dos §§ 12 e 14 do art. 525 do CPC, condicionada que está ao fato de a decretação da inconstitucionalidade da norma pelo STF preceder a exigibilidade do título.

O “busílis” (ponto fundamental) da questão reside no maquiavélico § 15 do art. 525 do CPC, que **não dispõe sobre a inexigibilidade do título executivo judicial**, já que, de forma surreal, “almeja” tornar rescindível a coisa julgada que brotou antes da declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que lhe serviu de fundamento, ameaçando, com isso, o inciso XXXVI do art. 5º da CF. E não é só isso. A

referida norma, como se a iniquidade não possuísse limites, ainda lança mão de um *dies a quo* exclusivo para o ajuizamento da ação rescisória, transferindo-o do trânsito em julgado da decisão rescindenda, para o trânsito em julgado da decisão do STF.

Diante da grandiosidade do tema e, principalmente, do latente risco de danos processuais irreversíveis, incluindo os recentes julgados do STF sobre **terceirização**, busquei ajuda nas geniais palavras do insigne processualista e iluminado pensador Luiz Guilherme Marinoni, que, com autoridade inatacável, ensina:

*Tudo isso significa que os juízes e tribunais **não devem aplicar o § 15 do art. 525 do CPC/2015, dada a sua inescandível e insuperável inconstitucionalidade**. Aliás, como será visto a seguir, o STF recentemente declarou a impossibilidade de ação rescisória baseada em ulterior precedente da sua lavra exatamente sob o fundamento de que isso configuraria **violação da garantia constitucional da coisa julgada material**. (A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA DIANTE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: IMPUGNAÇÃO, RESCISÓRIA E MODULAÇÃO DE EFEITOS – texto completo disponível no link: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-c%C3%B3pia-de-A_INTANGIBILIDADE_DA_COISA_JULGADA_DIANT.pdf). (sem grifos no original)*

A decisão do STF, citada pelo mestre Marinoni, diz respeito ao RE 590.809 (Plenário), publicada no dia 22.10.2014, tendo como relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, a qual cita, como um dos seus fundamentos, a Súmula 343 do STF, que diz que “*não cabe ação rescisória por ofensa a literal à disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”. Com o citado *decisum*, de repercussão geral, restou superada a tese anterior, presente no julgamento do RE 328.812, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008.

Em resumo, o STF entende que:



A declaração de inconstitucionalidade **ulterior** ao trânsito em

julgado da decisão **não pode servir de fundamento para a ação rescisória.**

☐ A Súmula 343 do STF é aplicável em ação rescisória fundada em violação de norma constitucional, de modo que, **quando há divergência interpretativa à época da prolação da decisão rescindenda, a ação rescisória não é viável.**

☐ A invocação de precedente constitucional **ulterior à formação da coisa julgada**, para o efeito de rescindi-la, **é incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada material.**

Para finalizar, faço questão de dizer que, no referido julgamento do RE 590.809, o eminente Ministro Marco Aurélio, relator do feito, citou, com muita felicidade, a seguinte lição do já mencionado ilustre processualista Marinoni:

Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição é desconsiderar a coisa julgada. Se é certo que o Supremo Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material. Aliás, se a interpretação do Supremo Tribunal Federal pudesse implicar na desconsideração da coisa julgada - como pensam aqueles que não admitem a aplicação da Súmula 343 nesse caso -, o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidasse no Superior Tribunal de Justiça. (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 657).

O § 15 do art. 525 do CPC é, insofismavelmente, inconstitucional, e, mesmo que não fosse, seria inexecutável, porquanto não encontraria, no taxativo rol do art. 966 do CPC, hipótese alguma que lhe pudesse emprestar um velho e surrado molambo de serventia. Caro leitor, essas são palavras minhas.

17.9. Modelo de Embargos à Execução

**EXMO SR. JUIZ DO TRABALHO DA 95ª VARA DO TRABALHO
DE NATAL-RN**

Proc. nº 0011250-27.2013.5.11.0050

NOME DO EMBARGANTE, já qualificado nos autos, mediante seu advogado, com procuração anexa, vem opor **EMBARGOS À EXECUÇÃO** em face de **NOME DO EMBARGADO**, também já qualificado nos autos, com fulcro no art. 884 da CLT, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Os embargos se mostram tempestivos, opostos dentro do prazo de cinco dias previsto no art. 884 da CLT.

Garantida a execução, conforme o auto de penhora de fls.

O embargante vem requerer o levantamento da penhora que recaiu sobre o imóvel, no qual reside com a sua família, visto se tratar de bem de família, definido como absolutamente impenhorável pelo art. 1º da Lei 8.009/1990. Anexos, seguem os documentos que comprovam o fato.

Diante do exposto, requer a intimação do embargado para que este, no prazo legal, se manifeste, e, ao final, sejam julgados procedentes os Embargos à Execução, para que seja levantada a penhora sobre o imóvel, protestando provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Pede deferimento.

Local... data...

Advogado... OAB...

Capítulo 18

AÇÃO RESCISÓRIA

A lição de Liebman define bem a ação rescisória: “Tem corpo de ação, mas alma de recurso”.

Mas que fique claro: a ação rescisória não tem natureza recursal. Trata-se de uma ação especial, destinada a atacar decisão de mérito transitada em julgado (*caput* do art. 966 do CPC).

O objetivo da ação rescisória é desconstituir a coisa julgada, ou, como preferem alguns, anular a coisa julgada. Ela está prevista no art. 836 da CLT, porém o CPC é aplicado subsidiária e supletivamente (arts. 966 a 975 do CPC).

O art. 975 do CPC decreta que o direito à rescisão se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Trata-se, pois, de **prazo decadencial**. O TST, no item I da Súmula 100, diz que o prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não.

Afinal, o prazo de dois anos começa a ser contado no dia do trânsito em julgado ou no dia seguinte ao trânsito em julgado?

O STJ, em dezembro de 2014, no julgamento do REsp 1.112.864-MG, esclareceu que a celeuma se encontrava na definição do dia do trânsito em julgado. De fato, a fixação do *dies a quo* do prazo bienal para a ação rescisória passa necessariamente pela fixação do dia em que nasce a coisa julgada. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. É o que reza o *caput* do art. 502 do CPC/2015. Logo, só ocorre o trânsito em julgado quando não mais couber recurso. Destarte, o trânsito em julgado não ocorre no

“último dia do recurso”, mas **no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo recursal**. A redação do art. 975 do CPC, por conseguinte, é mais precisa, pois, ao dizer que o prazo de dois anos começará a ser contado do trânsito em julgado, está afirmando que o *dies a quo* corresponde exatamente ao dia subsequente ao derradeiro dia do prazo do recurso.

O item I da Súmula 100 do TST torna-se perigoso, dando a entender que o autor terá um dia a mais, o que não é verdade.

O § 1º do art. 975 do CPC dispõe que se o último dia para o ajuizamento da ação rescisória (*dies ad quem*) recair em dia não útil (recesso forense, feriados, final de semana etc.), ele será prorrogado até o primeiro dia útil imediatamente subsequente. Nesse aspecto não há polêmica, pois o item IX da Súmula 100 do TST traduz idêntica previsão. Tudo em consonância com o art. 132 do CCB.

Observem o § 2º do art. 975 do CPC, que trata de uma **situação especial para o ajuizamento de ação rescisória**, quando esta tiver por base o inciso VII do art. 966 do CPC (*obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável*). Nesse caso, o termo inicial do prazo decadencial de dois anos **será a data de descoberta da prova nova**, observado **o prazo máximo de cinco anos**, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. O mais relevante é a previsão de que o prazo máximo, nesse tipo de situação, para o ajuizamento de ação rescisória fundada em prova nova, será de cinco anos do trânsito em julgado da última decisão.

Temos **outra situação especial**, prevista no § 15 do art. 525 do CPC: “*Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal*”. Estou falando da declaração da inconstitucionalidade pelo STF de uma norma que serviu de base para a decisão que já tinha transitado em julgado. Isso mesmo. O STF terminou “atropelando” a coisa julgada. Ora, seria perverso imaginar que o início do prazo da ação rescisória, para esse tipo de situação, ocorreria a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no

processo (que é a regra). Aplicamos o § 15 do art. 525 do CPC, que prevê que o prazo é contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF, declarando a inconstitucionalidade da norma, fato gerador da própria pretensão rescisória.

