

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

Histórico

Princípios

Fontes do Direito do Trabalho

1. SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. Sua história começa a nascer na Inglaterra, em meados do século XVIII, com passagem da manufatura à indústria mecânica, com a primeira fase da revolução industrial (1760-1860). A introdução de máquinas fabris multiplica o rendimento do trabalho e aumenta a produção global. A Inglaterra adianta sua industrialização em 50 anos em relação ao continente europeu e sai na frente na expansão colonial.

A invenção de máquinas e mecanismos causa uma revolução produtiva; há um progresso tecnológico. A mecanização se difunde na indústria têxtil e na mineração. As fábricas passam a produzir em série e surge a indústria pesada (aço e máquinas). A invenção dos navios e locomotivas a vapor acelera a circulação das mercadorias.

O novo sistema industrial transforma as relações sociais e cria duas novas classes sociais, fundamentais para a operação do sistema. Os *empresários* (capitalistas), que são os proprietários dos capitais, prédios, máquinas, matérias-primas e bens produzidos pelo trabalho, e os *operários, proletários ou trabalhadores assalariados* que possuem apenas sua força de trabalho e a vendem aos empresários para produzir mercadorias em troca de salários.

No início da revolução os empresários impunham duras condições de trabalho aos operários sem aumentar os salários para assim aumentar a produção e garantir uma margem de lucro crescente. A disciplina era rigorosa e as condições de trabalho nem sempre ofereciam segurança.

Começam a surgir conflitos entre operários, revoltados com as péssimas condições de trabalho, e empresários. Com o tempo, vão surgindo organizações de trabalhadores da mesma área.

Resultado de um longo processo em que os trabalhadores conquistam gradativamente o direito de associação, aparece a figura do sindicalismo. Em 1824, na

Inglaterra, são criados os primeiros centros de ajuda mútua e de formação profissional. Em 1833 os trabalhadores ingleses organizam os sindicatos (*trade unions*) como associações locais ou por ofício, para obter melhores condições de trabalho e de vida.

A data de 1º de maio foi escolhida na maioria dos países industrializados para comemorar o Dia do Trabalho e celebrar a figura do trabalhador. A data da comemoração tem origem em uma manifestação operária por melhores condições de trabalho iniciada no dia 1º de maio de 1886, em Chicago, nos Estados Unidos da América.

Com os sindicatos, iniciaram-se os movimentos dos trabalhadores, fazendo prevalecer a vontade da coletividade; nascem as greves para reivindicar seus direitos, dando margem, assim, ao aparecimento dos contratos coletivos de trabalho (celebrados entre grupos, categorias, classes de trabalhadores). Os contratos coletivos de trabalho continham regras que protegiam os trabalhadores como, por exemplo, a limitação da jornada.

1.1. O Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil, desde o final do século XIX, a imigração e a abolição da escravatura dinamizaram a formação de um mercado de trabalho assalariado nas cidades, onde as indústrias começavam a desenvolver-se.

No início do século XX, o operariado trabalhava em longas jornadas sob condições insalubres, sendo comum a utilização de mulheres e crianças com salários mais baixos do que os dos homens; disciplina rígida, ameaças, multas, dispensas e ausência de disposições legais caracterizavam as relações de trabalho.

Apesar de sua composição heterogênea, os operários organizaram jornais, associações de ajuda mútua e poucos sindicatos. Realizaram também paralisações para reivindicar melhores condições de trabalho. Entre 1917 e 1920 houve um ciclo de greves, provocadas pela carestia gerada pela Primeira Guerra e influenciadas pela Revolução de Outubro na Rússia.

A política trabalhista da Era Vargas (1930-1945), a carência de leis e direitos e a frágil organização operária permitiram que o Estado passasse à condição de árbitro, mediando as relações entre capital e trabalho.

Getúlio Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e a Justiça do Trabalho para arbitrar conflitos entre patrões e empregados. Instituiu uma extensa legislação de caráter assistencialista para o proletariado urbano, apresentando-se como "doador" dessas leis, incorporadas à Constituição de 1934 e, posteriormente, organizadas na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que em 10 de novembro de 1943 passou a

ter vigência.

Durante o Estado Novo (a ditadura varguista), as greves foram proibidas e foi criado o salário mínimo. Os sindicatos ficaram subordinados ao governo, devido à exigência de filiação ao Ministério do Trabalho, à obrigatoriedade de sindicatos únicos por categoria e ao imposto sindical.

O Estado percebeu, então, que era ausente nas relações de trabalho, começando, dessa forma, a intervir na relação contratual. Deu-se início ao *Estado Intervencionista*, que estabelece normas imperativas que se sobrepõem às vontades das partes. Essas normas têm como característica a imperatividade.

A norma estatal é protecionista, estabelece direitos irrenunciáveis, prevalecendo-se até sobre a vontade do próprio trabalhador, o que nos dias de hoje propala muita discussão.

Demonstram essa imperatividade os artigos 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

“Artigo 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha as disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Ou seja, as partes podem contratar, desde que, não violem a legislação trabalhista.

“Artigo 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

Neste artigo fica estabelecido que é nula qualquer alteração do contrato prejudicial ao trabalhador, mesmo que ele concorde com a cláusula. Assim se faz presente, mais uma vez, a imperatividade da norma trabalhista.

Em 1988 com o advento da Constituição Federal, o constituinte ainda opta por constitucionalizar o Direito do Trabalho ao dispor em seu artigo 7º e seus incisos sobre os direitos dos trabalhadores, fazendo com que se aumentasse a rigidez do sistema trabalhista brasileiro.

2. FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Historicamente e de um modo geral, uma visão protecionista do empregado sempre permeou o direito do trabalho, desde o seu surgimento (notoriamente em nosso país).

O Estado, a pretexto de proporcionar ou mesmo garantir um certo equilíbrio nas relações trabalhistas, interveio de forma ampla e bastante intensa, como vimos.

Este conjunto de atuações, por parte do Estado, inevitavelmente acabou por produzir reflexos. Com a economia globalizada a Europa começou a sustentar que o capital se movimenta independentemente das fronteiras dos Estados, fazendo surgir uma economia competitiva, com poucas regras e mais maleável.

Os europeus começaram a defender a idéia de flexibilização do Direito do Trabalho, pois a rigidez impede a globalização do capital, engessando o sistema.

Tem-se debatido a flexibilização das regras estatais, mesmo as protecionistas. Flexibilização significa torná-las menos rígidas, permitindo, diante de cada situação, maior dispositividade das partes na relação de emprego para alterar ou reduzir seus comandos.

A flexibilização, por outro lado, tem permitido a internacionalização do Direito do Trabalho.

Com a globalização, começa a ser destruída a idéia de Estado Nacional, uma vez que a característica da norma internacional é o surgimento de uma Jurisdição Internacional (Tribunais Internacionais).

Na Europa a idéia de flexibilização se desenvolveu mediante a convenção coletiva, ou seja, mediante tutela sindical. Nunca individualmente.

Atualmente começamos a desenvolver a flexibilização mediante tutela sindical (artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal), a exemplo temos o contrato com prazo determinado e o banco de horas (Lei n. 9.601/98).

Os Tribunais Trabalhistas resistem à idéia da flexibilização.

No entanto, há quem sustente a necessidade da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, pois as normas são excessivamente rígidas. O Direito do Trabalho deveria ter um papel secundário no controle dos conflitos sociais.

Destarte, o Direito do Trabalho “moderno” é o da intervenção mínima, em que o Estado deve reduzir o quanto possível sua ação na solução dos conflitos. Neste contexto, é que aparece a flexibilização, ou seja, a desregulamentação dos conflitos trabalhistas, restando ao Estado aquilo que seja efetivamente importante em âmbito de controle.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

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

Os princípios gerais de direito se apresentam, inicialmente, com a função de importante fonte subsidiária do Direito.

O Direito do Trabalho, como setor autônomo que é, dispõe, ao lado dos princípios gerais de direito comuns a outros ramos, de princípios especiais, que constituem as diretrizes e postulados formadores das normas trabalhistas e, concomitantemente, delas decorrentes.

3.1. Princípio Protetorista ou Princípio Tutelar

O Direito do Trabalho é direito com finalidade protetorista; assim, trata desigualmente as partes, protegendo a parte mais fraca, ou seja, o trabalhador, considerado hipossuficiente, aquele que precisa da proteção de alguém, aquele que não consegue prover seu sustento sozinho. O termo hipossuficiente não é utilizado de forma adequada, porque o trabalhador é inferiorizado. Todavia, é comumente visto pela doutrina e jurisprudência.

Essa desigualdade não pode ser exagerada. Procuramos por meio do tratamento desigual, igualar as forças entre empregado e empregador, buscando sempre o equilíbrio na relação jurídica.

O artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas revela o sentido do princípio ora em estudo. Há uma amplitude da proteção ao trabalhador sob os aspectos físicos, sociais e econômicos. Por exemplo: “Poderá o empregado rescindir o seu contrato de trabalho e pleitear a devida indenização se a empresa, após reiterada vezes punida, permaneceu exigindo serviços superiores às suas forças e, ainda, ocasionalmente, jornada além das oito horas normais.”¹

O princípio tutelar se estende nos seguintes princípios:

¹ TST, RR 2.993/86-0, Hélio Regato, Ac. 2ª T. 2.025/87

3.1.1. Princípio *in dubio pro misero*

Conforme o princípio *in dubio pro misero*, na dúvida entre as várias interpretações de uma norma, o intérprete deve preferir a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria proibitória.

Esse princípio, também denominado *in dubio pro operario* ou *in dubio pro pauper*, deriva do princípio da tutela, e como assinala Luiz de Pinho Pedreira da Silva, “tem como pressuposto uma única norma, suscetível de interpretações diversas, suscitando dúvida, que deve ser dirimida em benefício do empregado”².

3.1.2. Princípio da norma mais favorável

Em casos de pluralidade de normas aplicáveis a uma mesma relação de trabalho, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador.

No Direito Comum escolhemos a norma da posição superior para resolver conflitos de normas. No Direito do Trabalho, temos uma inversão da pirâmide hierárquica, ou seja, vai para o topo da pirâmide a norma mais favorável ao trabalhador. A aplicação desse princípio é autorizada pela própria Constituição Federal, em seu artigo 7º, *caput*.

“Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição.”

3.1.3. Princípio da condição mais benéfica

Envolve conflito de normas vigentes em épocas diferentes.

No Direito do Trabalho, o princípio da condição mais benéfica determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis; Exemplo: empresas estatais, na década de cinquenta, estabeleceram uma complementação de aposentadoria. Nas décadas de sessenta e setenta, porém, as empresas alteraram o regulamento e estabeleceram condições menos vantajosas a essa

² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*, p. 41.

complementação. Assim, *pergunta-se*: para quem se aposentar, qual condição deveria ser aplicada?

Resposta: A norma do momento da contratação, pois era a mais vantajosa (Enunciados n. 51 e n. 288 do Tribunal Superior do Trabalho). Traz correlação com o direito adquirido.

“Enunciado 51 do TST – Vantagens – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

Enunciado 288 do TST – Complementação dos proventos da aposentadoria – A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.”

Temos, então, a seguinte regra:

- ↯ aos contratos realizados antes da modificação, aplica-se a norma mais benéfica;
- ↯ aos contratos realizados após a modificação, aplica-se a norma do momento da contratação.

Decorre também, desse princípio, a regra da *Inalterabilidade do Contrato de Trabalho* (artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho). Assim, tem-se que a vontade das partes não poderá ser alterada em prejuízo do trabalhador, mesmo se este concordar.

3.2. Princípio da Irrenunciabilidade

A norma de direito do trabalho é imperativa, como já enfatizado, e se sobrepõe à vontade das partes, estabelecendo direitos indisponíveis, portanto irrenunciáveis. Não podem ser renunciados os direitos previstos nas normas imperativas (artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho). Visa proteger o trabalhador de atos de coação. É certo que, mesmo que o trabalhador consinta a renúncia a certo direito protegido pelas normas trabalhistas, seu consentimento será viciado. Temos vários exemplos que trazem o princípio da irrenunciabilidade implícitos em seu contexto: artigo 9º, artigo 468, artigo 477, §1º, artigo 487, §4º, todos da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Observação: Não devemos confundir *renúncia* com *transação*: enquanto a renúncia se refere ao direito já consagrado, a transação refere-se à dúvida sobre o direito desejado. A transação sempre é possível, a renúncia jamais.

3.3. Princípio da Primazia da Realidade

O princípio da primazia da realidade afirma que a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade. Para o Direito do Trabalho, importa a realidade objetiva, as condições reais, não sua forma.

Exemplo: uma pessoa foi contratada como autônoma, mas fica provado que ela era subordinada, então, trata-se de empregado e não de autônomo.

3.4. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

A continuidade da relação de emprego, embora não seja inflexível, posto que a Constituição de 1988 não consagrou a estabilidade absoluta do trabalhador no emprego, emana, inquestionavelmente, das normas sobre a indenização devida nas despedidas arbitrárias, independentemente do levantamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e do aviso prévio para a denúncia do contrato de trabalho proporcional à antiguidade do empregado.

Muitos outros princípios existem, mas destacamos os mais importantes.

4. FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

No sentido geral, fonte designa o princípio ou causa de onde provêm efeitos. Do ponto de vista jurídico, a fonte indica o modo, as formas e os meios pelos quais o direito se revela.

Entende-se por fontes, o processo de produção de regras jurídicas acolhidas pelo direito, incluindo o direito positivo escrito ou fundado nos costumes, ou mesmo, a vontade das partes numa específica relação que se submetem a determinados procedimentos.

Temos as fontes *diretas* que são as Leis, as Convenções e os Tratados Internacionais; modernamente as leis são fontes de direito por excelência.

As fontes *indiretas* são os costumes, a jurisprudência, a analogia, a equidade e a doutrina e, por vezes, o direito comparado. São as doutrinariamente conhecidas também como *fontes auxiliares*. Possuem grande aplicação no Direito do Trabalho, como em qualquer outro ramo do direito.

Fonte primária é a vontade. Vontade esta que é delimitada pelas fontes imperativas, a saber:

4.1. Fonte Material

São os valores morais, éticos, políticos, econômicos, religiosos. Valores existentes na sociedade, em um determinado momento, e que dão substrato ao Direito. Num determinado momento histórico dão conteúdo à matéria da norma jurídica. No Direito do Trabalho identificamos as fontes materiais no momento histórico.

4.2. Fonte Formal

São os instrumentos, meios pelos quais a norma jurídica se expressa; a fonte formal dá forma à fonte material, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito, ao indicar os documentos que revelam o direito vigente, possibilitando sua aplicação a casos concretos, apresentando-se, portanto, como fonte de cognição (lei, contrato, convenção, regulamento).

No Direito do Trabalho temos quatro espécies de fontes formais:

4.2.1. Fontes de produção estatal

São as normas emanadas do Estado – Constituição Federal, Consolidação Leis do Trabalho, legislação esparsa:

- ⚡ artigos 7º a 11 da Constituição Federal de 1988 (em regra, são normas auto-aplicáveis, de aplicabilidade imediata);
- ? leis ordinárias federais: a principal é a Consolidação das Leis Trabalhistas (Consolidação das Leis do Trabalho), que não é um código, mas uma reunião de leis esparsas;
- ⚡ outras leis ordinárias esparsas, a exemplo: repouso semanal remunerado – Lei n. 605/49; 13.º salário – Lei n. 4.090/62; fundo de garantia – Lei n. 8.036/90;
- ⚡ portarias administrativas, como por exemplo a Portaria n. 3.214/78 – segurança e higiene do trabalho, autorizada pelo artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.

4.2.2. Fontes de produção profissional

Também chamadas de fontes autônomas ou não-estatais, são normas criadas sem participação Estatal. Abarcam os usos, costumes e as convenções em geral ou negócios jurídicos.

Quem cria estas normas são os envolvidos na relação de trabalho.

São elas: convenção coletiva, acordo coletivo e regulamentos de empresa.

a) Convenção coletiva

Reconhecida no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelos artigos 611 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Convenção Coletiva é um acordo, tendo, portanto, como fundamento a vontade das partes, no qual os contratantes são: uma categoria de trabalhadores (profissional) e uma categoria econômica, sendo que ambas são representadas pelos seus sindicatos, ou seja, trata-se de um acordo entre sindicato de empregadores e sindicato de empregados.