O **depósito prévio** é um requisito específico para a admissibilidade da ação rescisória. No processo trabalhista, o depósito prévio é fixado em 20% sobre o valor da causa (quatro vezes maior do que o previsto no art. 968, II, do CPC). O valor da causa, para fins de cálculo do *quantum* do depósito prévio da ação rescisória, depende da fase processual.

Na fase de conhecimento, há duas situações: (a) Sentença de improcedência, sentença declaratória ou sentença constitutiva (em resumo: sentença em que não ocorreu condenação) – o valor da causa da ação rescisória corresponderá ao valor dado à causa originária, corrigido monetariamente; (b) Sentença condenatória – o valor da causa da ação rescisória corresponderá ao valor da condenação, corrigido monetariamente.

Na fase de execução, o valor da causa da ação rescisória é aquele fixado em liquidação de sentença, ou seja, o *quantum debeatur* (quantia da dívida).

Nos termos do § 2º do art. 968 do CPC, o valor do depósito prévio não pode exceder a mil vezes o salário mínimo. O limite se aplica ao processo trabalhista.

Se a ação rescisória for procedente, o tribunal rescindirá a sentença e proferirá, se for o caso, novo julgamento, determinando a restituição do depósito ao autor. Por outro lado, se o tribunal declarar, por **unanimidade de votos**, inadmissível ou julgar improcedente a ação rescisória, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo das custas e dos honorários advocatícios – art. 968, II, do CPC e item II da Súmula 219 do TST.

O TST ratifica a incidência do art. 968, II, do CPC, mediante a IN 31/2007, art. 5º: “*O valor depositado será revertido em favor do réu, a título de multa, caso o pedido deduzido na ação rescisória seja julgado, por unanimidade de votos, improcedente ou inadmissível*”.

A reversão do depósito prévio em favor do réu ocorrerá quando o pedido da ação rescisória for julgado, por unanimidade de votos, inadmissível ou

improcedente. Em outras palavras, a conversão do depósito prévio em multa, a ser revertida em favor do réu, pressupõe o julgamento da rescisória pelo colegiado e que este o seja por unanimidade de votos.

São isentos do depósito prévio em ação rescisória:

☐ Fazenda Pública – art. 968, § 1º, do CPC.

☐ Correios – art. 12 do Decreto-Lei 509/1969.

☐ Ministério Público do Trabalho – art. 968, § 1º, do CPC.

☐ Massa falida – art. 6º da IN 31/2007 (defendo a aplicação da isenção às empresas em recuperação judicial, por analogia).

☐ Beneficiário da Justiça gratuita – art. 6º da IN 31/2007, art. 836 da CLT e art. 968, § 1º, do CPC.

Na ação rescisória, é possível cumular dois pedidos:

- 1) O pedido de desconstituição da decisão (anulação da decisão) que sempre será feito, conhecido como “juízo rescindendo” (*judicium rescindens*).
- 2) O pedido de proferimento de nova decisão, conhecido como “juízo rescisório” (*judicium rescissorium*), que poderá, a depender do caso, ser formulado.

Nos termos do art. 966 do CPC, a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
- III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV – ofender a coisa julgada;
- V – violar manifestamente norma jurídica;

- VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
- VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Observem que o art. 966 do CPC, apesar de possuir apenas oito incisos, prevê, de fato, **quinze hipóteses** para o cabimento da ação rescisória, porquanto alguns incisos cumulam mais de um caso de cabimento (três hipóteses estão previstas no inciso I, duas no inciso II, quatro no inciso III e duas no inciso VI). **O rol é taxativo**, em face da interpretação restritiva que naturalmente a ação rescisória atrai, considerando que o seu escopo é a anulação de uma decisão transitada em julgado.

De forma resumida, eis as 15 hipóteses de cabimento da ação rescisória:

- 1 – Prevaricação do juiz.
- 2 – Concussão do juiz.
- 3 – Corrupção do juiz.
- 4 – Impedimento do juiz.
- 5 – Incompetência absoluta do juízo.
- 6 – Dolo da parte vencedora em detrimento da vencida.
- 7 – Coação da parte vencedora em detrimento da vencida.
- 8 – Simulação entre as partes.
- 9 – Colusão entre as partes.
- 10 – Ofensa à coisa julgada.
- 11 – Violação manifesta de norma jurídica.
- 12 – Prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal.
- 13 – Prova cuja falsidade venha a ser demonstrada na própria ação

rescisória.

14 – Prova cuja existência o autor ignorava ou que não pôde fazer uso.

15 – Erro de fato verificável do exame dos autos.

Prevaricação é o crime cometido por um servidor público que usa o seu cargo e poder para satisfazer interesses pessoais, atrasando ou deixando de praticar as suas funções de ofício ou praticando-as contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal – art. 319 do CP.

Concussão é o crime praticado por servidor público, em que este exige, para si ou para outrem, vantagem indevida, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou até mesmo antes de assumi-la, mas em razão dela – art. 316 do CP.

Corrupção Passiva é o crime cometido por um servidor público, em que este solicita ou aceita promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou até mesmo antes de assumi-la, mas em razão dela – art. 317 do CP.

Corrupção Ativa é o ato de oferecer ou prometer vantagem indevida a servidor público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício – art. 333 do CP.

Os casos de impedimento do juiz estão elencados no art. 144 do CPC e são extrínsecos, razão pela qual podem anular a coisa julgada.

A incompetência absoluta pode ocorrer em razão da matéria, da pessoa ou do órgão jurisdicional (chamada de funcional ou hierárquica).

Dolo e Coação são vícios de vontade (vícios de consentimento). Dolo é o meio empregado para enganar alguém, principalmente quando a vítima é induzida (provocada) por outra pessoa a erro. Coação é o constrangimento a uma determinada pessoa, feita por meio de ameaça, com o intuito de que ela pratique um ato contra a sua vontade, podendo a ameaça ser física (absoluta) ou moral (compulsiva).

Na colusão, as partes agem de comum acordo, buscando fraudar a lei ou prejudicar terceiros. Curiosamente, o art. 142 do CPC se refere ao ato como “simulação”.

A simulação na Justiça do Trabalho tem o trabalhador como vítima, quando empregador e advogados “simulam” um acordo judicial para prejudicá-lo.

Na ofensa à coisa julgada, a segunda decisão, alvo da ação rescisória, não devia ter sido proferida, exatamente por violar decisão que se formou no primeiro processo.

Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

Na manifesta violação à norma jurídica, o CPC de 2015 ampliou a previsão do antigo CPC, que se reportava apenas à “disposição de lei”. Eis a importância do § 5º do art. 966 do CPC, que diz caber ação rescisória, com fundamento no inciso V, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

O CPC não fala mais em “sentença” de mérito, mas em “decisão” de mérito. A alteração espelha precedentes jurisprudenciais que já admitiam, mesmo sob a égide do CPC/1973, ação rescisória contra decisões interlocutórias passíveis de rescisão, por traduzirem julgamento sobre o mérito da causa.

Para fins de incidência do inciso V do art. 966 do CPC, a invocação de precedente constitucional ulterior à formação da coisa julgada, para o efeito de rescindi-la, é **incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada material**, conforme já decidiu o STF, em RE com repercussão geral (RE 590.809, Plenário, j. 22.10.2014, rel. Min. Marco Aurélio). Sendo assim, o § 15 do art. 525 do CPC é flagrantemente inconstitucional (o leitor encontrará a abordagem completa do tema no item 17.8 do Capítulo 17 desta obra). A Súmula 343 do STF foi prestigiada, neste particular.

SÚMULA 343 DO STF. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver

baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Excepcionalmente, nos termos do § 2º do art. 966 do CPC, a decisão transitada em julgado que, embora não tenha resolvido o mérito, poderá ser atacada por ação rescisória, desde que obstaculize propositura de uma nova ação ou impeça o reexame do mérito. Seria o caso, por exemplo, da decisão terminativa com fulcro na existência de coisa julgada – parte final do item V do art. 485 do CPC. Eis uma decisão do STJ que se mostra esclarecedora:

A ação rescisória pode ser utilizada para a impugnação de decisões com conteúdo de mérito e que tenham adquirido a autoridade da coisa julgada material. Em que pese incomum, é possível que tais decisões sejam proferidas incidentalmente no processo, antes da sentença. Isso pode ocorrer em três hipóteses: (i) em diplomas anteriores ao CPC/73; (ii) nos processos regulados pelo CPC em que, por algum motivo, um dos capítulos da sentença a respeito do mérito é antecipadamente decidido, de maneira definitiva; e, finalmente (iii) sempre que surja uma pretensão e um direito independentes do direito em causa, para serem decididos no curso do processo. Exemplo desta última hipótese é a definição dos honorários dos peritos judiciais e do síndico na falência: o direito à remuneração desses profissionais nasce de forma autônoma no curso do feito, e no próprio processo é decidido, em caráter definitivo. Não há por que negar a via da ação rescisória para impugnar tal decisão (STJ, REsp 711.794 SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, *DJ* 23/10/2006).

O termo de conciliação judicial desafia ação rescisória, pois transita em julgado, para as partes, no momento de sua homologação – art. 831, parágrafo único, da CLT, c/c as Súmulas 259 e 100, V, do TST.

A Lei 7.701/1988, no art. 2º, I, alínea *c*, estabelece que “compete à SDC julgar as ações rescisórias propostas contra suas sentenças normativas”, ou seja, o legislador consagra que cabe ação rescisória contra sentença normativa. O TST, ao contrário do legislador, não admite ação rescisória contra sentença normativa, à luz da Súmula 397 do TST.

SÚMULA 397 DO TST. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, IV, DO CPC DE 2015. ART. 485, IV, DO CPC DE 1973. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA EMANADA DE SENTENÇA NORMATIVA MODIFICADA EM GRAU DE RECURSO. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. Não procede ação rescisória calcada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 514 do CPC de 2015 (art. 572 do CPC de 1973).

A ação rescisória jamais será julgada por um juiz do trabalho. A competência será sempre dos tribunais (TRT ou TST). Eis um resumo:

☐ Decisão definitiva proferida por juiz do trabalho ou por juiz de direito investido em jurisdição trabalhista, que já tenha transitado em julgado – a ação rescisória deve ser proposta no TRT.

☐ Decisão definitiva proferida por TRT, que já tenha transitado em julgado – a ação rescisória deve ser proposta no próprio TRT.

☐ Decisão definitiva proferida pelo TST, que já tenha transitado em julgado – a ação rescisória deve ser proposta no próprio TST – Lei 7.701/1988, arts. 2º, I, *c*, e 3º, I, *a*.

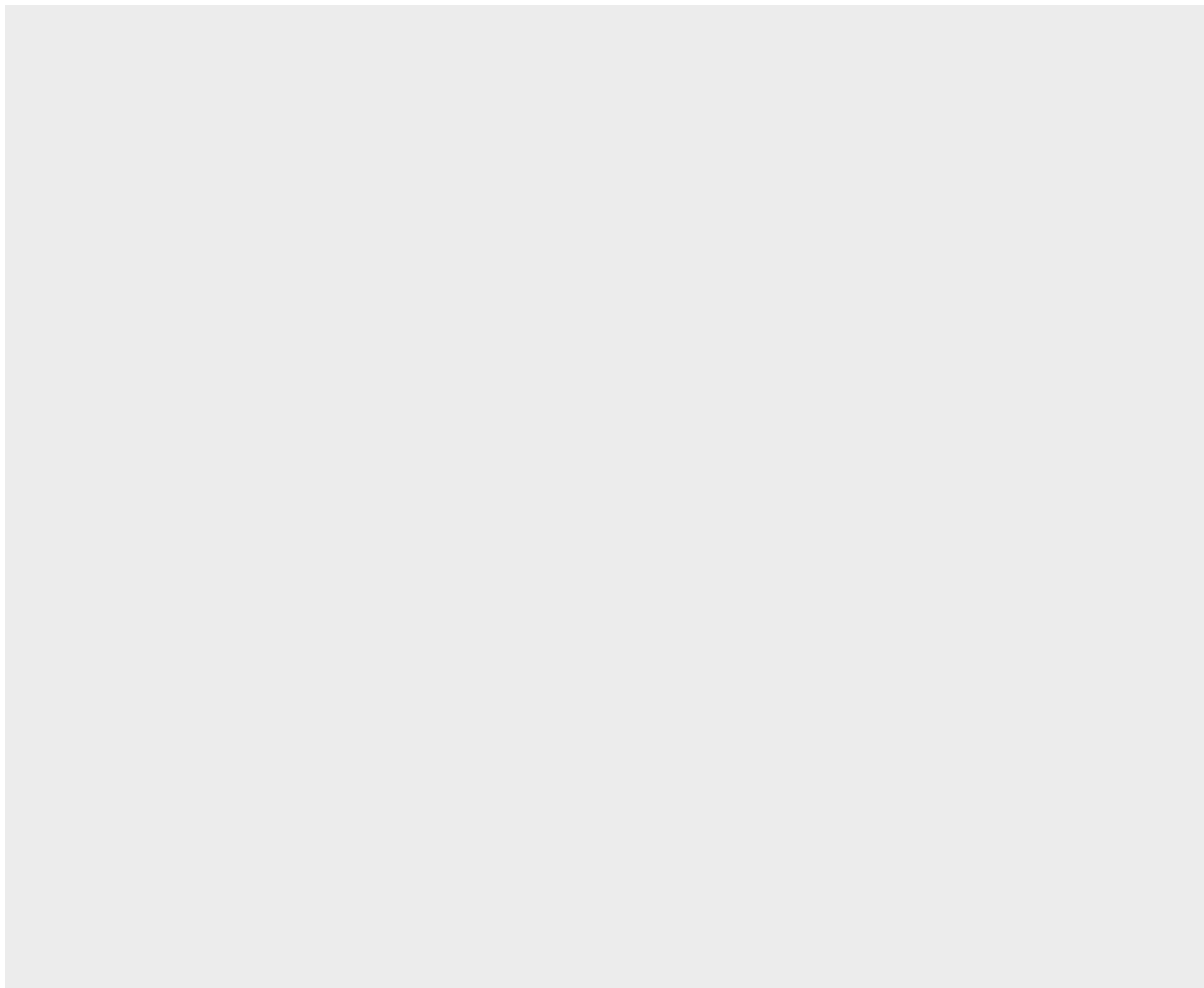
Nos termos da Súmula 298 do TST, a conclusão acerca da ocorrência de violação literal a disposição de lei (na linguagem do CPC: “*violar manifestamente norma jurídica*” – inciso V do art. 966) pressupõe pronunciamento explícito, na decisão rescindenda, sobre a matéria veiculada. Isso nada mais é do que o famoso prequestionamento, exigível nos recursos de natureza extraordinária, e, como se vê, presente também em sede de ação

rescisória.

O pronunciamento explícito exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não necessariamente ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada violada haja sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto.

Não é absoluta a exigência de pronunciamento explícito na ação rescisória, ainda que esta tenha por fundamento violação de dispositivo de lei (violação manifesta de norma jurídica), ou seja, há exceções, por exemplo, quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença *extra, citra e ultra petita*. O mesmo se diga da arguição de “decisão proferida por juiz absolutamente incompetente”, cuja ação rescisória, nos termos da OJ 124 da SDI-2, não exige prequestionamento.

18.1. Modelo de Ação Rescisória



A ação de embargos de terceiro, prevista nos arts. 674 a 681 do CPC, é apontada por muitos como uma espécie de “ação possessória”.

Os embargos de terceiro não se confundem com os embargos à execução.

Os embargos à execução, também chamados embargos do devedor ou embargos à penhora, só podem ser opostos pelo executado (legitimidade ativa exclusiva do devedor), ou seja, por aquele que integra o polo passivo da execução (é parte no processo), a partir da garantia do juízo.

Os embargos de terceiro têm como objeto a apreensão de bens de pessoas que não integram a lide. Quem opõe embargos à execução é o devedor. Quem opõe embargos de terceiro é o “terceiro senhor e possuidor ou apenas possuidor”.

Os embargos de terceiro são compatíveis com os processos de conhecimento e de execução.

Nos termos do art. 674 do CPC, quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Terceiro é aquele que não é parte no processo. Simples assim.

O sócio não tem legitimidade, depois da decisão de deferimento do incidente de “desconsideração da pessoa jurídica”, para opor embargos de terceiro, visto que, com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, o sócio passa a ocupar também o polo passivo da execução.

Esbulho é a perda da posse, enquanto a turbação é a ameaça de perda da

posse.

Cabem embargos de terceiro “preventivos”, já que o CPC autoriza seu uso tanto no caso de esbulho como no caso de turbação.

Não é qualquer ato de esbulho ou turbação que justifica o uso dos embargos de terceiro. **O ato tem de ser judicial.**

Podem ser opostos a qualquer tempo na fase de conhecimento, enquanto a sentença não transitar em julgado. Na fase de execução, porém, poderão ser opostos até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

A distribuição se fará por dependência – art. 675 do CPC.