As categorias profissional e econômica são entes genéricos despersonalizados, não têm personalidade jurídica, por isso devem sempre ser representadas pelos sindicatos.

IMPORTANTE: A convenção coletiva é instrumento normativo em nível de *categoria*. Alcançam os seus efeitos todas as empresas representadas pelo sindicato patronal. É destinada a resolver problemas na categoria. Regula matéria mais geral.

O sindicato não é parte contraente nem contratante, ele é representante. Somente poderá celebrar convenção coletiva se estiver autorizado pela assembleia da categoria. Possui o monopólio da representação e sua participação é obrigatória (artigo 8.º, inciso VI, da Constituição Federal).

Ressalte-se que a vigência da Convenção Coletiva é limitada, conforme dispõe o artigo 614, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, podendo ter prazo máximo de dois anos, o qual deve ser respeitado, pois caracteriza requisito de sua validade. A data do término de sua vigência, obrigatoriamente, deve constar do seu texto – artigo 613 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A convenção coletiva é fonte do Direito do Trabalho porque produz normas que vigorarão para as categorias participantes, como bem expressa a doutrina: “A convenção coletiva tem corpo de contrato e alma de lei”.

Em razão do prazo de vigência limitado das convenções coletivas, surgiu a discussão da possibilidade ou não da aplicação do princípio da condição mais benéfica para conflitos que envolvessem as convenções coletivas.

A jurisprudência tradicional defendia a aplicabilidade, mas o Tribunal Superior do Trabalho mudou essa posição na década de 90, fundamentando seu novo entendimento pelo caráter temporal das convenções coletivas. Devido ao prazo limitado da vigência da convenção coletiva não é possível aplicar o princípio da condição mais benéfica.

b) Acordo coletivo

Nosso sistema prevê também o chamado *acordo coletivo* que é o ajuste celebrado entre uma categoria profissional e uma empresa ou empresas, isoladamente; não envolve toda categoria. São ajustes feitos entre o sindicato dos trabalhadores e uma ou mais empresas. Observe que o lado patronal não atua com representação de seu sindicato.

IMPORTANTE: O acordo coletivo é instrumento normativo que envolve *uma ou mais de uma empresa da categoria*, mas não toda a categoria. É destinado a resolver problemas na empresa; envolve apenas o pessoal da empresa que fez o acordo coletivo com o sindicato dos trabalhadores. Regula matéria mais específica.

c) Regulamentos de empresa (internos)

Convenções coletivas e acordos coletivos são fontes bilaterais do Direito do Trabalho, enquanto o regulamento é fonte unilateral, isto é, o empregador (a empresa) é quem o estabelece, com normas administrativas internas e até benefícios para os empregados.

Devem, para sua elaboração, ser respeitadas as leis, e ainda, quando houver, devem respeitar também a convenção coletiva e o acordo coletivo. É o empregador produzindo norma trabalhista.

4.2.3. Fontes de produção mista

Da qual a norma é formulada em colaboração conjunta entre o Estado (que é representado pelo Judiciário – Justiça do Trabalho) e as partes, sendo que ambos atuam simultaneamente, isto é, emanam de contratos coletivos que ingressaram em juízo para serem decididos. Não é fonte de produção profissional porque há intervenção estatal e, ainda, não é fonte de produção estatal porque é provocada pela própria categoria.

Fonte de produção mista típica por sua natureza é o *poder normativo* que a Justiça do Trabalho possui. O artigo 114, § 2º, da Constituição Federal define o *poder normativo* como sendo aquele que é conferido aos Tribunais Trabalhistas para a solução dos conflitos coletivos do trabalho, por meio da criação de novas e mais benéficas normas e condições de trabalho, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao mesmo. Esse poder se materializa nas *sentenças normativas*.

Segundo a Constituição Federal em seu artigo 114, a Justiça do Trabalho é

competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Os dissídios individuais objetivam direitos subjetivos individuais de um empregado (dissídio individual) ou de vários (dissídio plúrimo).

Os dissídios coletivos objetivam direitos coletivos de um grupo ou de uma categoria profissional de trabalhadores. Podem ser de natureza jurídica ou econômica. Será de natureza jurídica quando contiver finalidade de dirimir alguma controvérsia sobre norma pré-existente, estabelecendo o real significado da cláusula de uma convenção ou acordo coletivo. Será de natureza econômica quando contiver finalidade de obter melhores condições de trabalho como jornada e salário, por meio de alteração de normas legais ou contratuais dos membros da categoria.

Nos dissídios individuais, a atividade da Justiça do Trabalho é jurisdicional (judicante). Nos dissídios coletivos, ao constituir normas e condições de Trabalho, sua atividade é legislativa (legiferante).

Caso não se chegue a um acordo pela convenção coletiva ou acordo coletivo, devido a um conflito econômico ou jurídico, qualquer categoria poderá instaurar o chamado dissídio coletivo. A Justiça do Trabalho proferirá uma sentença normativa que soluciona o conflito, criando, dessa forma, um direito.

Os dissídios coletivos só existem nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, em grau de recurso; ou seja, são de competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho (Consolidação das Leis Trabalhistas, artigo 678, inciso I, alínea “a”). Não podem ser processados perante órgãos de primeiro grau.

A Constituição Federal não estabeleceu limites para o exercício desse poder. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que esse poder normativo é limitado, pois, senão, poderia estar ferindo a cláusula pétrea da separação dos poderes. Porém, os Tribunais Regionais Trabalhistas não têm obedecido a orientação do Supremo Tribunal Federal, pois são defensores e adeptos do poder normativo.

Há divergências doutrinárias sobre o uso do poder normativo:

❖ *1.ª corrente* – defende o poder normativo: argumentam os que assim pensam que, em razão da fragilidade dos sindicatos brasileiros, os trabalhadores não conseguem conquistar direitos na convenção coletiva. O poder normativo é, assim, um instrumento importante para as categorias fragilizadas. É um instrumento pacificador, que evita greves prolongadas. Esta corrente apresenta como vantagens³:

³ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Lr, 1994, p.35-39.

- 1) *ausência de um sindicalismo forte no Brasil*: em decorrência dessa fragilidade, o poder de negociação se enfraquece, diminuem-se as greves e vantagens que se poderiam obter por meio de um acordo com o empresariado;
- 2) *necessidade social de superar o impasse na ausência de autocomposição*: quando as partes não entram em acordo pode surgir a greve, com conseqüências danosas para a sociedade. O interesse público impõe a intervenção estatal para solucionar e compor o litígio.

2.^a corrente – opõe-se ao poder normativo: argumentam que as categorias não se organizam e que as convenções não têm mais força, devido à existência desse poder. O poder normativo, assim, seria culpado pelo pouco desenvolvimento da convenção coletiva. Além disso, dizem que a solução da Justiça é artificial e pouco eficaz, quase nunca sendo cumprida. Por fim, arrematam sustentando que a Justiça não tem legitimidade para criar leis. Demonstram desvantagens⁴:

- 1) *enfraquecimento da liberdade negocial*: como há um Tribunal com poder para impor normas e condições de trabalho nos conflitos coletivos, diante de qualquer dificuldade na negociação direta as partes recorrem ao Tribunal, sem se esforçarem na autocomposição do conflito;
- 2) *desconhecimento real das condições do setor*: o aparelho estatal trabalhista não dispõe de meios técnicos que possibilitem os magistrados resolverem, satisfatoriamente, os dissídios coletivos que lhes são apresentados;
- 3) *demora nas decisões*: por existir esta via judicial de composição de conflitos coletivos, as partes se vêm estimuladas a usá-la e, com isto, os Tribunais se encontram abarrotados com dissídios coletivos, que acabam por ser julgados após a data-base da categoria. Havendo revisão, a demora se prolonga, o que se incompatibiliza com o dinamismo das relações trabalhistas;
- 4) *generalização das condições trabalhistas*: a Justiça do Trabalho cria e aplica a todas as categorias precedentes genéricos que abrangem toda classe obreira, ao invés de normas específicas relativas às condições especiais de trabalho em determinado segmento econômico. Isto se deve ao fato de haver um desconhecimento técnico do setor e à pressão do elevado número de processos a julgar, dentre outras.

Modernamente há uma forte tendência de se extinguir o poder normativo da Justiça do Trabalho, tendo os adeptos dessa corrente, como ponto forte, o argumento de que a negociação direta entre as partes na solução dos conflitos coletivos é mais democrática e mais condizente com a realidade econômica das categorias envolvidas.

⁴ op.cit.

4.2.4. Fontes de produção internacional

Regras emanadas da gestão internacional, por meio de tratados, os quais se dividem em: convenções e recomendações (em matéria trabalhista), que geralmente são genéricas e expedidas pela OIT - Organização Internacional do Trabalho.

Os Tratados Internacionais são submetidos a um processo de ratificação pelo Congresso Nacional para possuírem eficácia interna (artigo 49, inciso I, da Constituição Federal de 1988). O Brasil ratificou vários tratados. Depois de inseridos no ordenamento jurídico nacional, tornam-se leis federais.

5. HIERARQUIA DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

No sistema normativo o ordenamento jurídico se apresenta como um conjunto de normas. Várias são as normas: normas de competência, de organização, de conduta etc. Por esse motivo é necessário que se estabeleça uma correlação entre elas para que o sistema seja coerente.

Hans Kelsen ao desenvolver sua teoria apresenta uma construção bastante plausível para dirimir este problema. Para ele as normas jurídicas são dispostas por uma *pirâmide* que tem como vértice uma norma superior, (fundamental) da qual resulta a validade e o fundamento das normas inferiores de modo escalonado e sucessivo entre as mesmas.

No tocante ao direito do trabalho também vislumbramos uma hierarquização consoante a maior influência imperativa de cada uma delas. Ficam assim distribuídas:

a) fontes estatais e fontes internacionais, desde que estas sejam ratificadas pelo Estado em que vier a se aplicar, sempre observando a hierarquia que há entre elas mesmas (verticalização), ou seja, Constituição Federal, lei complementar, lei ordinária etc;

b) fontes mistas (sentenças normativas);

c) fontes profissionais (convenção coletiva, acordo coletivo, regulamento de empresa) e;

d) fontes auxiliares.

Ressalte-se que tal hierarquia não é em absoluto inflexível. Devemos sempre nos lembrar, concomitantemente, da aplicação do princípio protecionista, do princípio da norma mais favorável e, ainda, do princípio da condição mais benéfica.

Sujeitos da Relação de Emprego

1. EMPREGADOR

O empregador é pessoa física ou jurídica que utiliza, em caráter permanente, a energia pessoal de empregado(s), mediante subordinação e remuneração, visando a um fim determinado, seja este econômico ou não.

Teoricamente nenhuma dificuldade surge ao conceituarmos empregador. Na prática, há divergências doutrinárias sobre o critério que a Consolidação das Leis do Trabalho adotou para conceituar empregador, pois traz dificuldades emanadas da definição elaborada pelo seu artigo 2º, *caput* e § 1.º, que dispõem:

“Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

“§ 1.º- Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.”

Percebemos, pelo citado artigo, que empregador é a empresa que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. A empresa é o empregador. Há assimilação do sujeito *empregador* pelo objeto *empresa*.

As divergências doutrinárias aparecem no tocante à natureza jurídica da empresa.

Empresa, como objeto de direito, é uma universalidade de bens corpóreos e incorpóreos, organizados para atingir um fim econômico, não se confundindo com aquele que é o titular da empresa, o empreendedor, pessoa física ou jurídica.

Ao estabelecer que empregador é a empresa, o legislador proporcionou uma proteção maior ao empregado, porque, de certa forma, não importa para o Direito do

Trabalho o tipo societário da empresa ou quem é o seu proprietário (artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho) e, sim, a integralidade do contrato.

Como não bastasse a ficção equiparativa de empregador à empresa, o legislador teve que recorrer a outra; o parágrafo primeiro dispôs sobre o *empregador por equiparação*, dizendo ser também empregador aquele que contrata empregados ou os admite. Enquadram-se neste conceito, por exemplo, os clubes, sindicatos, igrejas, asilos, hospitais, advogados, dentistas etc. As possibilidades são acrescentadas pela doutrina e pela jurisprudência, pois o rol não é taxativo.

No tocante à Administração Pública, abrangendo a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, algumas idéias devem ser consideradas.

Anteriormente à Emenda Constitucional n.º 19, de 4.6.98, o artigo 39 da Constituição Federal/88 estabelecia que os entes supra mencionados eram obrigados a adotar um regime jurídico único a todos os seus trabalhadores, assim, deveria escolher entre os regimes administrativo, estatutário ou celetista (contratual).

Os administrativistas sempre afirmaram que o regime obrigatório era o estatutário.

A Administração Pública Federal (União) adotou o regime estatutário, Lei 8.112/90, portanto, este ente não figura como *empregador*. Caso a administração adotasse o regime celetista, aí sim, seria tida como empregadora.

No regime estatutário, o vínculo é unilateral (o ato que dá início é a nomeação). No regime celetista/contratual, a relação é bilateral (o servidor é contratado, ocorre manifestação bilateral de vontade). Mas, em ambos os casos, a Constituição Federal garante o ingresso por concurso público (artigo 37). Com a Emenda Constitucional n. 19/98, porém, alterou-se o artigo 39 da Constituição Federal de 1988, acabando com a regra do regime jurídico único obrigatório, estabelecendo um conselho de administração, o qual deverá escolher o regime jurídico dos servidores.

Atenção: Contudo, essa emenda não acabou com a regra do regime jurídico único.

Como dissemos, a Emenda Constitucional n. 19/98 acabou com a obrigação de a Administração ter que adotar o regime jurídico único, assim, ela pode ou não adotá-lo. Caso queira, também poderá adotar regimes jurídicos diferentes, podendo recrutar seus agentes por regimes jurídicos paralelos.

Foi aprovada recentemente a Lei n. 9.962/00, que autoriza a Administração Pública Federal a contratar pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (celetista). Nessas contratações, portanto, a Administração Pública é empregadora.

O artigo 41 da Constituição Federal trata da estabilidade do servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público que se verifica após

três anos de efetivo exercício no cargo. Pergunta-se: Esta estabilidade atinge os servidores sob o regime celetista ou somente os servidores sob o regime estatutário?

A livre exoneração somente é permitida para quem não for concursado (artigo 41 da Constituição Federal). A jurisprudência predominante, porém, não assegura a estabilidade ao servidor concursado que está sob o regime celetista. Os fundamentos são:

o regime da Consolidação das Leis do Trabalho tem o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), e este é incompatível com a estabilidade;

em razão do artigo 41 da Constituição Federal falar em nomeação e não em contratação, os contratados pelo regime celetista não possuem estabilidade.

O artigo 173, § 1.º, da Constituição Federal dispõe que as empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se, obrigatoriamente, ao mesmo regime da empresa privada, ou seja, seus servidores são contratados pelo regime celetista, logo, são empregadoras.

Por essa razão, a maior parte da jurisprudência entende que esses servidores não possuem a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.

Os administrativistas sustentam que quando a empresa estatal exercer atividade pública típica do Estado por concessão do Poder Público, como ocorre com a Companhia de Transporte de São Paulo, não está obrigada a obedecer a regra do artigo 173, § 1.º, inciso III, da Constituição Federal. Pode, contudo, adotar regime diferente do celetista. Parte da doutrina entende, porém, que as empresas de ônibus exercem atividade pública por concessão do Poder Público, sendo assim, elas poderiam deixar de obedecer o regime das empresas privadas.

1.1. Analisando o artigo 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho:

a) “Considera-se empregador a empresa,..., que, assumindo os riscos da atividade econômica...”

O empregador assume os riscos, o custo do negócio, seus lucros e prejuízos. Não pode transferi-los ao empregado. Assim sendo, o empregador não pode descontar do empregado, por exemplo, o seu uniforme, o cheque sem fundos que este vem a receber de forma enganada. O empregador tem responsabilidade por todos os gastos necessários ao empreendimento.

O empregado recebe salário e o produto do seu trabalho é do empregador.

b) “(...) admite, assalaria...”