No caso de carta precatória executória, os embargos de terceiro serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta (CPE – Carta Precatória Executória). A previsão se encontra no parágrafo único do art. 676 do CPC e também na Súmula 419 do TST.

SÚMULA 419 DO TST. COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA. JUÍZO DEPRECADO. (alterada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 212/2016, DEJT divulgado em 20, 21 e 22.09.2016. Na execução por carta precatória, os embargos de terceiro serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta (art. 676, parágrafo único, do CPC de 2015).

O embargado será citado para ofertar contestação no prazo de 15 dias, à luz do art. 679 do CPC.

19.1. Modelo de Embargos de Terceiro

EXMO SR JUIZ DO TRABALHO DA ____ VARA DO TRABALHO DE ____

NOME DO EMBARGANTE, por seu advogado que esta subscreve, com procuração anexa, vem, mui respeitosamente, à presença de

Vossa Excelência, opor **EMBARGOS DE TERCEIRO** em relação ao processo nº..., pertinente à reclamação trabalhista movida por **NOME DO RECLAMANTE**, em face de **NOME DO RECLAMADO**, ambos já qualificados nos autos do referido processo, com fulcro nos arts. 674 a 681 do Novo CPC, de acordo com as razões a seguir expostas.

1. Da causa de pedir

O embargante é proprietário do imóvel xxx, conforme faz prova a escritura anexa.

Como se vê, a transferência do bem se deu antes mesmo da propositura da reclamação trabalhista em questão, ou seja, não integrava mais o patrimônio da reclamada.

Assim, a constrição que recaiu sobre ele, como demonstra o Auto de Penhora, se torna injusta, na medida em que invade bem de terceiro, estranho ao litígio, ferindo o pleno direito de propriedade.

2. Do pedido

Isto posto, vem requerer o imediato levantamento da penhora, livrando o citado bem da injusta constrição, esperando que Vossa Excelência julgue procedente a postulação.

Requer, ainda, a citação dos embargados, para que, em dez dias, ofereçam resposta, sob pena de revelia.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$...

Pede deferimento.

Local e data.

Advogado...

OAB...

Capítulo 20

AÇÕES POSSESSÓRIAS

As ações possessórias estão previstas nos arts. 554 a 568 do CPC. São elas:

Ação de reintegração de posse.

Ação de manutenção de posse.

Interdito proibitório.

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações possessórias, desde que o litígio seja oriundo de uma relação de trabalho, individual ou coletiva.

Muito comum no meio rural, quando o empregado se recusa a desocupar o imóvel cedido pelo empregador, restando a este o ajuizamento da ação de reintegração de posse.

A Súmula Vinculante 23 consagrou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. É o caso da iminente ameaça de ocupação do estabelecimento patronal pelos grevistas, quando então o empregado pode ajuizar, na Justiça do Trabalho, a ação de interdito proibitório. A competência será do juiz do trabalho (primeira instância), visto que não se trata de “dissídio coletivo”.

No estudo das ações possessórias, a diferença entre turbação e esbulho é muito importante, pois, como reza o art. 560 do CPC: no caso de turbação, o possuidor tem direito a ser mantido na posse (deve usar a ação de manutenção de posse). No caso de esbulho, o possuidor tem direito a ser reintegrado na posse (deve propor a ação de reintegração de posse).

Tanto a turbação como o esbulho são “perturbações à posse”, ou seja, o

possuidor esbulhado ou turbado está sofrendo uma “inquietação” em sua posse.

Resumindo:

- ✓ O esbulho provoca a perda da posse, como, por exemplo, no caso em que o ex-empregado não desocupa o imóvel cedido pelo empregador. O esbulho também pode se caracterizar por uma injusta invasão. Observem que o esbulhado tinha, em determinado momento, a posse do bem, mas diante de alguma circunstância terminou perdendo-a. Daí o nome da ação: reintegração (retorno ao *status quo ante*).
- ✓ A turbação é uma “perturbação” da posse sem a perda desta, desafiando a ação de manutenção de posse.

Há uma ação chamada imissão de posse. A imissão de posse só deve ser usada quando o autor pleitear a posse de um bem do qual jamais foi possuidor. Digamos que uma pessoa arremata determinado bem imóvel em hasta pública (praça ou leilão), mas o executado se nega a desocupar o imóvel arrematado. A ação a ser proposta pelo arrematante é a ação de imissão de posse.

E o interdito proibitório?

A ação de interdito proibitório está prevista nos arts. 567 e 568 do CPC, tendo natureza de ação preventiva, exatamente para evitar a perda da posse, diante da probabilidade de iminente agressão à posse. Tem natureza de tutela provisória de urgência. O interdito proibitório leva ao requerimento de expedição de um mandado proibitório, exatamente para proibir que o ato (invasão/ocupação) seja praticado pelo réu (obrigação de não fazer, com a fixação de astreintes).

O empregado pode propor uma ação possessória?

Claro que sim!

Digamos que um empregado recebeu, no primeiro ano do contrato, como “prêmio”, por ocupar um cargo de chefia, um veículo. O bem, convenhamos, nunca teve natureza de prêmio, cuja definição se encontra no § 4º do art. 457 da CLT. O veículo também não era indispensável para o desempenho do

serviço (vide o item I da Súmula 367 do TST). Com isso, o referido bem assumiu natureza remuneratória (salário *in natura*), pois foi repassado como típica gratificação de função, nos termos do § 1º do art. 457 da CLT.

Caso o empregador esteja turbando ou esbulhando a sua posse em relação àquele bem, poderá o obreiro propor, na Justiça do Trabalho, ação possessória, inclusive de interdito proibitório.

O art. 507-A da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, dispõe que, nos contratos individuais de trabalho, cuja remuneração do empregado seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, as partes poderão inserir uma “cláusula compromissória de arbitragem”, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos da Lei 9.307/1996.

O compromisso arbitral representa a **renúncia ao Poder Judiciário**. Isso mesmo.

Quando os sujeitos de um contrato acordam que os litígios gerados pelo pacto serão dirimidos por um árbitro (escolhido por eles), estão, na verdade, abrindo mão de levar as suas pretensões ao Judiciário (inciso VII do art. 485 do CPC e inciso X do art. 337 do CPC).

A cláusula compromissória arbitral deve ser estipulada por escrito, como exige o § 1º do art. 4º da Lei 9.307/1996, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Em se tratando de **contrato de adesão**, a cláusula arbitral deve, por cautela, constar de documento anexo, à luz da previsão contida no § 2º do art. 4º da Lei 9.307/1996.

Com a Reforma Trabalhista, a CLT passou a reconhecer a validade do compromisso arbitral firmado por empregado que possuir **remuneração mensal específica**, sem exigir, contudo, como o fez no parágrafo único do art. 444 da CLT, nível educacional diferenciado do obreiro (diploma de nível superior). Surpreendente a previsão do art. 507-A da CLT, exatamente pela ausência deste último requisito, que considero mais relevante do que a quantia remuneratória.

Poderíamos facilmente concluir, de forma simplória, em interpretação literal, que o legislador, quando quis exigir os dois requisitos, especificamente no parágrafo único do art. 444 da CLT, o fez, e dizer que, para fins de validade do compromisso arbitral, o único requisito “trabalhista” seria o valor “especial” da remuneração mensal do obreiro (dobro do teto dos benefícios previdenciários), o qual não precisaria ser o “empregado hipersuficiente”, nos estritos limites do parágrafo único do art. 444 da CLT.

Seria essa a orientação dada por um advogado cauteloso ao seu cliente empregador?

Definitivamente, não!

Entendo, humildemente, que a definição do “empregado hipersuficiente”, esculpida no parágrafo único do art. 444 da CLT, também deve ser observada para fins de firmamento de um compromisso arbitral, pois este representa a renúncia prévia ao Poder Judiciário, cujos efeitos são bem mais contundentes do que a renúncia à tutela sindical numa negociação (efeitos previstos no parágrafo único do art. 444 da CLT).

O advogado, portanto, não deve aconselhar o seu cliente a firmar cláusula compromissória arbitral com um empregado que não possua diploma de curso superior, mesmo que a sua remuneração seja igual ou superior ao teto dos benefícios previdenciários.

Eis a minha singela interpretação sistêmica do art. 507-A da CLT: quem pode o mais, pode o menos; mas quem pode o menos, não pode o mais.

Bom, além dos requisitos “trabalhistas” (remuneração diferenciada e diploma de curso superior), o advogado deve observar os requisitos “arbitrais”, esculpidos na Lei 9.307/1996, evitando, por exemplo, inserir a cláusula compromissória no bojo do próprio contrato de trabalho.

Na relação de emprego, o pacto firmado entre empregado e empregador é um típico contrato de adesão. Para esse tipo de contrato, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente (empregado) tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por **escrito** “*em documento anexo ou em negrito*”, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei

9.307/1996, sem esquecer a necessidade de o acordo ser também **assinado por duas testemunhas**, nos moldes do § 2º do art. 9º da Lei 9.307/1996 (se o instrumento for público, não haverá necessidade de testemunhas).

Existindo cláusula compromissória arbitral no contrato de trabalho, o advogado do reclamado tem que lembrar que a objeção (preliminar de mérito) **não poderá ser conhecida de ofício pelo juiz**, à luz do § 5º do art. 337 do CPC, sendo, portanto, passível de preclusão, já que não é considerada matéria de ordem pública.

Sendo assim, quando da confecção da contestação, todo cuidado é pouco, até mesmo pela incidência da preclusão consumativa quando da juntada da peça contestatória aos autos do PJE sem sigilo, conforme estudamos, tornando inócua a tentativa de complementação oral da defesa em audiência. Nesse sentido o art. 342 do CPC.

Capítulo 22

COMENTÁRIOS À INSTRUÇÃO NORMATIVA 41/2018 DO TST

22.1. Introdução

A Instrução Normativa 41/2018 do TST trata apenas da aplicabilidade das **regras processuais** no tempo, valendo dizer que foi publicada pela Resolução nº 221 de 21/06/2018. Esse detalhe, quanto à sua restrição às regras processuais, merece toda a atenção do leitor, já que há notícias, artigos e reportagens que simplesmente generalizam o seu conteúdo, como se o TST tivesse se posicionado sobre a aplicação do direito do trabalho no tempo, informações que beiram o que se chama de “*fake news*”. O próprio TST, na Exposição de Motivos à IN 41/2018, confessa que nada editará a respeito de direito material do trabalho (legislação trabalhista) e a sua aplicação no tempo, deixando a cargos dos órgãos jurisdicionais de piso o enfrentamento do que chamo de “contrato de trabalho híbrido”.

De outra banda, todos nós continuamos aguardando a revisão, pelo TST, dos seus precedentes, alguns já tacitamente cancelados pela Lei 13.467/2017, como a Súmula 377 do TST, e outros que necessitam de alterações, como a OJ 191 da SDI-1, cientes de que a permanência de súmulas, orientações jurisprudenciais, instruções normativas e outras bases, em desacordo com a nova legislação e com as recentes decisões do STF e do próprio TST, serve apenas para agravar o caos de insegurança jurídica que se instalou no nosso universo jurídico.

Na Exposição de Motivos à IN 41/2018, o TST diz que a Instrução visa preservar o “direito adquirido processual”, o “ato jurídico processual perfeito” e a “coisa julgada”.

Data maxima venia, a coisa julgada não precisa da proteção do TST,

pois ela já se encontra blindada pelo inciso XXXVI do art. 5º da CF.

Quanto ao “ato jurídico processual perfeito”, o nosso sistema processual adotou a **Teoria do Isolamento dos Atos Processuais**, esculpida no art. 14 do CPC, consagrando o seguinte: “*A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”. Logo, não precisamos que o TST nos “ensine” que a norma processual não retroagirá, pois a nossa legislação consagra que os atos processuais, já praticados na vigência da legislação revogada, serão preservados – *tempus regit actum* (o tempo rege o ato). A salvaguarda, entretanto, diz respeito apenas aos atos já praticados, pois a nova legislação será aplicada **imediatamente aos processos em curso**, já que o processo é constituído de uma sucessividade de atos processuais, não havendo que se pensar no congelamento de todo o processo, mas apenas dos atos já realizados.

Eis a razão de considerar melancólica a referência, na Exposição de Motivos à IN 41/2018 do TST, a um tipo de “*direito adquirido processual*”, porquanto o processo não é composto de um ato único, mas de uma prole de atos que se sucedem, isolando-se, da nova legislação, apenas aqueles já perpetrados (ficam “isolados” da aplicação da nova legislação).

A conclusão do TST, no sentido de que a Reforma Processual Trabalhista só se aplica aos processos iniciados a partir do dia 11/11/2017, com todo o respeito, mostra-se desprovida de embasamento científico, de apoio legal e, principalmente, de alicerce lógico, restando, por conseguinte, incapaz de garantir a segurança jurídica almejada.

Confesso que já não me assusto com essa postura dos nossos tribunais superiores, magnetizados pelo ativismo judicial e tomados por uma volúpia legiferante, que apenas têm contribuído para o avanço da incerteza legalística.

A IN 41/2018 do TST nasceu divorciada da congruência, terminando por gerar uma espécie de fragmentação da nova legislação processual, admitindo, por exemplo, tacitamente, a aplicação imediata da contagem dos prazos em dias úteis e, de forma desconexa, repelindo, por exemplo, a aplicação

imediate da condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, como se a aplicabilidade no tempo, de novas regras de processo do trabalho, estivesse aberta a uma espécie de cisão motivada por aspectos metajurídicos.

Natimorta, a IN 41/2018 do TST tende a ser ignorada pelos juristas dotados de um mínimo de bom senso.

Seguem os comentários, restando-me apenas o lamento de presenciar o nosso sistema jurídico cada vez mais amontoado de “normas” despojadas de consistência e integração.

22.2. Comentários

Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada.

O art. 1º da IN 41/2018 do TST viola o art. 14 do CPC e o § 2º do art. 8º da CLT. Com efeito, o CPC, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista, reza que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. Observem que não há, no art. 14 do CPC, a expressão “*situações pretéritas iniciadas*”. Ela foi inserida inexplicavelmente na IN 41/2018, talvez numa tentativa de “justificar” a “posição” do TST quanto à inaplicabilidade “de algumas normas” aos processos já existentes antes da Reforma.

Essa inovação, com as devidas vênias, não é permitida pelo § 2º do art. 8º da CLT, que veda aos tribunais restringir direitos legalmente previstos e criar obrigações que não estejam previstas em lei.

O TST, ao que parece, pretendeu criar uma nova Teoria do Isolamento dos Atos Processuais; uma teoria própria, do tipo “*Teoria do Isolamento Parcial dos Atos Processuais a Critério do TST*”. Lamentável, porque isso não contribui em nada para a sonhada segurança jurídica.

Art. 2º O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

No art. 2º da IN 41/2018, o TST diz o óbvio, aplicando o art. 14 do CPC.

A prescrição intercorrente, consagrada agora na CLT, só incidirá, evidentemente, após o início da vigência da Lei 13.467/2017, considerando a falta anterior de uniformidade jurisprudencial (Súmula 114 do TST x Súmula 327 do STF). Mas a sua aplicação ocorrerá em todos os processos e não apenas naqueles iniciados a partir de 11/11/2017. Observem que, nesse caso, o TST respeitou o CPC, isolando apenas os atos processuais e não o processo como um todo. Isso reforça a incoerência da própria IN 41/2018 quanto a outras normas.

Teria mais serventia se o TST tivesse feito referência à necessidade de aplicação supletiva do art. 40 da LEF (Lei 6.830/1980) ou, de preferência, dos §§ 1º a 5º do art. 921 e do inciso V do art. 924 do CPC, já que, na prática, muitos magistrados não estão observando o rito processual para a incidência da intercorrente prescrição, confundindo dois atos distintos previstos nos §§ 1º e 4º do art. 921 do CPC (o primeiro diz respeito ao arquivamento provisório com suspensão da prescrição; o segundo se refere exatamente ao início da contagem da prescrição intercorrente). Juízes que assim procedem demonstram desconhecimento quanto ao “fato gerador” da prescrição intercorrente (início de sua contagem).

A prescrição intercorrente, para a sua incidência, tem um rito a ser seguido, sempre oportunizando ao credor a possibilidade de com efetividade agir, dando sequência à execução, e, com isso, elidindo a prescrição.