A relação de emprego baseia-se num contrato individual de trabalho. Esse contrato de trabalho é oneroso. Por este motivo temos que no trabalho beneficente, gratuito, não há formação da relação de emprego.

c) “(...) dirige a prestação pessoal de serviços.”

Na relação de emprego, o trabalho é subordinado e o trabalhador presta serviços pessoais. Desta forma, é exigida a pessoalidade. O empregado terá que trabalhar conforme determinação do empregador.

O empregador possui o *poder de direção*, que se revela em três aspectos:

poder regulamentar: o empregador tem poder de estabelecer regras internas, unilaterais, porém, este regulamento interno não pode contrariar à lei;

poder fiscalizador: o empregador tem poder de estabelecer controle de qualidade, produção, assiduidade, pontualidade.

O empregador pode implantar câmeras (filmadoras) no local de trabalho, desde que não ofenda a intimidade do empregado. A revista do empregado é parte do poder fiscalizador. De acordo com a jurisprudência, desde que a revista não viole a dignidade da pessoa (que tenha certos limites), ela é permitida. Quando a revista violar esses limites, a jurisprudência entende que é um dos casos de reparação por dano moral;

poder disciplinar: é o poder de aplicar punição ao empregado.

A lei não estabelece quais punições poderão ser aplicadas; porém, o artigo 474 da Consolidação das Leis do Trabalho diz ser ilegal a suspensão superior a 30 (trinta) dias. O que implicitamente quer dizer que é legal a suspensão com desconto de salário inferior a 30 (trinta) dias.

São admitidas pela jurisprudência, como penalidades: a advertência verbal, escrita e a suspensão inferior a 30 (trinta) dias.

A punição deve atender o requisito da *imediatez*, sob pena de não ser considerada válida, caracterizando a demora em aplicá-la um perdão tácito. A punição deve ser proporcional à falta cometida.

Não se admite a duplicidade da punição, ou seja, duas punições para a mesma falta.

Pergunta: Quando provocado, pode o Judiciário interferir na graduação da penalidade dada pelo empregador ao empregado?

Resposta: A jurisprudência entende que o Judiciário não pode graduar a penalidade, pois sua graduação é parte do poder disciplinar do empregador. Se no caso

concreto o juiz entender que houve desproporcionalidade ele poderá invalidar a punição, mas não graduá-la.

1.2. Analisando o artigo 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho

1.2.1. Solidariedade no grupo de empresas

Quando duas ou mais empresas, com personalidades jurídicas próprias, formarem um grupo econômico, serão elas solidariamente responsáveis pelos contratos de trabalho mantidos com seus empregadores. É uma regra protecionista prevista na lei.

Na solidariedade, o devedor solidário responde por algo que não contraiu; e, como sabemos, a solidariedade permite que o credor cobre de qualquer um dos devedores solidários a dívida toda.

Nesse contexto encontramos o problema do grupo de empresas ser considerado empregador único ou não. Destacamos duas posições distintas:

1.ª posição – Teoria da Solidariedade Ativa:

O grupo de empresas é considerado um só empregador, assim, aquele que trabalha para uma empresa do grupo, na realidade, é empregado do grupo todo. Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho dispôs:

“Enunciado 129 - 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.”

2.ª posição – Teoria da Solidariedade Passiva:

O grupo de empresas não é considerado empregador único de todos os trabalhadores que integram a empresa. Aqui temos simples responsabilidade comum entre as empresas.

Nesse sentido, somente as empresas do grupo econômico que participaram da fase de conhecimento do processo de execução poderão ser executadas. Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho dispôs:

Enunciado 205 - Grupo econômico. Execução. Solidariedade - O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor,

não pode ser sujeito passivo na execução.”

Há grande divergência doutrinária e jurisprudencial com relação ao assunto, porém parece que está prevalecendo a 2ª posição.

1.2.2. Sucessão de empresas ou sucessão de empregador

O artigo 10 da Consolidação das Leis do Trabalho que visa a proteção dos direitos do empregado e, ainda, o artigo 448 do mesmo diploma legal, que leva em conta o contrato e, portanto, protege ambas as partes da relação de emprego, dispõem que quaisquer modificações na estrutura jurídica da empresa ou na mudança de sua propriedade não afetam o contrato de trabalho nem os direitos do empregado.

Na sucessão de empresas, o contrato continua em vigor. Devemos entender por sucessão de empresas qualquer alteração jurídica da empresa que:

modifique sua constituição e funcionamento como pessoa com direitos e obrigações;

modifique sua organização jurídica (a transformação em sociedade limitada em anônima, individual em comandita; fusão de duas ou mais sociedades; incorporação);

Enfim, qualquer mudança na propriedade da empresa.

Quem responde pelos direitos do contrato de trabalho é o sucessor. Ele responde inclusive pelos direitos relativos ao trabalho prestado pelo sucedido. O sucessor responde, ainda, pelos contratos terminados na época do sucedido (de empregado dispensado antes da entrada do sucessor). Responde também por contratos que estão em fase de execução.

Não é válida a cláusula ressaltando a responsabilidade do sucedido.

A única garantia ao sucessor é o direito regressivo contra o sucedido.

Importante ressaltar que a sucessão exige a continuidade da empresa (universalidade de bens corpóreos e incorpóreos).

1.2.3. Terceirização de serviços

Terceirização é a contratação, feita por uma empresa, de serviços prestados por outras empresas, ao invés daqueles que poderiam ser prestados pelos seus próprios empregados.

O Direito do Trabalho tradicional sempre procurou privilegiar o contrato de trabalho realizado diretamente entre tomador e trabalhador, sem a participação de terceiros, porém, a terceirização é muito comum, não sendo possível desconsiderar sua existência. As empresas que efetuam essas intermediações são chamadas pela doutrina de empresas interpostas.

A terceirização ainda é vista pela Justiça do Trabalho com grande cautela.

Nesse contexto, o Enunciado n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho fixa as seguintes regras sobre contratação da prestação de serviços entre as empresas:

a) Considera fraudulenta a intermediação de mão-de-obra quando ela ocorrer na *atividade fim* da empresa.

Atividades fins são as atividades inseridas na finalidade econômica essencial da empresa (com a exceção do trabalho temporário).

Como sanção anula-se o contrato de trabalho com a empresa intermediária e resgata-se a relação direta com o tomador.

b) Terceirização feita pela Administração Pública: se esta intermediação ocorrer na Administração Pública (direta, indireta ou fundacional), não ocorrerá a consequência jurídica do item a, ou seja, não ocorrerá o reconhecimento da relação de emprego entre tomador e empregado. Então, não se anula a relação jurídica do tomador, empresa interposta e trabalhador.

O Tribunal Superior do Trabalho entendeu que, no caso da Administração Pública, se a consequência fosse a anterior, estaria ferindo a regra do concurso público. Contudo, parte da doutrina entende ser esta orientação equivocada, pois na terceirização feita pela Administração há uma fraude sem consequência jurídica, e não admitir a sanção, não é proteger a regra do concurso público.

c) O Tribunal Superior do Trabalho reconhece ser legítima a terceirização dos serviços quando ela se der na *atividade meio* da empresa.

Atividades meio são as que estão em volta, as acessórias do empreendimento. Por exemplo: as metalúrgicas podem terceirizar o serviço de informática, fornecimento de refeição etc. Serviços considerados acessórios não estão inseridos na atividade fim da empresa. Nesse caso, o trabalhador presta serviço para o tomador, mas é validamente empregado da empresa terceirizada.

d) Na terceirização legítima o tomador não é empregador, mas terá uma responsabilidade subsidiária pelas dívidas trabalhistas da empresa terceirizada.

A jurisprudência assegura o cumprimento do crédito trabalhista na terceirização legítima.

3. EMPREGADO

O empregado é o sujeito da relação de emprego. Definido no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho como sendo “...toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

A doutrina definiu empregado como sendo a pessoa física que, com ânimo de emprego, trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem de quem recebe salário.

3.1. Elementos que Caracterizam o Empregado

Pessoa física.

Pessoalidade na prestação de serviços: o trabalho tem que ser realizado pessoalmente pelo empregado.

Receber salário: em trabalho beneficente não há relação de emprego.

Trabalho não eventual: o trabalho deve ser permanente, porém, não é necessário o trabalho diário. Basta ser uma relação permanente, contínua. O trabalho eventual esgota-se em uma única prestação. O trabalhador eventual não tem nenhuma proteção jurídica (nem previdenciária).

Subordinação: é o mais importante elemento caracterizador. Somente é empregado quem presta trabalho subordinado. Engloba a pessoalidade, continuidade, permanência do trabalho e remuneração.

3.2. Distinção Entre a Figura do Empregado e Outros Trabalhadores

3.2.1. Trabalhador autônomo

Pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não.

O trabalhador autônomo assume o risco do negócio (trabalha por sua conta e risco). Ele define como trabalhará, mas prestará conta do resultado (ao contratante, ou seja, para aquele que ele prestar seus serviços).

Assim, o autônomo distingue-se do empregado, pois este é subordinado e não assume os riscos do negócio.

3.2.2. Trabalhador avulso

O que caracteriza o trabalho avulso é que toda intermediação (contratar serviços, recrutar trabalhadores) é feita pelos sindicatos (os trabalhadores não precisam ser sócios dos sindicatos). É o trabalho típico na área portuária, é o trabalho dos estivadores.

O artigo 7.º, inciso XXXIV, da Constituição Federal e o artigo 12, inciso VI, da Lei n. 8.212/91 trazem as garantias aos trabalhadores avulsos.

Lembre-se, não devemos confundir:

| |
|---|
| Trabalho avulso: Atividade permanente |
| Trabalho eventual: “Bico”/ não permanente |

3.2.3. Trabalhador temporário

A Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, em seu artigo 2.º, dispõe ser o trabalho temporário “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”. Há intermediação de uma empresa fornecedora de mão-de-obra temporária.

O trabalho temporário só pode ocorrer em situações especiais, como expresso na lei:

Necessidade de substituição de pessoal regular e permanente. Por exemplo: licença do empregado.

Acréscimo extraordinário de tarefas. Neste caso, para atendê-las, contrata-se temporariamente. Por exemplo: contratações feitas pelas lojas no final do ano.

Nas duas situações, essas necessidades devem ser transitórias. O contrato de trabalho deve possuir prazo máximo de 3 (três) meses, excepcionando-se a hipótese em que houver autorização expressa do Ministério do Trabalho para prorrogação por mais 3 (três) meses como reza o artigo 10, da Lei n. 6.019/74.

Se não ocorrer uma das duas situações acima, ou se extrapolado o prazo de três meses, o contrato de trabalho temporário será anulado e deverá ser reconhecida a relação de serviço, desde o início, entre tomador e trabalhador.

São direitos do trabalhador temporário, enumerados na Lei n. 6.019/74 (ver artigo 12 deste diploma legal):

repouso semanal remunerado;

limitação da jornada a 8 horas por dia;

horas-extras;

férias proporcionais;

salário equivalente ao empregado efetivo na função;

adicional por trabalho noturno;

proteção previdenciária;

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Lei n. 8.036/90).

O trabalhador temporário não tem direito a:

13.º salário;

aviso prévio;

indenização pela dispensa - multa de 40% do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

3.2.4. Empregado doméstico

Não está regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas sim pela Lei n. 5.859/72 e artigo 7.º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Empregado doméstico é aquele que presta serviço de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou família, no âmbito residencial destas.

Entenda-se por âmbito residencial não só o interior da residência, mas também todas suas dependências, pois, como sabemos, o motorista, o jardineiro também são considerados empregados domésticos.

A atividade não lucrativa é que vai distinguir o empregado doméstico do empregado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Algumas considerações devem ser feitas com relação:

a) à diarista:

Grande discussão envolve o tema. A diarista, para parte da doutrina, é uma profissional autônoma. Por isso, a tendência dos tribunais é considerar que a diarista que trabalha na mesma residência uma ou duas vezes por semana, mesmo em dias específicos, não mantém vínculo empregatício. Nesse caso, o patrão não está obrigado a fazer o registro, recolhimento das contribuições mensais para a Previdência Social nem pagar outros benefícios previstos na legislação para a doméstica. Nesse sentido:

"Relação de emprego doméstico - Inexistência. Não configura relação de emprego doméstico a prestação de serviços de diarista realizada de acordo com as conveniências particulares do trabalhador, que, de forma autônoma, organiza suas atividades, de modo a compatibilizá-las com os serviços prestados a outras pessoas, além de impor condições de trabalho. (TRT - 12ª R - 2ª T - Ac. n.º 483/97 - Rel. Juiz Umberto Grillo - DJSC 18.02.97 - pág. 68)

Reforçando esta tese supra, somente será considerada trabalhadora autônoma a faxineira que trabalhe em dias da semana não específicos, sem a efetivação mais específica que tem a doméstica.

Essa interpretação, no entanto, não é unânime. Uma corrente que não é predominante entende que, se a diarista comparece sempre no mesmo dia da semana, existe a caracterização do vínculo empregatício. Isso porque, segundo a lei, o que determina o vínculo empregatício são a periodicidade, a jornada de trabalho e a subordinação.

Para estes, a faxineira que trabalha como diarista tanto pode ser considerada empregada doméstica (e assim ser registrada) como prestadora autônoma de serviço. A distinção entre as duas figuras jurídicas reside na *continuidade* da prestação dos serviços, cujo conceito é subjetivo. Vale dizer: o que hoje representa um trabalho eventual (autônomo), com o decorrer do tempo pode vir a transformar-se num trabalho contínuo. Essa é a razão por que, em cada caso, impõe-se o exame das peculiaridades de que se reveste a prestação do serviço.

b) ao vigia:

Quanto ao vigia de rua, a posição da Jurisprudência é controvertida. Dependendo para quem, e como é prestado seu trabalho, encontramos as seguintes possibilidades:

O vigia que recebe salário de cada morador (clientes que ele mesmo angariou) é considerado trabalhador autônomo;

O vigia que trabalha para um condomínio, ou seja, possui um grupo de moradores pagando para ele, será considerado empregado doméstico. Nesse sentido devemos entender que o âmbito residencial referido na Lei n.º 5859/72, projeta-se até suas imediações com relação à sua proteção.

“VIGIA DE RUA. EMPREGADO DOMÉSTICO. Nada impede que o trabalho seja prestado a uma coletividade. O vigia de rua constitui hoje realidade que não se pode negar, e assim também, o contrato de trabalho doméstico. O âmbito residencial referido na Lei n.º 5.859/72 projeta-se até suas imediações quando se cuida de protegê-lo
José Carlos Arouca,
Juiz Relator- acórdão n.º 20000544161- Proc.TRT/SP N.º 19990477763 recurso Ordinário - 58.ª Vara Trabalho/SP.”

Finalmente, se na rua a organização é de pessoas físicas (comércio), podemos dizer que a relação de emprego será regida pelo regime celetista.

São direitos dos empregados domésticos:

salário-mínimo;

irredutibilidade salarial;

13.º salário;

repouso semanal remunerado;

férias anuais, com adicional de 1/3;

licença gestante;

licença-paternidade;

aviso prévio;

proteção previdenciária;

aposentadoria.

Os direitos que os empregados domésticos não têm, são:

limitação à jornada de trabalho; sendo assim, ele não tem direito a hora-extra;

acesso a normas coletivas, convenções coletivas, dissídios coletivos;

Observação: O empregador tem a faculdade de incluir ou não o empregado no fundo de garantia.

Com relação às férias do empregado doméstico, a lei que trata do seu regime de trabalho (Lei n. 5.859/72) fala em 20 (vinte) dias úteis. A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece no artigo 130 um período de férias de 30 (trinta) dias corridos.

O entendimento predominante diz ser válida a Lei n. 5.859/72. A jurisprudência no caso de empregados domésticos tende sempre a ser mais restritiva, porém, há entendimentos diversos.

No tocante às empregadas gestantes, temos que:

Todas elas têm direito à licença-maternidade, que é o afastamento do trabalho por 120 dias com recebimento integral do salário.

Seu emprego tem garantia prevista no artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, a empregada gestante não pode ser dispensada sem justa causa desde a confirmação de sua gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

3.2.5. Empregado rural

Regulado pela Lei 5.889, de 08 de junho de 1973. Empregado rural é a pessoa física que em propriedade rural ou prédio rústico presta serviços com continuidade a empregador rural mediante dependência e salário. A doutrina prefere usar o termo subordinação.