Art. 3º A obrigação de formar o litisconsórcio necessário a que se refere o art. 611-A, § 5º, da CLT dar-se-á nos processos iniciados a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Mais uma vez o TST apenas repete aquilo que já é claro e inequívoco. O art. 14 do CPC, que exala a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, dispõe que a norma processual não retroagirá, ou seja, respeitará os atos

processuais já praticados e as situações jurídicas consolidadas. Pronto. Só isso. Apenas isso. Nada mais do que isso. Ora, se a reclamação trabalhista já tinha sido ajuizada antes de 11/11/2017, contendo pedido de nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho ou de acordo coletivo de trabalho, o juiz não poderá exigir a formação do litisconsórcio passivo previsto no § 5º do art. 611-A da CLT, pois se trata de situação solidificada, e, como tal, protegida contra a incidência da nova legislação processual. A mera mudez do TST já seria suficiente, diante da pujança do art. 14 do CPC.

Art. 4º O art. 789, caput, da CLT aplica-se nas decisões que fixem custas, proferidas a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017.

O *caput* do art. 789 da CLT sofreu apenas uma alteração com a Reforma Trabalhista: a fixação de um limite máximo para o valor das custas (até quatro vezes o valor do teto dos benefícios previdenciários). O TST deveria ter optado pelo silêncio, também neste ponto, porquanto o art. 4º da IN 41/2018 somente aplicou o art. 14 do CPC, ratificando o que já era inequívoco (o limite máximo só se aplica às decisões proferidas depois de 11/11/2017).

Observem que a incoerência da IN 41/2018 só aumenta, porque o TST, até agora, simplesmente aplicou a Reforma Trabalhista a todos os processos em curso e não apenas àqueles iniciados depois de 11/11/2017, fazendo a Instrução Normativa ser desmerecida pelos seus próprios artigos. Eis o motivo de ter afirmado que a IN já nasceu morta (natimorta).

Art. 5º O art. 790-B, caput e §§ 1º a 4º, da CLT, não se aplica aos processos iniciados antes de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Eis o primeiro “desvio” do TST quanto à incidência do art. 14 do CPC. Além disso, no art. 5º da IN 41/2018, o TST preferiu tergiversar, asseverando que a iníqua previsão contida no art. 790-B da CLT não se aplica aos processos já iniciados, ignorando a perversidade do seu conteúdo, fruto de inafastável inconstitucionalidade.

Processualmente, *data maxima venia*, e deixando de lado, por enquanto, a sua inconstitucionalidade, fica evidente que o art. 790-B da CLT se aplica aos

processos em curso, independentemente da data do ajuizamento da ação, exatamente por força do isolamento dos atos processuais (art. 14 do CPC).

Particularmente, não venho aplicando a norma, nem para os processos antigos, nem para os novos, porque considero o *caput* do art. 790-B da CLT inconstitucional, objeto, inclusive, da ADI 5766 de 28/08/2017. Enxergo violação ao *caput* do art. 5º da CF, ao inciso III do art. 1º da CF e ao inciso LXXIV do art. 5º da CF.

O STF ainda não julgou a ADI 5766, apesar de a Reforma Trabalhista já ter completado um ano de vida. O relator do processo, Ministro Roberto Barroso, proferiu seu voto no dia 10/05/2018, julgando parcialmente procedente a ADI, decidindo, sobre honorários, o seguinte: “A cobrança de honorários do hipossuficiente poderá incidir: (1) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (2) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias”. Como se vê, o Ministro Barroso não enxergou qualquer violação ao princípio da isonomia, tampouco aos demais dispositivos constitucionais. Porém, após o voto do relator, o Ministro Edson Fachin, o segundo a votar julgou integralmente procedente a ADI. O julgamento foi suspenso depois disso, em face do pedido de vista antecipada dos autos por outros ministros.

A IN 41/2018 é tão frágil, que o TST diz, no artigo em comento, que o § 3º do art. 790-B da CLT só se aplica aos processos iniciados a partir do dia 11/11/2017, previsão que contraria a OJ 98 da SDI-2 e o parágrafo único do art. 6º da IN 27/2005, ambas do próprio TST. Esse “tumulto jurisprudencial” desprestigia a tão sonhada segurança jurídica!

A inexigibilidade de depósito prévio para custear a realização de perícia agora conta com previsão legal, ratificando a posição já adotada pelo próprio TST. Sendo assim, **o § 3º do art. 790-B da CLT é aplicável a todos os processos em curso, pois simplesmente manteve aquilo que já se praticava antes da Reforma Trabalhista.**

Não enxergo, por fim, qualquer justificativa à limitação da incidência dos

§§ 1º e 2º do art. 790-B da CLT a todo e qualquer processo em curso.

Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST.

O art. 6º da IN 41/2018 do TST exala: (a) incoerência para com a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais; (b) contradição com diversos artigos da própria Instrução Normativa; e (c) inconsistência com o art. 5º da IN 27/2005 do TST.

O artigo em análise também demonstra a falta de respeito do TST para com os profissionais da advocacia trabalhista, a uma pelo fato de tentar impor a incidência de honorários advocatícios sucumbenciais apenas aos processos iniciados depois da Reforma, a duas por não se pronunciar sobre a inconstitucionalidade dos percentuais fixados no *caput* do art. 791-A da CLT.

No *Manual de Audiência e Prática Trabalhista*, em sua 4ª edição, deixei claro que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais **independe de pedido explícito** na petição inicial, na contestação ou no recurso, ante a contundente redação do *caput* do art. 85 do CPC. Também esclareci que o percentual de 20% já estava consagrado na Súmula 219 do TST (citada, de forma surreal, na enigmática redação do art. 6º da IN 41/2018), tornando injustificável o percentual máximo de 15% esculpido no *caput* do art. 791-A da CLT. Destarte, tenho por inconstitucional e ilegal a limitação pretendida pelo TST, quanto à condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, por violação ao art. 133 da CF, ao *caput* do art. 5º da CF e ao art. 14 do CPC.

Não se sustenta a tese de que a verba honorária tem natureza híbrida, pois ela deriva de previsão processual e tem como fato gerador uma decisão judicial, da qual é título acessório. A sua natureza alimentar, já consagrada na legislação processual (§ 14 do art. 85 do CPC) e na jurisprudência (Súmula Vinculante 47 do TST), não impede a sua imediata consagração, como deseja

o TST. Pelo contrário.

A natureza alimentar dos honorários advocatícios, por si só, confere à verba prioridade e privilégio para incidir em todos os processos, à luz do art. 14 do CPC, independentemente de pedido expresso do advogado, afinal, à luz da Lei Maior, este profissional é indispensável à administração da justiça, e não possui subsídio, auxílios ou qualquer outro meio de subsistência que não seja a verba honorária.

Vale dizer que a expressão “*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*” contida no § 4º do art. 791-A da CLT é inconstitucional, objeto, inclusive, da já citada ADI 5766.

O STF ainda não julgou a ADI 5766, apesar de a Reforma Trabalhista já ter completado um ano de vida. O relator do processo, Ministro Roberto Barroso, proferiu seu voto no dia 10/05/2018, julgando parcialmente procedente a ADI, decidindo, sobre honorários advocatícios, o seguinte: “A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (1) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (2) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias”. Como se vê, o Ministro Barroso não enxergou qualquer violação ao princípio da isonomia. Porém, após o voto, o Ministro Edson Fachin, o segundo a votar, julgou integralmente procedente a ADI. O julgamento foi suspenso depois disso, em face do pedido de vista antecipada dos autos por outros ministros. Caso prevaleça o bom senso e a ADI 5766 alcance procedência total, à luz do voto do Ministro Edson Fachin, a redação do § 4º do art. 791-A da CLT passará a ser a seguinte: “Vencido o beneficiário da justiça gratuita, os honorários sucumbenciais ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade. Caso o prazo de dois anos flua, sem mudança no cenário de hipossuficiência, extinguir-se-á a execução quanto aos honorários”.

Art. 7º Os arts. 793-A, 793-B e 793-C, § 1º, da CLT têm aplicação autônoma e imediata.

O TST, no artigo em análise, continua na sorumbática trilha de “fatiar” a aplicação da legislação processual no tempo, desconhecendo a importância do art. 14 do CPC, única via capaz de assegurar a almejada segurança jurídica. Agora, sem qualquer reserva, voltou a “aplicar” o art. 14 do CPC, desprezado no artigo anterior, como se o juiz do trabalho jamais tivesse aplicado as penas por litigância de má-fé. Todos nós juízes já conhecíamos e aplicávamos as penalidades previstas nos arts. 79 a 81 do CPC, cuja redação desembarcou na CLT no dia 11/11/2017. Sendo assim, nada mais vou dizer a respeito disso, pois, de fato, nada mais há para se dizer.

Art. 8º A condenação de que trata o art. 793-C, caput, da CLT, aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

A “foice” do TST voltou a atuar, “rasgando” e “fatiando” a norma processual trabalhista, ao alvedrio de toda a segurança jurídica que deságua do art. 14 do CPC, como se um tribunal pudesse atropelar a imediata aplicação da nova regra processual, em claro desapego à separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito (ninguém está acima da lei). Não há justificativa para que as penalidades por litigância de má-fé sejam aplicadas apenas aos processos de ações ajuizadas depois da Reforma Trabalhista, porquanto, como já dito, os órgãos da Justiça do Trabalho já a aplicavam antes de 11/11/2017, mediante a incidência subsidiária do CPC.

Além disso, o art. 8º da IN 41/2018 vem minado pela intenção de afastar a verba honorária dos processos iniciados antes da Reforma Trabalhista.

Ao comparar o art. 7º com o art. 8º da IN 41/2018, vejo-me forçado a concluir que a discrepância da Instrução Normativa não tem fim, pois, no primeiro, o TST diz que toda a previsão sobre litigância de má-fé tem aplicação autônoma e imediata, para, no segundo, dizer que a condenação por litigância de má-fé se aplica apenas às ações ajuizadas a partir de 11/11/2017, ignorando o fato de já aplicarmos as referidas penalidades, mediante o uso subsidiário do CPC, antes da Reforma Trabalhista, e, principalmente, o fato

de ser impossível a aplicação “autônoma” e “imediata” das normas sobre litigância de má-fé sem a existência da “condenação” insculpida no *caput* do art. 793-C da CLT, afinal, *lei sem sanção é luz que não alumia, é fogo que não queima, é coração sem paixão!*

Fica o registro.

Art. 9º O art. 793-C, §§ 2º e 3º, da CLT tem aplicação apenas nas ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

O art. 9º da IN 41/2018 apenas corrobora a macambúzia sina do “fatiamiento incompreensível” que o TST deseja impor à aplicação da nova legislação processual no tempo, como se jamais um órgão jurisdicional trabalhista tivesse condenado autor e/ou réu por litigância de má-fé. Aparentemente, o TST deseja que nós esqueçamos as antigas condenações, numa espécie de “amnésia jurisprudencial”, e passemos a repetir que só depois da Reforma Trabalhista é que reclamante e reclamado poderão ser reputados litigantes de má-fé. *O Direito não convive bem sem a Lógica, pois eles se amam e um precisa do outro para viver.*

Art. 10. O disposto no caput do art. 793-D será aplicável às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

Parágrafo único. Após a colheita da prova oral, a aplicação de multa à testemunha dar-se-á na sentença e será precedida de instauração de incidente mediante o qual o juiz indicará o ponto ou os pontos controvertidos no depoimento, assegurados o contraditório, a defesa, com os meios a ela inerentes, além de possibilitar a retratação.

O art. 10 da IN 41/2018 é o retrato vivo do contrassenso, pois o art. 793-D da CLT é INCONSTITUCIONAL, visto que viola diversos incisos do art. 5º da CF (cláusula pétrea). Sobre o tema, vou apenas transcrever trechos já presentes na 4ª edição deste *Manual de Audiência e Prática Trabalhista*:

O art. 793-D da CLT dispõe que a multa “por litigância de má-fé” será também aplicada à testemunha que intencionalmente mentir ou

omitir fatos essenciais ao julgamento da causa. Trata-se, *data maxima venia*, de norma natimorta! A referida regra nasceu morta e em estado avançado de putrefação, ante a sua manifesta inconstitucionalidade. Como visto, o artigo prevê a possibilidade de o juiz do trabalho aplicar a multa esculpida no art. 793-C da CLT “à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa”. A anomalia da regra é tão latente que chega a provocar ânsia de vômito ao jurista abençoado por um mínimo de bom senso. Ora, sabemos que a testemunha que mente em juízo comete um crime, previsto no art. 342 do Código Penal. Pois bem. Eis a premissa maior. De outra banda, sabemos que a Justiça do Trabalho, como já pacificou o STF, não tem competência criminal. Pois bem. Eis a premissa menor. Diante dessas duas premissas, a única conclusão possível é a seguinte: O juiz do trabalho não pode punir testemunhas. Seguem os dispositivos constitucionais violados pelo art. 793-D da CLT.

- 1) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha *viola o inciso LV do art. 5º da CF*, que garante, a qualquer acusado, o direito ao contraditório e à ampla defesa.
- 2) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha *viola o inciso XXXVII do art. 5º da CF*, pois cria um juízo de exceção, já que a Justiça Laboral não tem competência para “julgar e condenar testemunhas”.
- 3) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha *viola o inciso LIII do art. 5º da CF*, que garante que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.
- 4) A aplicação, pelo juiz do trabalho, de multa à testemunha *viola o inciso LIV do art. 5º da CF*, que assegura que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

Art. 11. A exceção de incompetência territorial, disciplinada no art. 800 da CLT, é imediatamente aplicável aos processos trabalhistas em curso, desde que o recebimento da notificação seja posterior a 11 de novembro de 2017 (Lei 13.467/2017).

O art. 11 da IN 41/2018 do TST prestigia a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, consagrada no art. 14 do CPC, que, por si só, torna inócua a própria Instrução Normativa, ato desnecessário do TST, *data maxima venia*.

Art. 12. Os arts. 840 e 844, §§ 2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

§ 1º Aplica-se o disposto no art. 843, § 3º, da CLT somente às audiências trabalhistas realizadas após 11 de novembro de 2017.

§ 2º Para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil.

§ 3º Nos termos do art. 843, § 3º, e do art. 844, § 5º, da CLT, não se admite a cumulação das condições de advogado e preposto.

O *caput* do art. 12 da IN 41/2018 é mais uma norma que despreza o art. 14 do CPC, pois o TST “deseja” que o juiz do trabalho abandone toda e qualquer técnica processual e desconheça que o processo nada mais é do que a sucessão de atos processuais, os quais devem ser analisados isoladamente. De qualquer sorte, considero inconstitucional o § 2º do art. 844 da CLT, por violação ao inciso III do art. 1º da CF, ao *caput* do art. 5º da CF, ao inciso XXXV do art. 5º da CF e ao inciso LXXIV do art. 5º da CF. A inconstitucionalidade foi objeto da ADI 5766, aqui já citada, tendo o Ministro Roberto Barroso, relator, considerado “*legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento*”, decisão que foi contrariada, logo depois, pelo voto do Ministro Edson Fachin, que acolheu em sua totalidade a ADI. O placar, por conseguinte, está 1 x 1, desde o dia 10/05/2018, quando o julgamento foi suspenso. O sempre visionário TRT da 3ª Região publicou no dia 20/09/2018 a Súmula 72, ratificando a nossa tese, que já tinha sido exposta na edição anterior deste *Manual*. Eis a transcrição do precedente regional:

SÚMULA 72 DO TRT DA 3ª REGIÃO. ARGUIÇÃO INCIDENTAL

DE INCONSTITUCIONALIDADE. PAGAMENTO DE CUSTAS. BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA. §§ 2º e 3º DO ART. 844 DA CLT (LEI 13.467/2017). São inconstitucionais a expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, constante do § 2º, e a íntegra do § 3º, ambos dispositivos do art. 844 da CLT, na redação dada pela LEI 13.467/2017, por violação direta e frontal aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput, da CR), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR) e da concessão de justiça gratuita àqueles que dela necessitarem (art. 5º, LXXIV, da CR).

O § 1º do art. 12 da IN 41/2018, ao contrário do seu *caput*, está correto, pois, para fins de legitimidade/capacidade do preposto, o que conta é o ato processual (audiência) e não a data de início do processo.

O art. 840 da CLT, naturalmente, só passou a incidir sobre as ações ajuizadas a partir do dia 11/11/2017, não por conta da “vontade” do TST, mas pelo fato de a referida norma cuidar do ajuizamento de reclamação trabalhista. Sendo a petição inicial o primeiro ato processual do feito, fica evidente que o dito artigo só incidiu a partir da entrada em vigor da nova legislação. O § 2º do art. 12 da IN 41/2018 apenas ratifica o que já defendia em artigos e neste *Manual de Audiência e Prática Trabalhista*, desde a sua 4ª edição.