Esta lei, que vem a ser o próprio Estatuto do Trabalhador Rural, é regulamentada pelo Decreto n. 73.626, de 12.2.1974, o qual, no artigo 3º, repete a mesma conceituação de empregado rural. A Constituição Federal, no artigo 3º (direitos sociais), equiparou os trabalhadores urbanos e rurais no tocante aos respectivos direitos,

Observação: A indústria rural (usina de cana-de-açúcar) é empregadora rural. Exceção: o empregado de escritório pessoal-administrativo na indústria rural é trabalhador urbano.

Algumas jurisprudências sobre o assunto:

Férias - Empregado rural - TST Enunciado nº 104

Prova testemunhal - Atividade rurícola - Benefício previdenciário - STJ Súmula nº 149

Salário-família - Trabalhador rural - TST Enunciado nº 344

Trabalhador rural - Adicional de insalubridade - TST Enunciado nº 292

Contrato de Trabalho

CONTRATO DE TRABALHO

Contrato de trabalho é um negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.

O contrato de trabalho dá início à relação de emprego.

São elementos do contrato de trabalho: a pessoalidade com relação ao empregado, a onerosidade, a continuidade, ou seja, a não-eventualidade e a subordinação.

Contrato de trabalho e relação de trabalho são a mesma coisa? O vínculo jurídico que une empregado e empregador pressupõe um acordo de vontades, expresso no *contrato individual de trabalho*, como vimos. Todavia trata-se de um contrato regulamentado, ou seja, seu conteúdo está em grande parte determinado por normas imperativas. Na maior parte das vezes a manifestação de vontade do empregado, se resume a um ato de *adesão* a condições prefixadas pelo empregador ou pela lei. Mas há possibilidade de um acerto sobre o trabalho (qualidade e quantidade) e salário, prestações essenciais.

Abalados com as restrições ao princípio da autonomia da vontade nesse vínculo jurídico, alguns autores negam a existência do contrato, substituindo-o pelo conceito da *relação de trabalho* e aqui se situam as teorias anticontratualistas.

A expressão *relação de emprego* é restrita à relação de trabalho subordinado. Ela corresponde ao contrato de trabalho, mas poderá existir simples relação de emprego quando o contrato é nulo, em atividades ilegais ou quando a contratação é proibida por lei, por exemplo nos órgãos públicos em funções que exijam a prévia aprovação em concurso público.

A expressão *relação de trabalho* é utilizada genericamente para todo o trabalho prestado a outra pessoa física ou jurídica, com ou sem subordinação jurídica.

Características do Contrato de Trabalho

1.1.1. Bilateral ou sinalagmático

No contrato unilateral, só uma parte se obriga; no contrato bilateral, temos a reciprocidade de direitos e obrigações.

O contrato de trabalho é bilateral ou sinalagmático, isto é, as partes se obrigam reciprocamente.

1.1.2. Trato sucessivo

O contrato de trabalho, por natureza, é um contrato de trato sucessivo, caracterizando-se, em princípio, pela idéia de continuidade da relação de emprego. É contrato de execução contínua. Ele não se exaure com o cumprimento de uma só prestação. A prestação de trabalho, no contrato, não é do tipo instantânea.

As prestações do contrato de trabalho são cumpridas sucessivamente. Assim, de regra, realiza-se sem determinação de prazo, sendo somente por via de exceção possível a sua predeterminação.

1.1.3. Comutatividade

Significa que o dever de um corresponde ao dever do outro. O empregado trabalhar e o empregador pagar. A estimativa da prestação, de ambas as partes, é conhecida desde o momento da celebração do contrato.

Traz a idéia de equivalência das prestações recíprocas. Comutatividade é uma expectativa da manutenção da equivalência das prestações inicialmente ajustadas.

O aumento de salário em face de promoção é obrigatório, tendo em vista a *comutatividade*.

A comutatividade não pode ser rompida em desfavor do empregado, somente em seu favor.

1.1.4. Consensual

É consensual, pois é uma manifestação de vontade das partes; se aperfeiçoa com o simples consentimento.

1.1.5. Não-solene

É um contrato não-solene, informal, ou seja, não existe forma especial prevista em lei para o contrato de trabalho, podendo ele ser escrito ou oral.

Não existe forma definida para o contrato de trabalho (artigos 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Para alguns contratos de trabalho, porém, a lei exige formalidade, como para os marítimos, temporários etc.

“ 1.2. Requisitos de Validade do Contrato de Trabalho

O Código Civil em seu artigo 104 dispõe que para que seja válido o negócio jurídico este deve apresentar os seguintes requisitos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

O contrato de trabalho, por ser informal, não exige forma prescrita em lei.

Apresenta somente os requisitos de capacidade do agente e licitude do objeto para se tornar válido.

1.2.1. Agente capaz

Nem todas as pessoas possuem capacidade para exercer direitos.

As regras de incapacidade do Código Civil valem para o contrato de trabalho, porém com algumas peculiaridades.

No Direito Civil, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos; são relativamente incapazes os menores entre 16 e 18 anos; e possuem capacidade plena os que atingiram 18 anos.

No Direito do Trabalho, com a Emenda Constitucional n. 20, o artigo 402 da Consolidação das Leis do Trabalho proíbe o trabalho do menor de 16 anos, salvo para os maiores de 14 anos na condição de aprendiz.

Hoje é, portanto, absolutamente incapaz para o trabalho o menor de 16 anos (*observação*: para menores, entre os 14 até os 16 anos, somente é permitido o trabalho de aprendiz).

Relativamente incapazes os menores entre 16 e 18 anos, pois poderão ser estes menores empregados com autorização do responsável legal.

A capacidade plena, nas relações trabalhistas, é atingida aos 18 anos.

Consoante o artigo 439 da Consolidação das Leis do Trabalho: “É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários”. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.

Temos que o menor entre 16 e 18 anos dependerá de autorização de seus responsáveis legais para efetuar contratos de trabalho ou sua rescisão.

No direito do trabalho, os absolutamente incapazes são representados em todos os atos do contrato de trabalho, e os relativamente incapazes devem ser assistidos, mas somente nos atos de contratação e rescisão, pois os demais atos realizados no curso do contrato podem ser praticados pelo menor relativamente incapaz, sem assistência. A ele é facultada a prática de alguns atos jurídicos trabalhistas sem perda da sua eficácia.”

1.2.2. Objeto lícito

O objeto do contrato de trabalho será ilícito quando o contrato possuir por objeto um trabalho proibido ou ilegal.

O trabalho é proibido, ou seja, o objeto do contrato de trabalho será ilícito em razão de uma norma de proteção ao trabalhador (aqui se enquadra o exemplo do menor entre 16 a 18 anos, que não pode trabalhar à noite, nem em trabalho insalubre).

Os contratos que possuem como objeto o trabalho proibido são inválidos, porém produzem efeitos jurídicos enquanto existirem; pois, caso contrário, o trabalhador acabaria sendo prejudicado. Portanto, declarada a invalidade, esta não retroage. O trabalhador terá direito a receber o que lhe for devido, por exemplo, férias, 13º salário,

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) etc. Essa aplicação peculiar decorre de uma norma protecionista do direito ao trabalhador.

No trabalho ilegal o objeto do contrato é considerado ilícito para proteção da sociedade. Por exemplo, pode ser citado o trabalho em clínica de aborto, o trabalho em cassino etc.

Parcela da jurisprudência e da doutrina vem entendendo que, nesses casos, a invalidade retroage, sendo o contrato inválido. Outra parte, porém, sustenta que pelo menos o salário deve ser pago, para evitar o enriquecimento ilícito, considerando o contrato válido.

São necessárias algumas diferenciações:

trabalho legal na atividade ilegal: por exemplo, o trabalho do garçom no cassino, da recepcionista na clínica do aborto. Nesses casos, a doutrina dominante vem entendendo que o contrato é válido. Há, porém, quem entenda que se a atividade que deu causa ao emprego é ilegal (por exemplo, aborto), o contrato é ilegal e não produz efeitos jurídicos;

Atenção: com relação ao trabalho prestado à Administração Pública sem concurso público, com exceção dos cargos de livre nomeação, são nulos e não produzem nenhum efeito jurídico; neste sentido, Enunciado 363 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu Artigo 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora. (redação dada pela Resolução nº 111/2002 DJ 11.04.2002).”

trabalho ilegal na atividade ilegal: por exemplo, o médico que realiza aborto. Nesse caso, o contrato é inválido, assim como orienta o Tribunal Superior do Trabalho:

“ Orientação Jurisprudencial da SDI (Subseção I) n. 199 do Tribunal Superior do Trabalho, que estabelece:

Jogo do bicho. Contrato de Trabalho. Nulidade. Objeto Ilícito. Artigos 82 e 145 do Código Civil.”

Atenção: parte significativa da jurisprudência está reconhecendo o contrato do anotador (empregado) do jogo do bicho, que se enquadra em trabalho ilegal na atividade ilegal.

Contrato de Trabalho por Prazo Determinado

É um contrato a termo final. O contrato extingue-se automaticamente no momento em que atinge o termo final. Quando o termo final é atingido, não há que se falar em demissão ou despedida, o contrato termina naturalmente.

Ressalta-se que a regra é o contrato por prazo indeterminado, sendo o contrato por prazo determinado a exceção. Com a flexibilização do contrato de trabalho, essa regra, porém, tende a mudar.

O artigo 443, § 2.º, da Consolidação Leis do Trabalhistas, limita as hipóteses de contrato de trabalho por prazo determinado. São elas:

atividade empresarial transitória;

serviço de natureza transitória;

contrato de experiência.

Observação: Não devemos confundir o contrato por prazo determinado com o trabalho temporário, pois, naquele não há nenhum tipo de intermediação de mão-de-obra como há neste.

1.3.1. Prazo de duração dos contratos com prazo determinado

Nas hipóteses de atividade empresarial transitória e serviço de natureza transitória:

O tempo de duração do contrato por prazo determinado é de no máximo dois anos (artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho), admitida uma prorrogação por igual prazo – desde que esta prorrogação, somada ao tempo anterior, não ultrapasse o limite de 02 anos, que é o máximo que ele poderá vigor (artigo 451 da Consolidação das Leis do Trabalho).

A intenção foi desestimular o uso dos contratos de trabalho por tempo determinado, tendentes a frustrar a continuação no emprego, a contagem do tempo anterior e o pagamento de indenização por despedimento.

Fala-se em prorrogação tácita, ou seja, a transformação de um contrato por prazo determinado em um por prazo indeterminado, quando o trabalhador continue a trabalhar além do prazo previsto. Entende-se que o contrato foi prorrogado tacitamente. Nos demais casos em que não houver cláusula expressa, não será admitida a prorrogação.

Nas hipóteses de contrato de experiência:

As partes terão um período para se avaliarem mutuamente. O contrato de experiência deve ser registrado na carteira profissional de trabalho.

Tem por prazo máximo 90 dias. É admitida uma prorrogação, porém o contrato e a prorrogação devem estar dentro do prazo de 90 dias. Por exemplo, contrato de 60 dias e prorrogação de 30 dias.

No término do contrato de experiência, o empregador não paga aviso prévio nem 40 % do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Nesse tipo de contrato, trabalhar depois de vencido o prazo implica, automaticamente, a conversão para contrato por prazo indeterminado.

1.4. Direitos dos Empregados Contratados por Prazo Determinado

Em se tratando de direitos, no contrato por prazo determinado, o empregado não recebe aviso prévio e a multa de 40% do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (que seria uma forma de indenização). Por outro lado, terá direito a férias vencidas e proporcionais com adicional de 1/3, a 13.º salário (integral ou proporcional) e a levantar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Lei n. 8.036/90).

É possível, em certas situações, o pagamento de indenização, quando ocorrer rescisão unilateral (por uma das partes) antes do termo final, casos em que o empregador dispensa o empregado antes do término do prazo determinado ou quando o empregado pede demissão antes do prazo determinado.

Quando o empregador dispensa o empregado, a indenização corresponde à metade dos salários do período restante do contrato de trabalho (artigo 479 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Quando o empregado pedir demissão antes do prazo, a indenização corresponde aos prejuízos causados ao empregador. Assim, necessário se faz ter havido prejuízo. Nesse caso, a indenização é limitada, possuindo como teto a metade do salário do período que faltava para o término do contrato (artigo 480 da Consolidação das Leis do Trabalho).

O artigo 481 da Consolidação das Leis do Trabalho traz a *cláusula assecuratória de rescisão recíproca nos contratos com prazo determinado*. Essa cláusula assegura às partes o direito de rescindir o contrato unilateralmente e antecipadamente ao término do contrato. Nesse caso, não haverá indenização nos contratos rescindidos antecipadamente. Assim, teremos uma rescisão na forma do contrato indeterminado; portanto, o empregado terá direito ao aviso prévio e à multa de 40%. Essa cláusula só é exercida se o contrato for rescindido antes do tempo, e ela deverá estar contida de forma expressa no contrato.

Em janeiro de 1998, foi aprovada a Lei n. 9.601/98, que foi a primeira lei a incorporar ao sistema brasileiro a flexibilização do Direito do Trabalho, admitindo o contrato por prazo determinado em algumas hipóteses.

Essa lei dá uma hipótese a mais àquelas do artigo 443, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. O contrato poderá ser por prazo determinado sem o cumprimento das hipóteses do dispositivo mencionado se cumpridas as exigências da Lei 9.601/98, como por exemplo:

contrato utilizado para aumentar o número de funcionários da empresa. Nesse caso, a finalidade da lei é combater o desemprego;

pode ser utilizado somente se houver autorização de acordo ou convenção coletiva pelos sindicatos.

As indenizações previstas nos artigos 479 e 480 da Consolidação das Leis do Trabalho estão afastadas nos casos de dispensa ou por rescisão antecipada. A indenização será fixada pelo acordo ou convenção coletiva. O empregador não terá que pagar multa de 40% e aviso prévio.

A Lei n. 9.601/98 estabelece uma redução do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em até 2% do salário (o normal é o depósito mensal de 8%), podendo ser superior a 2%, pois esse valor é o mínimo admitido.

Nessa lei, o sindicato passa a ter grande importância, pois exerce a função regulamentadora.

Essa lei também reduz em 50% as contribuições sociais, tais como as do SESC (Serviço Social do Comércio), SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) e o salário-educação. Só não reduz a contribuição previdenciária.

A redução, porém, só é permitida caso a empresa esteja em dia com as contribuições. O sindicato, nesse caso, não participa da negociação da redução do valor dessas contribuições.

Salário e Remuneração

1. SALÁRIO

A Consolidação das Leis do Trabalho não define salário, somente indica seus componentes e fixa regras de seu pagamento e de sua proteção. A relatividade da noção de salário dificulta a sua definição. Destacamos que, segundo Amauri Mascaro Nascimento, podemos conceituar salário da seguinte forma: “Salário é o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado não só como contraprestação do trabalho, mas também pelos períodos em que estiver à disposição daquele aguardando ordens, pelos descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força de lei.”⁵

Salário é a soma de todas as atribuições econômicas pagas diretamente pelo empregador ao empregado como contraprestação pelo trabalho realizado. É composto normalmente de parcelas fixas, denominada salário-base e também de parcelas variáveis, desde que pagas com habitualidade, denominada salário-composto, como, por exemplo: horas extras, prêmio e adicional noturno.

1.1. Salário Complessivo

Vale ressaltar, contudo, que não se admite em nosso ordenamento jurídico o *salário complessivo*.

Salário complessivo é aquele que engloba todos os valores recebidos sem discriminar seus fatores.

Exemplos:

1º) Empresa paga R\$ 1.200,00 pelo salário, já considerando as eventuais horas extras e adicionais.

2º) Comissionista recebe 2% a título de comissão sobre o produto que vender, já incluído o Descanso Semanal Remunerado (DSR). Referida cláusula é nula por força do Enunciado 91 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Enunciado 91: Salário Complessivo - Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.”

Há, ainda vários julgados nesse sentido, como o abaixo mencionado:

⁵ MASCARO NASCIMENTO, Amauri, Iniciação ao Direito do Trabalho, 28ª edição, Editora LTr, pág.339.

SALÁRIO COMPLESSIVO. INACEITAÇÃO. Para os empregados que percebem por semana, necessário se faz especificar no recibo salarial a parcela correspondente ao repouso semanal remunerado, uma vez que o Direito do Trabalho não admite o salário comlessivo. Recurso não provido. (TRT 13ª R- Acórdão num. 30454 - RO 2071/96 - Relator: Juiz Paulo Montenegro Pires - DJPB 10.11.96.)

No Brasil, o salário comlessivo foi utilizado sobremaneira na fixação de salário-comissão: o percentual ajustado seria destinado a cumprir o pagamento do serviço prestado e o da remuneração dos repouso compulsórios e os das horas extras. Por fim, a Justiça do Trabalho negou validade à cláusula.

Devemos alertar que a proibição do salário comlessivo não é uma regra absoluta, pois comporta exceções. São admitidas algumas hipóteses de salário comlessivo em nosso ordenamento, quando, por exemplo, estipulado em convenção coletiva ou contrato. Contudo, nesse sentido, quando um contrato estipulava uma comissão para os serviços prestados pelo empregado e outra para o repouso remunerado e os adicionais por ventura devidos, o Tribunal Superior do Trabalho concluiu pela sua legitimidade, desde que, efetivamente cubra as parcelas devidas.⁶

É o que ocorreu no caso dos motoristas de caminhão. Pela peculiaridade do trabalho foi fixado em convenção que se deve pagar 60 horas extras para o motorista de caminhão, independentemente de quantas horas-extras efetivamente ele fizer.

1.2. Participação nos lucros

A Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XI, dispõe como direito do trabalhador a: “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

A Convenção Coletiva da Categoria Bancária prevê o pagamento da participação no lucro e resultados desde 1995. Em 1997 o assunto era regulado por meio de medida provisória. Hoje a participação do lucro ou resultados é disciplinada pela Lei n.10.101, de 19 de dezembro de 2000.

Algumas mudanças ocorreram em relação ao tema. A medida provisória estipulava a forma de participação apenas se oriunda de acordo coletivo. A Lei n.º 10.101/2000 prevê, como válida também, a forma de participação por meio de negociação entre empresa e seus empregados, mediante comissão, escolhida pelas partes, integrada por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria ou por meio de convenção ou acordo coletivo.

⁶ Ac. Do TST, 3ªT., no RR-3.864/73, rel. Min. C.A.Barata da Silva, DJ de 5.6.74. No mesmo sentido, AC. da 2ª T., no RR-4.501/74, DJ de 2.5.75.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não é mais a participação no lucro e resultados considerada salário, sendo o Enunciado 251 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispunha em sentido contrário, cancelado.

“Enunciado 251- (Cancelado pela Res.33/94) - Participação nos lucros. Natureza salarial. A parcela de participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais.”

1.3. Ajuda de custo

É paga pelo empregador com a finalidade de cobrir as despesas do empregado, ou seja, é o valor que serve para reembolso das despesas gastas com a execução do trabalho. Consiste em uma indenização destinada a compensar as despesas de viagem, mudança e instalação do servidor que, no interesse do serviço, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente.

O empregado deve prestar contas e, caso tenha havido adiantamento no pagamento da ajuda de custo e haja sobra de dinheiro, deverá o empregado devolver a quantia não utilizada. Como dissemos, tem natureza indenizatória e, em princípio, não integra o salário, mesmo que ela ultrapasse 50% do salário, diferentemente da diária, como veremos a seguir.

1.4. Diária

É o valor fixo pago ao empregado.

O empregado não precisa prestar contas do valor recebido a título de diária ao empregador, como ocorre com a ajuda de custo.

O legislador para evitar que a diária fosse utilizada como salário, estabeleceu um critério objetivo, a saber: quando a diária for superior a 50% do salário fixo terá natureza salarial (na sua integralidade). Porém, se a diária for inferior a 50% do salário fixo terá natureza indenizatória. Nesse sentido o Tribunal Superior do Trabalho se pronunciou:

“Enunciado n. 101: Diárias de viagem. Salário. Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado.”

“Enunciado n. 318: Diárias . Base de cálculo para sua integração ao salário. Tratando-se de empregado mensalista, a integração das diárias ao salário deve ser feita tomando-se por base o salário mensal por ele percebido, e não o salário-dia, somente

sendo devida a referida integração quando o valor das diárias, no mês, for superior à metade do salário mensal.”

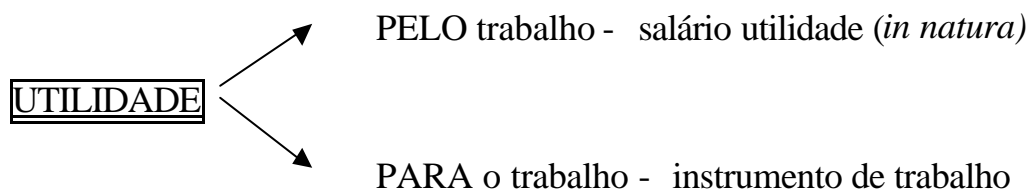
Como sabemos, não integram o salário: as indenizações e a ajuda de custo. Também é o que ocorre com as diárias e, ainda, com os benefícios e complementações previdenciárias, os recolhimentos sociais e parafiscais, os pagamentos dos direitos intelectuais e outros pagamentos que não são considerados salário, porque a lei assim dispõe.

Indenizações diferem dos salários pela sua *finalidade*. A indenização visa à reparação de danos ou ao ressarcimento de gastos do empregado.

2. SALÁRIO UTILIDADE (SALÁRIO *IN NATURA*)

Consoante artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho, as utilidades fornecidas pelo empregador ao empregado como contraprestação pelo trabalho realizado são consideradas salário *in natura*. Exemplo: alimentação, cesta básica, transporte. Serão computados no valor do salário, ou seja, integram o salário para todos os efeitos, inclusive quanto às contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) etc.

Quando a utilidade, porém, for fornecida para a realização do trabalho, sendo, portanto, *instrumento de trabalho*, não poderá ser considerada salário. Exemplo: fornecimento de uniforme, de ferramenta. Assim temos:



Pergunta-se: Moradia do zelador no prédio é salário ou instrumento de trabalho? A posição da jurisprudência quanto à residência do zelador no prédio oscilou bastante. Antes, existindo uso particular, era considerada salário. Hoje, a utilidade só é considerada salário quando não possuir nenhuma ligação para execução do trabalho, assim, a residência do zelador no prédio é considerada instrumento de trabalho.

Atenção: o vale-refeição é considerado salário (Enunciado n. 241 do Tribunal Superior do Trabalho). Em contrapartida, o vale-transporte não é salário.

“Enunciado 241: Salário-Utilidade. Alimentação. O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.”

2.1. Valor da Utilidade

As utilidades integram o salário quando fornecidas como contraprestação do salário. Devem ser calculadas pelo valor real, de acordo com o Enunciado n. 258 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Salário-utilidade. Percentuais. Os percentuais fixados em lei relativos ao salário *in natura* apenas pertinem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se, nas demais, o real valor da utilidade.”

O critério é calcular o valor da utilidade pelo valor que ela representa na porcentagem da composição do salário mínimo e incidir esse valor no salário do empregado. Essa é a posição da doutrina e da jurisprudência.

3. REMUNERAÇÃO

Nem todas as verbas que constam do holerite são salário. A remuneração tem caráter mais amplo e inclui tudo o que o empregado recebe como consequência do trabalho que desenvolve.

Entende-se por remuneração a quantia fixa estipulada (parcelas fixas e variáveis), como também, abonos, gratificações, diárias para a viagem que exceda a 50% do salário, comissões, percentagens e gorjetas. Ou seja, o significado do vocábulo *remuneração* inclui o salário indireto (gorjetas) e o salário direto pago pelo empregador (em dinheiro ou utilidades).

É importante distinguirmos salário de remuneração, pois alguns títulos contratuais são pagos com base na remuneração, como o 13.º salário, as férias, o FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço).

O aviso prévio, a hora extra, o adicional noturno e o adicional por insalubridade são pagos somente sobre o salário.

Significa dizer que, no cálculo do salário mínimo, pertinente a salário e não remuneração, não podem ser computadas as gorjetas que o empregado perceber; estas continuarão apenas sendo uma parcela da remuneração, independente do salário devido e pago pelo empregador.

No tocante ao cálculo da indenização por despedida injusta, dos depósitos para FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), dos proventos devidos durante as férias, das contribuições para a Previdência Social etc, computa-se a remuneração percebida pelo empregado, isto é, o salário pago pelo empregador e mais a *média* das gorjetas habitualmente recebidas de terceiros pelos serviços prestados na execução do respectivo contrato de trabalho.

Nesse ínterim, o artigo 39 da Constituição Federal que sofreu significativas modificações com a Emenda Constitucional n. 19/98 trata do regime de *remuneração dos servidores públicos*.

Referida remuneração poderá ter seu pagamento a título de vencimento, salário e proventos.

3.1. Vencimento

É o pagamento feito pela Administração Pública ao funcionário regido pelo regime estatutário.

Pela Emenda Constitucional n. 19 passamos a encontrar dentro da Administração Pública servidores remunerados com base no conceito de vencimentos e, ainda, os servidores remunerados com base no conceito de subsídio.

vencimentos: expressão que envolve o vencimento (salário base) acrescido das vantagens às quais os servidores tiverem direito; poderão ser pagos em várias parcelas;

subsídio: artigo 39, § 4º ? remuneração paga em parcela única; somente pago aos servidores relacionados no mencionado parágrafo, a saber: membro de poder, detentor de mandato eletivo, ministros de Estado e secretários estaduais e municipais (*Observação*: devemos também incluir os servidores policiais integrantes dos órgãos mencionados no artigo 144 da Constituição Federal - ver § 9º do mesmo artigo).

Independentemente do regime a que estiver submetido o servidor público, sempre terá como limite máximo o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, uma vez que este é o teto salarial da Administração Pública, o que vale também para os cargos cumulados.

3.2. Salário

Pagamento feito ao servidor contratado sob regime celetista.

3.3. Proventos

É o benefício pago pela Previdência ao inativo.

Princípios de Proteção ao Trabalho

1. PRINCÍPIO DO SALÁRIO IGUAL PARA TRABALHO IGUAL

Esse princípio consiste na aplicação do princípio da isonomia, que é importantíssimo para o Direito do Trabalho. Visa o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

O fundamento mais importante desse princípio é a proibição da discriminação injustificada. O art. 7.º, XXX, da CF proíbe a discriminação na admissão e no salário, e o art. 5.º da CLT reforça a proibição da discriminação salarial por motivo de sexo.

O nosso ordenamento jurídico definiu em lei o que é trabalho igual (art. 461 da CLT). Existe trabalho igual quando dois ou mais empregados exercem idêntica função, ou seja, diariamente executam as mesmas tarefas:

com igual produtividade e perfeição técnica;

com diferença de tempo de serviço não superior a 2 anos, na mesma empresa e na mesma função;

na mesma localidade. A jurisprudência vinha entendendo que mesma localidade deveria ser considerada como “mesmo município”. Porém, devido a Orientação Jurisprudencial n.º 252, do Tribunal Superior do Trabalho, a tendência dos tribunais é pela aplicabilidade do entendimento da mesma, que dispõe:

“252. Equiparação salarial. Mesma localidade. Conceito. Art. 461 da CLT. O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam a mesma região metropolitana.”

Para que haja diferença de salários, o empregador tem que demonstrar objetivamente que existe diferença de produtividade e perfeição técnica, esclarecendo

que, se a diferença de tempo de serviço de um empregado para outro for superior a 2 anos, eles podem receber salários diferentes.

Têm direito à equiparação salarial os trabalhadores que preenchem todos os requisitos e trabalham para o mesmo empregador.

O art. 2.º, § 2.º, da CLT diz que empresas que participam de um grupo econômico são solidariamente responsáveis. Partindo desse dispositivo, surge a seguinte indagação: pode o empregado indicar como paradigma outro empregado da mesma função e do mesmo grupo econômico para a equiparação salarial?

Há duas correntes: uma sustenta que, se as empresas pertencem a um grupo econômico, o empregador é o mesmo, portanto haverá equiparação salarial. Há solidariedade ativa. A segunda corrente, por sua vez, sustenta que a solidariedade é apenas passiva, e existe somente nas dívidas. Salienta que empregador é cada empresa e não o grupo econômico ao qual ela pertence. Não haverá equiparação salarial, portanto, nesse caso. Essa corrente está começando a predominar.

Essas regras de equiparação não se aplicam às empresas que tiverem os seus quadros de carreira organizados, porém esses quadros de carreira não podem violar regras constitucionais. Para terem validade, a jurisprudência exige que eles sejam homologados pelo Ministério do Trabalho.

O § 4.º do art. 461 da CLT trata do trabalhador readaptado em nova função por motivo de saúde. Ele não pode servir como paradigma para outros empregados da nova função, pois o seu salário continua sendo o da função antiga. O empregador não pode reduzir o seu salário. Ex.: o empregado é ferramenteiro e, por deficiência física, foi transferido para a portaria. Esse empregado continuará recebendo o mesmo salário que recebia como ferramenteiro.

A jurisprudência não vem admitindo a equiparação salarial no trabalho artístico, intelectual e entre advogados.

2. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

Esse princípio proíbe a redução salarial. Está prevista no art. 468 da CLT a inalterabilidade do salário, proibindo a alteração prejudicial, mesmo que o empregado concorde. Qualquer alteração nesse sentido é nula.

A irredutibilidade também está prevista no art. 7.º, VI, da CF, porém o constituinte previu uma flexibilização, dizendo que o salário é irredutível, salvo por convenção ou acordo coletivo. Nesse caso, é necessária a presença dos sindicatos para que possa haver a redução do salário.

Esse princípio protege o salário nominal, que é efetivamente o valor recebido, o número. Ex.: R\$ 500,00.

O princípio não protege o salário real, que consiste na relação existente entre o número do salário e o custo de vida. É o poder aquisitivo do salário. Ex.: se no período de 1 ano o salário for mantido em R\$ 500,00, o salário nominal não foi alterado. Se nesse período o custo de vida subiu 10%, o salário real sofreu diminuição.

Na época da inflação, tentou-se fazer com que esse princípio protegesse o salário real, porém isso não ocorreu.

3. PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE DO SALÁRIO

Esse princípio visa assegurar ao trabalhador o recebimento integral do seu salário, para dele dispor da forma que lhe convier.

O princípio está regulado pelo art. 462 da CLT e protege os salários contra os descontos abusivos do empregador.

Existem alguns descontos que são considerados legais. São eles:

- previdência;
- retenção do imposto de renda;
- imposto sindical/contribuição sindical;
- retenção da pensão alimentícia (art. 734 do CPC);
- contribuições sindicais, acordos e convenções coletivas.

Antigamente, a jurisprudência era pacífica em dizer que todas as contribuições deveriam ser obrigatoriamente descontadas.

O TST e o STF vêm entendendo que a contribuição sindical só pode ser descontada se o empregado aceitar, pois, se o empregado não for sócio do sindicato, ele poderá recusar.

A CLT autoriza o desconto causado pelo dano do empregado a título de dolo ou for proveniente de culpa, exigindo-se, neste último caso, uma autorização escrita do empregado.

Qualquer outro desconto salarial que viole o art. 462 da CLT é ilegal.

A Súmula n. 342 do TST orienta serem legais alguns descontos salariais com autorização prévia e por escrito do empregado, desde que não haja coação ou outro defeito que vicie o ato jurídico Ex.: plano de assistência médica ou odontológica.

4. PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL

Esse princípio protege o salário contra os credores do empregado e do empregador.

Dele decorre a regra da impenhorabilidade do salário prevista no art. 649, IV, do CPC, exceto se para pagamento de pensão alimentícia.

Têm surgido as seguintes perguntas: aplica-se esse princípio quando o salário é depositado em conta corrente? O banco poderá descontar tarifas de talão de cheque e saldo antes de o empregado retirar seu salário?

A Justiça Comum decidiu que o banco pode descontar. Parte da jurisprudência entende, porém, que não é possível, pois o banco é credor como qualquer outro.

Esse princípio também protege o salário contra os credores do empregador. Em caso de falência, o salário dos empregados é o primeiro crédito a ser pago (ocupa a primeira posição no concurso de credores).

O único crédito que se equipara ao salário na falência é a indenização por acidente de trabalho. Quem paga essa indenização, quando for decorrente de ato ilícito, é o empregador.

A Previdência Social tem responsabilidade objetiva no acidente de trabalho. Ela paga o benefício ao empregado (auxílio -doença, acidente).

A indenização devida pelo empregador é somente subjetiva, por ato ilícito. É essa a indenização que concorre com o salário na falência.

Compreende-se como ato ilícito do empregador o não cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

Na lei, não existe outro crédito que prefere ao salário e à indenização.

Obrigações do Empregado

1. JORNADA DE TRABALHO

O Direito do Trabalho nasceu da luta dos empregados pela limitação da jornada de trabalho. Calcula-se a jornada de trabalho por dois critérios:

- pelas horas de efetivo trabalho;
- pelas horas que o empregado permaneceu à disposição do empregador, trabalhando ou não.

O Brasil optou pelo segundo critério (art. 4.º da CLT).

2. REGRAS DE LIMITAÇÃO DA JORNADA

O art. 7.º, XIII, da CF limita a jornada de trabalho em 8 horas diárias e 44 horas semanais. Nada impede, porém, que, por contrato individual ou convenção coletiva, estabeleça-se uma jornada inferior, caso em que, ultrapassada essa jornada contratual, incidirá hora extra.

Algumas profissões têm jornadas especiais, diferenciadas.

6 horas diárias:

- Cabineiro de elevador (ascensorista) – Lei n. 3.270/57.
- Operador cinematográfico (pessoas que ficam na sala de exibição) – art. 234 da CLT.
- Telegrafista e telefonista – art. 227 da CLT. Esse artigo fala em telefonista de empresa de telefonia, porém a jurisprudência o estendeu a todas as telefonistas.

Hoje se discute se a operadora de telemarketing teria esse direito, porém a jurisprudência ainda não se definiu.

- Bancário (6 horas diárias em 5 dias da semana). Se o banco for, porém, terceirizado, a jornada é normal.

O art. 224, § 2.º, da CLT exclui dessa proteção os empregados de banco que exerçam cargo de chefia ou confiança e recebam uma gratificação funcional de no mínimo 1/3 do salário. Neste caso, a jornada será normal, ou seja, de 8 horas diárias e 44

semanais. O empregado do banco que deve cumprir 6 horas terá direito a hora extra a partir da 7.^a hora. Já o que exerce cargo de chefia ou confiança, terá direito a partir da 9.^a hora. O exercente de cargo com chefia bancária é o que tem efetivos poderes de distribuir, fiscalizar e controlar serviços de outros funcionários. Esse empregado receberá gratificação e terá jornada de 8 horas. Os empregados do banco com cargos de confiança alta (auditor) terão jornada de 8 horas. A jornada do advogado do banco também é de 8 horas.

3. JORNADA DE 6 HORAS NOS TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO (ART. 7.º, XIV, da CF)

Essa jornada é para o serviço realizado em turnos ininterruptos de revezamento de trabalho. O sindicato, porém, pode estabelecer uma jornada diferenciada. A doutrina entendia que essa regra valia para o turno ininterrupto, sem qualquer intervalo entre as jornadas. Se houvesse intervalo, seria de 8 horas. Surgiu uma outra corrente sustentando que a norma não se preocupou com o intervalo, mas sim com um sistema permanente de revezamento, gozando ou não do intervalo. O TST se manifestou a respeito e editou o Enunciado n. 360, em que diz que o intervalo não descaracteriza a jornada especial de 6 horas, assim todos os empregados têm direito a ele. Uma turma do TST contrariou o Enunciado. O STF, porém, o confirmou.

4. PRORROGAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO (HORA EXTRA)

No Brasil, a prorrogação da jornada de trabalho é admitida em qualquer situação. O art. 7.º, XIII, da CF admite a prorrogação, e o inc. XVI fixa o adicional de 50%. O art. 59 da CLT autoriza a prestação de horas extras por mero acordo individual ou por contrato coletivo. Estando prevista no contrato a prorrogação da jornada (hora extra), o empregado deve cumpri-la. Se, ao contrário, não constar no contrato, o empregado pode recusar-se a prestá-la. Se o empregado se obrigou a prestar hora extra e quiser desobrigar-se, deverá alterar o contrato. Neste caso, porém, o empregador poderá dispensá-lo. O limite da prorrogação é de 2 horas diárias. O art. 61 da CLT estabelece duas hipóteses em que a prorrogação é obrigatória, independente de acordo individual ou contrato coletivo, e pode ultrapassar o limite legal. São elas:

- serviço inadiável – o que não pode ser interrompido, pois, se interrompido, torna-se inútil. Ex. concretagem;
- por motivo de força maior – é o imprevisto. Ex.: explosão.

Nesses casos, a prorrogação poderá ser de até 4 horas, e o adicional é de 50% sobre o salário-hora.

A hora extra habitual integra o salário para efeito de férias, 13.º e outros.

Questão interessante surge ao se indagar se a hora extra habitual pode ser cortada pelo empregador, uma vez que isso reduziria a jornada de trabalho e conseqüentemente ocorreria a redução do salário.

O Enunciado n. 76 do TST possibilita a supressão das horas extras, mas o salário deverá ser mantido. Esse Enunciado, na prática, impedia a supressão de horas extras habituais. Esse Enunciado recebeu muitas críticas, então o TST editou o Enunciado n. 291, orientando no sentido de que podem ser suprimidas as horas extras habituais, reduzindo-se o salário, desde que seja paga uma indenização ao empregado. Essa indenização corresponderá ao valor médio mensal das horas extras, multiplicado pelos anos em que tais horas foram prestadas. Esse Enunciado também é muito criticado, uma vez que o TST criou uma indenização não prevista em lei.

Estamos, portanto, diante de um momento de indecisão, mas o Enunciado n. 291 tem sido utilizado com uma certa predominância.

1. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE HORAS

O regime de compensação de horas ocorre quando o trabalhador prorroga sua jornada em alguns dias e diminui em outros. Assim, a jornada não ultrapassa o limite legal. Nesse regime, o empregado não recebe hora-extra pela compensação.

A compensação está prevista no art. 7.º, XIII, da CF e art. 59, § 2.º, da CLT.

Anteriormente, o art. 59, § 2.º, da CLT utilizava a prorrogação semanal, de modo a não ultrapassar 44 horas na semana (módulo = semana). Não havia, nesse caso, necessidade de acordo coletivo, bastava o mero acordo individual entre empregado e empregador, podendo ser prorrogada a jornada de trabalho até o limite de 2 horas diárias. Esse artigo, porém, sofreu alteração. Nos últimos anos, começou a se debater a necessidade de estabelecer uma forma mais dinâmica da jornada de trabalho dos empregados. Surgiu, então, o banco de horas. A Lei n. 9.601/98, em seu art. 6.º, criou o banco de horas. Essa lei é a mesma que incorporou o contrato com prazo determinado. O banco de horas é uma forma de compensação. Inicialmente, essa lei determinou que a compensação poderia ser feita em 4 meses, sempre respeitando o limite de 2 horas diárias. Para o banco de horas, exige-se o acordo coletivo (há participação do sindicato).

O Executivo, pela Medida Provisória n. 1.952, aumentou ainda mais o módulo da compensação, passando para 1 ano, mantendo as 2 horas diárias.

Se ocorrer a rescisão de contrato dentro do prazo do banco de horas, o empregado receberá hora-extra. Se houver, porém, débito de hora-extra, o empregado não pagará nada.

Caso chegue ao final o banco de horas e haja crédito, a empresa pagará hora-extra. Se houver débito, parte da doutrina entende que pode ser prorrogado o banco de horas. Outra parcela doutrinária entende que o banco de horas não poderá ser prorrogado. A jurisprudência ainda nada decidiu a respeito.

Atualmente, o art. 159, § 2.º, da CLT traz o regime de compensação de 1 ano, havendo necessidade de acordo ou convenção coletiva.

O Enunciado n. 85 do TST (editado na época do regime semanal) afirma que se o regime de compensação de horas estiver irregular, sem o instrumento que a lei exige para autorizá-lo (agora acordo coletivo), o empregado terá direito ao adicional de hora-extra.

Ex.: o empregado trabalhou 8h e 26m por dia, de segunda a sexta. Os 26 minutos de cada dia ele receberá como adicional de hora-extra.

A Medida Provisória n. 1.952 criou o módulo anual e trouxe o regime de tempo parcial. O regime de tempo parcial foi criado pelo art. 58, “a”, da CLT, que estabelece um regime de trabalho em que a empresa contrata os empregados para um regime de jornada de até 25 horas semanais, pagando salário inferior, proporcional à jornada. Pode ser feito por contrato individual, que deve obedecer à forma estabelecida coletivamente.

O empregado que está em regime de tempo integral pode optar pela jornada de tempo parcial, desde que essa possibilidade esteja prevista no acordo coletivo, neste caso, haverá uma redução de salário. Nessas jornadas de tempo parcial, as férias serão diferenciadas

2. HORAS *IN ITINERE*

Estão previstas no Enunciado n. 90 do TST. São aquelas horas em que o empregado fica à disposição do empregador em condução por este fornecida, quando o local de trabalho é de difícil acesso ou não servido por transporte público regular. Nesse caso, essas horas *in itinere* são computadas na jornada de trabalho (podem acarretar horas extraordinárias).

Os requisitos para ocorrerem horas *in itinere* são:

- ser a condução fornecida pelo empregador;
- ser o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público regular.

Não é qualquer condução fornecida pelo empregador que caracteriza hora *in itinere*. Aplica-se, somente, na situação em que o empregado não tem acesso ao local de trabalho.

3. REGIME DE SOBREAviso

Está previsto no art. 244, § 2.º, da CLT. Esse regime é previsto para os ferroviários.

Os ferroviários têm plantões preestabelecidos em que ficam em suas residências aguardando convocação para o trabalho. Esses plantões podem ser de, no máximo, 24 horas. Cada hora de sobreaviso corresponde a 1/3 da hora do salário normal.

A jurisprudência, por analogia, estendeu essas regras a outras hipóteses de trabalhadores. Ex.: médico com bip/celular. Mas essa posição da jurisprudência começou a ser exagerada, percebendo-se que essa extensão era irregular, pois o ferroviário não tinha liberdade, ao contrário do médico/informático com bip. Foi editado, então, o Precedente n. 49, orientando no sentido de que o simples fato de o empregado portar bip não caracteriza o regime de sobreaviso. É preciso que ele tenha restrição da sua liberdade.

4. EMPREGADOS QUE NÃO ESTÃO ENQUADRADOS NAS REGRAS GERAIS DE LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO (ART. 62 DA CLT)

4.1. Empregados que prestam serviços externos sem fiscalização, sem controle do seu horário de trabalho

Nestes casos, não há incidência de hora-extra. Ex.: vendedor que faz vendas fora do estabelecimento, em outras cidades, caminhoneiro interestadual.

Qualquer fiscalização da jornada, ainda que indireta, exclui o empregado dessa exceção, voltando a se enquadrar na regra da limitação da jornada de trabalho. Ex.:

motorista interestadual que tem prazo pequeno para entregar a carga.

4.2. Empregados que Exercem Cargo de Confiança

São os empregados que têm poder de gestão, poder de administração, que representam o empregador. Não se submetem a qualquer tipo de controle. Não precisam ter mandato expresso. Para esses empregados, também não há incidência de hora extra.

Questão interessante surge ao indagar-se se o gerente do banco se enquadra nessa hipótese. A jurisprudência predominante entende que ele não tem poderes suficientes para isso, portanto teria uma jornada de 8 horas diárias. Caso o gerente tenha, porém, grandes poderes dentro do banco, pode ser enquadrado no art. 62, II, da CLT. O gerente de supermercado tem sido enquadrado nessa hipótese.

1. REGRAS ESPECÍFICAS DA JORNADA NOTURNA DE TRABALHO

1.1. Trabalho Urbano

É considerado noturno o trabalho urbano realizado entre 22:00 e 5:00h.
Por ficção jurídica, a hora noturna é reduzida para 52m30s.

Portanto, cada 7 horas de trabalho noturno são consideradas 8 horas trabalhadas. Assim, quem trabalhou das 22:00 às 6:00h tem direito a uma hora extra.

O art. 7.º, IX, da CF/88 diz que a remuneração do trabalho noturno deve ser maior que a do diurno. O valor da hora noturna é 20% superior ao valor da hora diurna.

Aquele que cumpre jornada mista terá as horas diurnas calculadas como diurnas, as horas trabalhadas no período noturno serão calculadas com o adicional de 20%, e 52m30s corresponderão a 1 hora.

A jurisprudência vem entendendo que, quando o trabalhador cumpre integralmente a jornada noturna, o que passar da jornada, mesmo já estando no período diurno, será considerado hora extra noturna.

Para determinar a hora extra noturna, faz-se primeiro o cálculo do adicional noturno e sobre ele se calcula a hora extra.

Se o empregador transferir o empregado do trabalho noturno para o diurno, poderá suprimir o pagamento do adicional noturno (Enunciado n. 265 do TST).

1.2.Trabalho Rural

É considerado trabalho rural noturno o realizado no período de:

se for trabalho na lavoura: 21:00 às 5:00h;

se for trabalho na pecuária: 20:00 às 4:00h.

No trabalho rural não há redução da hora (hora = 60 min.), porém, o adicional será de 25% (Lei n. 5889/73, art. 7.º).

1.3. Intervalos para o Descanso do Empregado

Existem 2 tipos de intervalos obrigatórios:

entre 2 jornadas: deve haver, no mínimo, um intervalo de 11 horas entre 2 jornadas (art. 66 da CLT);

intervalo semanal de 24 horas: trata-se do repouso semanal remunerado (art. 67 da CLT). O empregado descansa, mas recebe como se estivesse trabalhando.

A folga semanal se soma ao intervalo de 11 horas, que resultará em um intervalo mínimo de 35 horas (24 horas descanso semanal + 11 horas de descanso entre jornadas).

A folga semanal é paga como 1 dia de trabalho: parcelas fixas + variáveis (hora-extra habitual, adicional noturno).

No valor do trabalho mensal já está incluso o valor da folga semanal.

O empregado, para ter direito ao repouso semanal, tem que preencher alguns requisitos, previstos na Lei n. 605/49; são eles: assiduidade e pontualidade.

Caso o empregado tenha faltado injustificadamente, terá direito ao dia de folga, mas não receberá por ele. Os feriados são considerados repouso semanal remunerado. O empregado que faltar na semana do feriado não receberá nem o feriado nem o repouso semanal.

P.: E se o empregado trabalhar na folga semanal?

R.: Se o empregado recebeu uma folga (compensatória), o empregador não terá que pagar nada. Ex.: empregado trabalha domingo e folga segunda.

Sem a folga compensatória, o empregador deverá fazer o pagamento, do trabalho realizado na folga, em dobro (Lei n. 605/49).

Para o cálculo do pagamento em dobro, há duas correntes:

1.ª corrente: afirma que o empregado receberia 8 horas, que é a remuneração da folga, e mais 8 horas, que é a remuneração do trabalho;

2.ª corrente: diz que o empregado receberia 8 horas, que seria a remuneração da folga, e mais 16 horas do trabalho (total de 24 horas).

O TST, em seu Enunciado n. 146, orienta que o trabalho na folga semanal deve ser pago em dobro e não em triplo. Assim, ele confirmou a 1.ª corrente. A redação do enunciado, porém, deixou dúvida, pois fala que o *trabalho* deve ser pago em dobro. De fato, o pagamento em dobro do trabalho é defendido na 2.ª corrente.

Finalmente, a 2.ª posição começou a prevalecer e o próprio TST começou a confirmá-la.

E agora o Precedente n. 93 do TST confirmou o 2.º entendimento:

“O pagamento do trabalho na folga é em dobro, independentemente da remuneração da folga”.

1. INTERVALOS DURANTE A JORNADA – ARTIGO 71 DA CLT

O art. 71 da CLT disciplina o tempo de intervalo de descanso e refeição a que têm direito os empregados.

Todo empregado que cumpre jornada de 6 a 8 horas tem direito a um intervalo mínimo de 1 hora e máximo de 2 horas. Nesse período, o empregado não fica à disposição do empregador; não conta na jornada.

Caso no intervalo o empregado fique à disposição do empregador, esse tempo não será considerado intervalo.

O intervalo concedido em período inferior a 1 hora é tempo à disposição do empregador, entra na jornada. Apenas será considerado intervalo se a empresa tiver autorização do Ministério do Trabalho (art. 71, § 3.º, da CLT).

O limite máximo de 2 horas existe para que a jornada de trabalho não se estenda muito, evitando que o empregado fique muito tempo à disposição do empregador. Portanto, o que ultrapassar o limite de 2 horas é tempo à disposição do empregador e contará na jornada de trabalho.

É possível, em acordo coletivo com o sindicato, o empregador conceder intervalo superior a 2 horas.

A jurisprudência entendia, até 1994, que, se não fosse concedido intervalo, mas não houvesse prorrogação da jornada (p. ex., o empregado trabalha no período de 6:00 às 14:00 horas sem intervalo, ou seja, ele cumpriu uma jornada de 8 horas), não caberia o pagamento de hora extra.

Em 1994, porém, o art. 71 da CLT sofreu alteração e foi acrescentado o § 4.º, estabelecendo que a ausência do intervalo, mesmo que não cause prorrogação da jornada, importará no pagamento de hora extra referente a 1 hora. Ex.: empregado que trabalhou no período das 8:00 às 17:00 horas sem intervalo, perfazendo uma jornada de 9 horas. Causou 1 hora extra. Ex.: empregado que trabalhou no período das 6:00 às 14:00 horas sem intervalo, perfazendo uma jornada de 8 horas. Nesse caso, como a jornada foi de 08 horas, há discussão doutrinária se o pagamento da hora extra deve ser apenas o adicional, ou se será paga hora extra completa.

Nas jornadas de 4 a 6 horas, o intervalo é de 15 minutos. Nas jornadas inferiores a 4 horas, não há intervalo obrigatório.

Os intervalos não previstos em lei são considerados tempo à disposição do empregador, a não ser que haja previsão em acordo coletivo.

2. INTERVALOS ESPECIAIS – ARTIGO 72 DA CLT

Os serviços disciplinados no art. 72 da CLT, serviços permanentes de mecanografia, possuem um intervalo de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho.

O objetivo desse intervalo é evitar doenças como a tendinite.

3. FÉRIAS

A Constituição Federal, em seu art. 7.º, inc. XVII, prevê aos trabalhadores o gozo de férias remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal.

A CF não estabelece o período de férias.

O prazo de férias é estabelecido no art. 130 da CLT. Todo empregado que completar 12 meses na mesma empresa adquire direito a 30 dias de férias (12 meses: período aquisitivo).

Esse período de 30 dias pode ser reduzido, devido a faltas injustificadas (art. 130 da CLT):

até 5 faltas injustificadas no período aquisitivo: estão mantidos os 30 dias de férias;

6 a 14 faltas: 24 dias de férias;

15 a 23 faltas: 18 dias de férias;

24 a 32 faltas: 12 dias de férias;

mais de 32 faltas: perde o direito a férias.

A MP n. 1.952/2000 dispõe o período de férias para o empregado submetido ao regime de trabalho de tempo parcial (até 25 horas semanais) (art. 130 – A, CLT):

no regime de tempo parcial, o empregado que tiver jornada semanal superior a 22 horas até 25 horas: férias de 18 dias;

na jornada semanal superior a 20 horas até 22 horas: férias de 16 dias;

jornada semanal superior a 15 horas até 20 horas: férias de 14 dias;

jornada semanal superior a 10 horas até 15 horas: férias de 12 dias;

jornada semanal superior a 5 horas até 10 horas: férias de 10 dias;

jornada igual ou inferior a 5 horas: férias de 8 dias.

4. FÉRIAS DO EMPREGADO DOMÉSTICO

A Lei n. 5.859/72 prevê para os empregados domésticos um prazo de férias de 20 dias úteis. Não há violação à CF, pois essa estabelece o direito de férias, não o prazo.

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

1. DATA BASE DE FÉRIAS

A data base para o período aquisitivo de férias é a data da admissão.

2. ALTERAÇÃO DA DATA BASE DO PERÍODO AQUISITIVO DE FÉRIAS

O art. 133 da CLT enumera algumas hipóteses em que o empregado não terá direito a férias.

O empregado pode gozar o período de férias sem ter completado o período aquisitivo; nesse caso, no retorno do empregado ao trabalho, começa a contagem de novo período aquisitivo.

Outra alteração no período aquisitivo ocorre em relação ao benefício previdenciário auxílio-doença. O auxílio-doença pode ser comum ou acidentário. Os 15 primeiros dias da licença quem paga é o empregador e têm natureza salarial. A partir do 16.º dia, inicia-se o benefício do auxílio-doença.

Se o empregado gozar do benefício de auxílio-doença por seis meses ou mais, quando ele retornar do afastamento começará a contar novo período aquisitivo. O afastamento inferior a 6 meses não interfere em nada no período aquisitivo.

3. PERÍODO CONCESSIVO

O art. 134 da CLT prevê que as férias serão concedidas nos 12 meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito, ou seja, 12 meses após o período aquisitivo.

O empregador, dentro dos doze meses do período concessivo, pode escolher a época das férias.

O empregador pode dividir as férias, excepcionalmente, em dois períodos, desde que nenhum seja inferior a 10 dias, e é necessária a justificativa do empregado (art.134, § 1.º, da CLT).

O empregador deve comunicar o prazo de férias do empregado com 30 dias de antecedência; é o que está disposto no art. 135 da CLT.

Existem algumas exceções, ou seja, em alguns casos, o empregado pode escolher a data em que gozará as suas férias. São eles:

membros da mesma família, que trabalham na mesma empresa, terão direito a gozar as férias no mesmo período, se assim o desejarem e disso não resultar prejuízo para o serviço (art. 136, § 1.º, da CLT);

empregado estudante, menor de 18 anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares (art.136, § 2.º, da CLT).

4. DESRESPEITO AO PERÍODO CONCESSIVO DE FÉRIAS

Caso o empregador não conceda as férias ao empregado dentro do período concessivo, terá que, além de conceder as férias, pagar a remuneração em dobro (a remuneração das férias, não o adicional de 1/3); é o que dispõe o art. 137 da CLT.

Caso o empregador não conceda as férias, o empregado pode mover uma ação judicial específica para esse caso (art. 137, § 1.º, da CLT), na qual o juiz, na sentença, fixará a data de concessão de férias e estabelecerá uma multa de 5% do salário mínimo por dia de atraso em favor do trabalhador, por descumprimento da obrigação de fazer (art. 137, § 2.º, da CLT). Além disso, cópia da decisão judicial transitada em julgado será remetida ao órgão local do Ministério do Trabalho, para aplicação de multa de caráter administrativo (art. 137, § 3.º, da CLT).

5. FÉRIAS COLETIVAS

É possível o empregador estabelecer férias para todos os funcionários da empresa, em uma mesma data, independentemente do período aquisitivo de cada um. Trata-se das *férias coletivas*, previstas no art. 139 da CLT.

Nesse caso, o empregador comunicará ao Ministério do Trabalho, com uma cópia ao sindicato, com 15 dias de antecedência (art. 139, §§ 2.º e 3.º, da CLT).

O empregador pode dividir as férias coletivas em 2 períodos, não inferiores a 10 dias, e não precisa justificar (art. 139, § 1.º, da CLT).

Nas férias coletivas, o empregado que não tenha o período aquisitivo completo gozará, na oportunidade, férias proporcionais, iniciando-se novo período aquisitivo, gerando, assim, mudança da data base.

6. VENDA DE FÉRIAS

Não existe nenhuma hipótese em que é permitido ao empregado vender as férias, pois as férias são irrenunciáveis e a empresa (o empregador) que comprar as férias estará se arriscando a ter que concedê-las novamente.

O que o empregado pode fazer é converter 1/3 das férias em dinheiro – abono pecuniário (art. 143 da CLT). Nesse caso, o empregado descansa 20 dias, trabalha 10 e recebe 1/3 de seu trabalho. Recebe 30 dias de férias, mais 1/3 dos 30 dias de férias, mais 1/3 do abono pecuniário.

1. TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho pode ter o seu término de três formas: pela extinção, pela dissolução ou pela caducidade.

1.1. Extinção

O contrato por prazo determinado termina pela sua execução integral. Nesse caso, o empregado:

não recebe indenização (multa de 40% do FGTS);

não há aviso prévio a ser pago;

recebe as férias vencidas e proporcionais;

recebe o 13.º integral proporcional;

terá direito a levantar o FGTS (Lei n. 8.036/90).

1.2. Dissolução

Ocorre a dissolução devido à *ineficácia superveniente do contrato*.

A dissolução se dá quando o contrato não está integralmente executado e uma das partes interfere para seu fim.

São hipóteses de dissolução: a resolução e a rescisão ou resilição.

1.2.1. Resolução

A resolução do contrato ocorre quando aparecem os seguintes requisitos:

Inexecução contratual de um dos contraentes.

É exigido um provimento judicial que declarará a resolução do contrato— trata-se de uma sentença constitutiva.

Hipótese importante de resolução de contrato de trabalho é o inquérito para apuração de falta grave do empregado estável, previsto no art. 853 da CLT.

Na CLT havia a previsão de estabilidade decenal (art. 492), ou seja, aquele empregado que contasse com mais de 10 (dez) anos de serviço, na mesma empresa, adquiriria uma estabilidade absoluta e só poderia ser dispensado por motivo de falta grave ou força maior —comprovada por ação judicial. Posteriormente, foi criado um regime alternativo, o do FGTS, pelo qual o empregado poderia optar desde que renunciasse ao regime da estabilidade. O empregado já estável também poderia optar pelo FGTS.

Com o advento da atual Constituição Federal, o regime do FGTS foi generalizado para todos os trabalhadores. A Constituição Federal não recepcionou o regime da estabilidade decenal, que permaneceu apenas para aqueles que tinham direito adquirido.

Discute-se se o inquérito é necessário em caso de estabilidades provisórias. Ex.: mulher grávida, dirigente sindical etc. A jurisprudência vem entendendo que não é necessário no caso da mulher grávida, do acidentado de trabalho, do representante dos empregados na CIPA. Caso um desses empregados pratique falta grave, o empregador poderá dispensá-lo sumariamente.

Já, quanto ao dirigente sindical, a jurisprudência vem entendendo que é necessário o inquérito. O dirigente sindical possui estabilidade desde o momento da candidatura até um ano após o término do mandato. Nesse caso, só a sentença do juiz pode rescindir o contrato.

Recentemente, pela redação da Lei n. 9.958/00— que criou as comissões prévias de conciliação, formadas por representantes dos empregados e dos trabalhadores —,o

inquérito para resolução do contrato de trabalho desses representantes dos trabalhadores passou a ser exigido, em caso de falta grave.

1.2.2. Rescisão ou rescisão

Rescisão é a hipótese em que o contrato termina pela manifestação de vontade das partes. Pode ser manifestação bilateral ou unilateral.

A *manifestação bilateral* é o distrato (art. 1.093 do CC), que normalmente vem acompanhado de uma transação (arts. 1.025 a 1.030 do CC).

A transação não se confunde com o distrato. A transação é meio de extinção das obrigações decorrentes do contrato e, para ser válida, tem alguns requisitos específicos de validade: exige concessões mútuas e renúncia recíproca.

A transação faz coisa julgada entre as partes, portanto, o que foi transacionado não poderá ser discutido posteriormente na Justiça.

Questão interessante é saber se é possível a *transação extrajudicial* no âmbito do Direito do Trabalho. A jurisprudência é muito resistente, mas é uma resistência injustificada, pois não há nada que impeça a transação. Por isso temos hoje na Justiça do Trabalho vários processos para efetivá-la.

A Lei n. 9.958/00 criou as *Comissões Prévias de Conciliação*, com as seguintes características:

comissão paritária (empregador e empregado);

facultativa;

pode ser instituída no âmbito das empresas, sem participação do sindicato;

pode ser criada também no âmbito coletivo, com a participação do sindicato;

o representante do empregado tem garantia de emprego;

trata-se de instância prévia extrajudicial, alternativa, para solução dos conflitos.

Uma vez existente a comissão, nenhuma ação poderá ser proposta na Justiça sem antes ser analisada por ela. Trata-se de um pressuposto processual. É facultativa, mas, uma vez instituída, é uma condição da ação. Esse fato suscitou grandes controvérsias, pois restringiria o acesso à Justiça, tendo, inclusive, a OAB ingressado com uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

O termo de conciliação tem um valor de título executivo extrajudicial, portanto,

pode ser executado sem a ação trabalhista. Tem efeito de transação extrajudicial (eficácia liberatória), assim, quita-se o que se transacionou. É uma eficácia liberatória genérica, só não quita o que expressamente se ressalvou. A ressalva tem que ser específica, por isso ela é muito criticada.

A reclamação protocolada na comissão suspende o prazo prescricional, para interpor a ação trabalhista.

A *rescisão unilateral* ocorre devido à vontade de uma das partes. Se a iniciativa for do empregador, trata-se de dispensa, despedimento. Se a iniciativa for do empregado, trata-se de demissão.

A rescisão unilateral ocorre por uma declaração da vontade; ela se aperfeiçoa pela simples ciência, não havendo necessidade de aceitação; trata-se de direito potestativo de uma das partes.

Término do Contrato de Trabalho

1. DISPENSA

A dispensa é poder do empregador.

Na maioria dos países, o poder de dispensa imotivada do empregador não é ilimitado. O Brasil, porém, não seguiu esse caminho. Pelo art. 7.º, inc. I, da Constituição Federal, o Brasil adotou o sistema de dispensa arbitrária por meio do pagamento de indenização. Assim, não há regra genérica de estabilidade do trabalhador no emprego.

O Brasil está isolado nesse sistema, pois a Organização Internacional do Trabalho não o aceita. Os tratados internacionais também são contra tal sistema. Devido a esse fato, o Brasil foi obrigado a renunciar à Convenção 158, para não ter que declará-la inconstitucional.

1.1. Indenização na Dispensa

Multa de 40% do FGTS: Art. 10, inc. I, ADCT; Art. 18, § 1.º, Lei n. 8.036/90.
Essa multa de 40% recai sobre todos os valores depositados decorrentes do contrato, mesmo sobre o valor que já foi sacado.

Aviso prévio: Trata-se de uma comunicação prévia da dispensa. Está disciplinado nos arts. 487 e 488 da CLT. O pagamento do aviso prévio indenizado é computado como tempo de serviço.

Férias: O trabalhador recebe o valor das férias com um aumento de 1/3 sobre o salário.

13.º Salário.

FGTS: O trabalhador terá direito a levantar o FGTS.

Em algumas situações, o empregado recebe uma indenização adicional de um salário. Ocorre quando o empregado é dispensado no trintídio que antecede a data de aumento salarial anual.

1.2. Pedido de Demissão

Caso o empregado peça demissão, deverá conceder o aviso prévio ao empregador. Caso não o conceda, o empregador poderá descontar o valor do aviso prévio em outras verbas que o empregado tenha a receber.

O empregado sempre terá direito à remuneração de férias vencidas (são as que se referem ao período aquisitivo de 12 meses e ainda não foram concedidas ao empregado), não importando o motivo que ocasionou o término do contrato de trabalho.

Também terá direito às férias proporcionais, *desde que tenha mais de 1 ano de serviço*, com o acréscimo de 1/3 (TST, Enunciado n.328). Porém, se o empregado não tiver completado um ano no mesmo emprego e pedir demissão não fará jus às férias proporcionais (TST, Enunciado n.261)

Receberá também o 13.º salário.

1.3. Aposentadoria

Por tempo de serviço.

Por idade.

Questão interessante surge ao indagar se, nesses casos, a aposentadoria é forma de rescisão do contrato de trabalho. Até 1991, a aposentadoria era considerada forma de rescisão do contrato de trabalho – art. 453 da CLT. Se o empregado, após a aposentadoria, continuasse na empresa, iniciaria um novo contrato de trabalho. Em 1991, a Lei n. 8.213, que trata do plano de benefício da Previdência Social, estabeleceu

que não é mais necessário o empregado se desligar do serviço para se aposentar e continuar no trabalho. Se o empregado continuar na empresa, mesmo já aposentado, e se a aposentadoria não rescindir o contrato de trabalho, a multa de 40% recairá sobre todo o período (antes e depois da aposentadoria).

A jurisprudência, a respeito da aposentadoria rescindir ou não o contrato, está dividida.

1.4. Dispensa por Justa Causa

Trata-se da dispensa por falta grave.

O rol do art. 482 da CLT, que dispõe os casos que constituem falta grave, é taxativo.

Para se caracterizar a dispensa por justa causa, devem ser preenchidos os seguintes requisitos:

Imediatividade: a dispensa deverá ser imediata, caso contrário, estará caracterizado o perdão.

Gravidade: a falta deve ser grave.

Causalidade: trata-se do nexo causal entre a falta e a dispensa.

Duplicidade de punição: esse é um requisito negativo. Deverá estar ausente, pois não pode haver duplicidade de punição.

1.4.1. Principais atos que caracterizam as faltas graves, contidos no art. 482 da CLT

Ato de improbidade: é o ato desonesto.

Incontinência de conduta ou mau procedimento: essa conduta inclui desvio sexual, conduta imoral (no local de trabalho). Em casos muito especiais, essas condutas, mesmo fora do local de trabalho, podem culminar na demissão por justa causa. O mau procedimento, por ter caráter subjetivo, acaba se tornando “válvula de escape” para as despedidas.

Indisciplina e insubordinação: a indisciplina é a desobediência às normas gerais da empresa; a insubordinação é desobediência a norma específica dada ao empregado.

Desídia: é a negligência do empregado no serviço.

Embriaguez: a embriaguez habitual, mesmo fora do serviço, pode caracterizar a falta grave. No serviço, não precisa ser habitual. Se, todavia, o alcoolismo for comprovado, a jurisprudência tem entendido que afasta a falta grave, sendo caso de tratamento médico.

Abandono de serviço: não há prazo fixado em lei; a jurisprudência fixa em 30 (trinta) dias. Súmula n.32 do TST.

Ofensas físicas ou morais.

Prática de jogo de azar no local de trabalho (bingo, bolão).

O art. 508 da CLT trata da falta grave do empregado bancário.

Os arts. 14 e 15 da Lei n. 7.783/89 (Direito de Greve) dizem ser direito do empregado praticar greve. Mesmo sendo a greve ilegal, a participação pacífica não constitui falta grave. A prática de atos abusivos durante a greve, contudo, é falta grave.

Se a Justiça do Trabalho, em dissídio coletivo, julgar a greve ilegal e o trabalhador continuar em greve, ficará caracterizada a falta grave.

1.5. Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho

Está prevista no art. 483 da CLT.

Se empregador cometer falta grave, o empregado poderá entrar com ação de rescisão indireta – comprovada a falta do patrão, o empregado terá direito a receber tudo o que receberia em uma dispensa sem justa causa.

As faltas graves patronais são:

Exigir do empregado serviços superiores às suas forças (é muito importante em relação à mulher grávida).

Tratar o empregado com rigor excessivo.

Expor o empregado a mal considerável. Diz respeito ao empregador que não adota medidas de proteção aos riscos.

Não cumprimento das obrigações do contrato.

Atraso salarial.

Não conceder férias.

Reduzir produção para reduzir salário.

Pagamento de salário depois do prazo, por três meses seguidos.

2. CADUCIDADE

É o término do contrato em razão de um evento natural.

É o caso da morte do empregado.

Os dependentes do empregado, na Previdência, recebem o FGTS, as férias e o 13.º salário.

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

Princípios e Singularidades do Processo do Trabalho

CONCEITO

O Direito Processual do Trabalho é um conjunto de *regras e princípios* que tem por finalidade solucionar os conflitos individuais e coletivos do trabalho, disciplinando as atividades das partes, dos procuradores e da organização e funcionamento da Justiça.

As *regras* abrangem as normas constitucionais, as inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho, as do Código de Processo Civil, os diplomas esparsos e os demais códigos e regras aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho.

Os *princípios* são vetores, caminhos, causas primárias e proposições que arrimam e sustentam o ordenamento jurídico e a sua plena concretização. Os princípios servem para a aplicação correta das normas e para a consecução do sistema e da própria justiça nas lacunas do ordenamento.

Vamos diferenciar os princípios das peculiaridades e das técnicas. Os primeiros estão acima explicados e dizem respeito a todo o sistema processual. As peculiaridades completam os princípios, visando a cada sistema, cada ramo do Direito. Podem redundar numa forma específica de aplicação dos princípios gerais e/ou dos novos princípios. Princípios próprios, que, de qualquer modo, não contrariam os princípios gerais. Já as técnicas dizem respeito ao procedimento, um estágio dinâmico do processo no qual são aplicados os princípios e as peculiaridades.

2. PRINCÍPIOS

Entre os princípios temos: formalismo, celeridade, dispositivo, inquisitivo, oralidade, concentração, eventualidade, livre convicção, *jus postulandi*, publicidade, lealdade processual, eventualidade e conciliação. A doutrina, às vezes, menciona um ou outro nome para o mesmo princípio, contudo, basicamente há concordância com as denominações acima descritas.

2.1. Formalismo

Os atos e as formas processuais somente dependem de forma determinada quando a lei assim exigir expressamente, reputando-se válidos aqueles que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. É o que diz o art. 154 do Código de Processo Civil.

O processo, normalmente, é submetido a regras precisas e coordenadas dentro de um todo lógico. As formas propostas pelo legislador devem ser obedecidas. Observa-se que a forma se destina a alcançar um fim. O processo é essencialmente instrumental e só tem razão de ser quando serve à Justiça. A existência de formas processuais evita a confusão, a desordem e o eventual arbítrio do juiz.

2.2. Celeridade

Caracteriza-se pela busca de um processo mais rápido, sem prejuízo da aplicação de outros princípios. Uma das concretizações desse princípio é a existência da chamada audiência única, com as fases processuais acontecendo numa única sessão: fase postulatória, fase instrutória e fase decisória. Vincula-se o princípio da celeridade processual ao da concentração e ao da oralidade, todos cooperando para que o processo aconteça de forma célere.

2.3. Dispositivo

Sem o princípio dispositivo não haveria processo, porque este se inicia com a ação e esta é iniciativa da parte, do interessado, uma vez que a Justiça é inerte. O princípio dispositivo diz respeito à iniciativa dos interessados que dispõem de seus próprios atos, acionando ou não a Justiça e, quando a lei assim determina, movimentando ou não o processo. Está ligado à autonomia da vontade. Também, em virtude desse princípio, o juiz deverá decidir sobre aquilo que foi alegado pela parte. Não que a vontade da parte predomine, mas essa vontade é fundamental para provocar a prestação jurisdicional.

2.4. Inquisitivo

Também chamado de inquisitório, nele prevalece a iniciativa do juiz na direção do processo e, em algumas situações, na condução da prova. Embora o princípio dispositivo sempre exista em todos os processos, no processo do trabalho prevalece o princípio inquisitório. Depois de acionada a justiça, o juiz conduz o processo até o final, ainda que as partes não mais se manifestem. O art. 848 da Consolidação das Leis do Trabalho é um exemplo da concretização desse princípio: “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”. O dispositivo em análise não se coaduna com a realidade atual do processo do trabalho no que se refere ao “presidente” e ao “juiz temporário”, uma vez que, com a saída dos classistas, o juiz que agora subsiste é o de Direito, não presidindo mais o órgão jurisdicional, porque não se trata mais de Junta e sim de Vara do Trabalho; é, pois, o juiz do trabalho, pura e simplesmente. Como não há mais o juiz classista, não se pode falar em juiz temporário.

Afora essa análise, é fato que na Justiça do Trabalho as partes são interrogadas pelo juiz, não existindo depoimento requerido pela parte contrária, embora isso normalmente aconteça nas petições iniciais e nas defesas.

2.5. Oralidade

O princípio da oralidade é caracterizado sob quatro aspectos que, reunidos, dão substância a esse princípio: prevalência da palavra falada, imediatidade do juiz com as partes, identidade física do juiz com o processo e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Tudo isso faz com que a concentração dos atos processuais ocorra de forma mais efetiva. Na prática, desvirtuando-se a intenção do legislador e a orientação desse princípio, vemos a prevalência da palavra escrita. (Está claro que não há proibição de que se peticione e de que se escreva sempre nos autos, mas a escrita deveria ser deixada para casos estritamente necessários ou para quando a lei determinasse.)

Interessante notar alguns artigos que são a incorporação do princípio da oralidade: art. 847 – “Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes”; e art. 850 – “Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o Juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e, não se realizando esta, será proferida a decisão”.

2.6. Concentração

Esse princípio, de certo modo, já restou evidenciado. Estabelece a concentração de todos os atos do processo em uma mesma audiência, isto é, a postulação do autor, a resposta do réu, as provas, as razões finais e, finalmente, a sentença. É o que se deduz da legislação aplicável. Quando puder, o juiz deve buscar concentrar todos os atos numa mesma audiência, evidentemente, sem prejuízo da verdade e sem cercear a atuação das partes.

2.7. Eventualidade

Pelo princípio da eventualidade, o autor deve requerer todo o seu direito na inicial e o réu deve exaurir na defesa toda a matéria. O momento processual para a reprodução da prova necessária também ocorre em audiência: o reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados de suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

2.8. Livre Convicção

A livre convicção diz respeito ao juiz. É a persuasão racional: art. 131 do Código de Processo Civil – “O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Assim, o julgador está livre para dar a sua decisão, apenas devendo obediência à sua própria consciência. Não poderá, entretanto, decidir de forma desvinculada do processo. A fundamentação da sentença ou de qualquer decisão interlocutória deve ter base nos autos e na lei (se tais parâmetros forem desrespeitados, haverá a nulidade do julgado ou a sua reforma).

2.9. “Conciliação”

A conciliação foi elevada à categoria de verdadeiro princípio, tal a importância no processo atual. A tentativa de conciliação sempre deve vir em primeiro lugar. Quando as partes transacionam, quando chegam a um acordo, a justiça realmente acontece, porque a decisão judicial, por mais sábia, sempre contraria interesses. Além do mais, é preferível que uma disputa seja resolvida pela boa vontade dos litigantes do que pela interferência do Estado. Observe-se o seguinte artigo: art. 764 – “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”.

2.10. Publicidade

Esse princípio garante a transparência para os atos jurisdicionais e para as audiências públicas, a possibilidade de se examinarem os autos, a possibilidade de se fiscalizarem os atos da parte contrária, dos procuradores e do juiz, a possibilidade de pedir certidão dos processos etc., salvo o caso de segredo de Justiça.

2.11. Lealdade Processual

É dever das partes e de seus procuradores o comportamento adequado nas audiências e quando se manifestem nos autos, sem o uso de meios artificiosos, dolosos, alterando a verdade dos fatos, provocando incidentes infundados, agindo de modo temerário ou desvirtuando o caminho da Justiça. Diz o art. 14 do Código de Processo Civil: “Compete às partes e aos seus procuradores: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – proceder com lealdade e boa fé; III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito”.

2.12. *Jus Postulandi*

Foi elevado à categoria de princípio no Direito Processual do Trabalho, mas nem todos os autores assim pensam. Na verdade, não há necessidade do técnico (advogado) para a Justiça ser acionada. Particularmente entendemos que não há mais motivo para essa regra porque aquele que não tem dinheiro para pagar o advogado pode utilizar-se de advogado de seu sindicato ou mesmo da Procuradoria do Estado ou da Justiça do Trabalho, sem necessidade de despende o valor dos honorários advocatícios. As custas do processo podem não ser adimplidas, veja-se o teor das Leis n. 1.060/50 e 7.115/83 (Justiça Gratuita). O art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro: “Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

Outros princípios poderiam ser apontados; cremos, no entanto, que aqui estão os mais importantes.

1. PODER JUDICIÁRIO

Por ser o Brasil um país continental, seu Judiciário possui uma organização complexa, com ramos federais e locais,.

A distribuição da justiça é feita pela Justiça Federal (juízes e TRFs), Justiça Eleitoral (juízes eleitorais, TREs e TSE), Justiça Militar (juízes militares/auditorias, TMs e STM), Justiça do Trabalho (juízes do trabalho, TRTs e TST), Justiça dos Estados (juízes de direito e TJs) e Justiça dos Territórios e do Distrito Federal.

2. JUDICIÁRIO TRABALHISTA

A EC n. 24, de 9.12.1999, extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho.

A partir daí, a Justiça do Trabalho passou a ser monocrática na 1.^a Instância – Varas do Trabalho –, composta apenas e tão-somente do juiz togado, que presta concurso de provas e títulos.

Os tribunais também mudaram suas composições porque saíram os classistas – alguns ainda permanecem em término de mandato – e passaram a ser compostos de juízes togados, advindos da carreira ou do quinto constitucional (MP e Advocacia).

2.1. Varas do Trabalho

As Varas são órgãos de 1.º grau sediadas nas grandes cidades.

A base para a existência das Varas é caracterizada por um território com mais de 24 mil empregados ou com ajuizamento, no último triênio, de média igual ou superior a pelo menos 240 reclamações anuais.

Nos centros urbanos onde já existem Varas, outras somente serão criadas quando a respectiva unidade exceder, seguidamente, 1.500 reclamações por ano.

O juiz togado– antigo presidente da Junta de Conciliação e Julgamento – é o de carreira, concursado, formado por faculdade de Direito, que entrou para a Magistratura como juiz substituto, auxiliando juízes titulares. A promoção para juiz titular corre pelo critério de antigüidade ou merecimento.

2.2. Tribunais Regionais do Trabalho

São cortes de apelação (competência recursal) e também funcionam em competência originária. Em outro capítulo analisaremos a competência.

Existem 24 TRTs:

- 1.^a Região – Rio de Janeiro;
- 2.^a Região – São Paulo (capital e cidades adjacentes);
- 3.^a Região – Minas Gerais;
- 4.^a Região – Rio Grande do Sul;
- 5.^a Região – Bahia;
- 6.^a Região – Pernambuco;
- 7.^a Região – Ceará;
- 8.^a Região – Pará e Amapá;
- 9.^a Região – Paraná;
- 10.^a Região – Distrito Federal;
- 11.^a Região – Amazonas e Roraima;
- 12.^a Região – Santa Catarina;
- 13.^a Região – Paraíba;
- 14.^a Região – Rondônia e Acre;
- 15.^a Região – São Paulo (exceção à Comarca da 2.^a Região, sede em Campinas);
- 16.^a Região – Maranhão;
- 17.^a Região – Espírito Santo;
- 18.^a Região – Goiás;
- 19.^a Região – Alagoas;
- 20.^a Região – Sergipe;
- 21.^a Região – Rio Grande do Norte;
- 22.^a Região – Piauí;

23.^a Região – Mato Grosso;

24.^a Região – Mato Grosso do Sul.

Os juízes de carreira, como foi explicado, chegam aos tribunais por meio de promoção, e os juízes do quinto constitucional (não fazem concurso) por intermédio de listas tríplices do MP do Trabalho e da OAB (art. 94 da CF).

2.3. Tribunal Superior do Trabalho

É o órgão Superior da Justiça do Trabalho, com jurisdição em todo o território nacional (art. 690 da CLT).

Funciona como Tribunal Pleno, Seções Especializadas (dissídios individuais e dissídios coletivos) e Turmas.

Também na Corte Superior, os juízes chegam pela promoção (juízes de carreira) e pelo quinto constitucional (MP e Advocacia).

PROCEDIMENTO NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

A fase postulatória estabelece a área de abrangência do processo. Por meio da petição inicial, o autor postula os direitos que entende possuir e determina os limites da lide, que servirão de parâmetro para o juiz na condução processual e na sentença final.

Nessa fase estudamos a petição inicial, a resposta do réu e o que pode acontecer na audiência.

Petição Inicial