O TST poderia ter se pronunciado sobre a inconstitucionalidade do § 1º do art. 223-G da CLT e, com isso, contribuído para a evolução do entendimento jurisprudencial da Reforma Trabalhista. Sobre o tema, eis a minha opinião, já devidamente esposada desde a edição anterior deste *Manual*.

Os incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT são flagrantemente inconstitucionais, pois fixam o salário do empregado como parâmetro para o valor da indenização por dano extrapatrimonial, como se a “honra”, a “autoestima”, a “imagem” e todos os demais direitos da personalidade do obreiro pudessem ser medidos pelo seu salário (o empregado que recebe salário maior tem a valoração de sua honra superior à honra do colega que possui salário menor). O Governo Federal tentou “remediar” o vexame com a edição da MP 808/2017,

porém esta norma caducou no dia 23/04/2018. A inconstitucionalidade dos ditos incisos está sombreada pela violação ao *caput* do art. 5º da CF (princípio da isonomia), ao inciso III do art. 1º da CF (princípio da dignidade da pessoa humana) e ao IV do art. 7º da CF (que veda a vinculação do salário). Sendo assim, o advogado trabalhista, quando da elaboração de uma reclamação, deve arguir a inconstitucionalidade das referidas normas e, com isso, arbitrar o valor desejado para o pedido de indenização (dano moral, dano estético, dano existencial e/ou dano à imagem). O profissional não deve se curvar à medonha afronta constitucional, significando dizer que está livre para fixar o *quantum* que entender cabível.

O § 3º do art. 12 da IN 41/2018 é inconstitucional e ilegal, pois viola o inciso II do art. 5º da CF (princípio da legalidade) e o § 2º do art. 8º da CLT (tribunal não pode legislar). O TST não pode “proibir” a cumulação das condições de advogado e preposto, exatamente pelo fato de não existir lei que vede a acumulação. Sobre o tema, o leitor encontrará completa abordagem no item 6.5.1 desta obra.

Art. 13. A partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, a iniciativa do juiz na execução de que trata o art. 878 da CLT e no incidente de desconsideração da personalidade jurídica a que alude o art. 855-A da CLT ficará limitada aos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

No art. 13 da IN 41/2018, o TST “voltou” a aplicar o art. 14 do CPC, “admitindo” a incidência imediata da nova legislação processual.

Quanto ao art. 878 da CLT, o TST nada tinha a dizer e, com isso, apenas repetiu a previsão nele contida (a execução deve ser requerida pelo advogado do credor, podendo o juiz iniciar de ofício a fase executória apenas quando o exequente estiver sem advogado).

Em relação ao art. 855-A da CLT, apesar de não existir previsão legal neste sentido, **o TST aplicou por analogia o art. 878 da CLT, para “permitir” a prática de ato *ex officio* apenas no processo de execução, desde que o exequente não possua advogado.**

Mais adiante o leitor observará que o art. 13 da IN 41/2018 termina por conflitar com o art. 17 da mesma IN, evidenciando a falta de zelo na edificação da Instrução Normativa.

Art. 14. A regra inscrita no art. 879, § 2º, da CLT, quanto ao dever de o juiz conceder prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada da conta de liquidação, não se aplica à liquidação de julgado iniciada antes de 11 de novembro de 2017.

No art. 14 da IN 41/2018, o TST apenas aplicou o art. 14 do CPC, isolando as liquidações iniciadas antes do dia 11/11/2017. Eis o caminho correto a seguir, pois a execução não se processa em ato único, dividindo-se em liquidação, constrição e expropriação.

Art. 15. O prazo previsto no art. 883-A da CLT, para as medidas de execução indireta nele especificadas, aplica-se somente às execuções iniciadas a partir de 11 de novembro de 2017.

No art. 883-A da CLT, o legislador dispõe que a decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo. Ora, à luz do art. 14 do CPC, a referida norma tem aplicação imediata. Logo, todo e qualquer executado passou a ter direito ao citado prazo, desde que não tenha sido citado (art. 880 da CLT). Sendo assim, o art. 15 da IN 41/2018 viola a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, pois tenta, mediante injustificável “desarmonia”, restringir o direito ao “início da execução”, desprezando a sucessividade dos atos processuais.

Art. 16. O art. 884, § 6º, da CLT aplica-se às entidades filantrópicas e seus diretores, em processos com execuções iniciadas após 11 de novembro de 2017.

O mesmo comentário do artigo anterior serve para o art. 16 da IN 41/2018, demonstrando incoerência na análise da incidência da norma processual no tempo, ignorando, por exemplo, o fato de a fase de liquidação, que se encontra inserida na execução, não se confundir com a fase de

construção, também integrante da execução.

Meu eterno professor e inigualável jurista Manoel Antonio Teixeira Filho ensinou-me que a execução se divide em LIQUIDAÇÃO, CONSTRIÇÃO e EXPROPRIAÇÃO.

Essa divisão, oriunda da clássica lição do ilustre processualista, já basta para detonar o artigo em comento, devendo sim o juiz observar o § 6º do art. 884 da CLT, independentemente da data do “início da execução”, respeitando, com isso, os seus estágios e a prática de cada ato processual.

Art. 17. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, regulado pelo CPC (artigos 133 a 137), aplica-se ao processo do trabalho, com as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017.

Aqui o TST desdisse o que tinha dito no art. 13 da IN 41/2018, “determinando” a aplicação dos artigos 133 a 137 do CPC, como se a CLT já não tivesse feito isso (art. 855-A). Apenas vou ratificar os comentários feitos ao art. 13 e renovar todas as minhas lamentações que preenchem o presente capítulo.

Art. 18. O dever de os Tribunais Regionais do Trabalho uniformizarem a sua jurisprudência faz incidir, subsidiariamente ao processo do trabalho, o art. 926 do CPC, por meio do qual os Tribunais deverão manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente.

§ 1º Os incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados ou iniciados antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho ou por iniciativa de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, deverão observar e serão concluídos sob a égide da legislação vigente ao tempo da interposição do recurso, segundo o disposto nos respectivos Regimentos Internos.

§ 2º Aos recursos de revista e de agravo de instrumento no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conclusos aos relatores e ainda não julgados até a edição da Lei nº 13.467/2017, não se aplicam

as disposições contidas nos §§ 3º a 6º do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

§ 3º As teses jurídicas prevaletentes e os enunciados de Súmulas decorrentes do julgamento dos incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados ou iniciados anteriormente à edição da Lei nº 13.467/2017, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, conservam sua natureza vinculante à luz dos arts. 926, §§ 1º e 2º, e 927, III e V, do CPC.

O art. 18 da IN 41/2018 do TST se justifica em face da revogação dos §§3º a 6º do art. 896 da CLT pela Lei 13.467/2017. Eles tratavam do incidente de uniformização de jurisprudência. Caso o incidente tenha sido suscitado ou iniciado antes de 11/11/2017, o seu processamento se dará com a observância dos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT, vigentes à época. De outra banda, o art. 14 do CPC incidirá nos recursos de revista e agravos no TST, independentemente da data de início do processo. Quanto às teses jurídicas e precedentes, estamos todos aguardando a revisão do TST, pois há diversas distorções geradas pela Reforma Trabalhista.

Art. 19. O exame da transcendência seguirá a regra estabelecida no art. 246 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, incidindo apenas sobre os acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho publicados a partir de 11 de novembro de 2017, excluídas as decisões em embargos de declaração.

No art. 19 da IN 41/2018, o bom senso prevaleceu, e o TST aplicou o art. 14 do CPC, isolando os atos processuais e “determinando” a aplicação imediata da nova legislação processual. Tão simples. Tão fácil. O que conta é a data de publicação do acórdão da decisão principal, desprezando-se o julgamento de embargos de declaração.

Art. 20. As disposições contidas nos §§ 4º, 9º, 10 e 11 do artigo 899 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, serão observadas para os recursos interpostos contra as decisões proferidas a partir de 11 de novembro de 2017.

O art. 20 da IN 41/2018 é prova viva da demora do TST quanto à análise da Reforma Trabalhista, incluindo a sua omissão na revisão dos seus precedentes, pois o art. 899 da CLT, que trata de depósito recursal, não mais precisa de regulação, já que a sua nova estrutura entrou em vigor no dia 11/11/2017, ou seja, todo e qualquer recurso cabível à época já foi interposto, tornando a previsão inócua e sem qualquer efetividade.

Art. 21. Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data da sua publicação. Ficam revogados os art. 2º, VIII, e 6º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST.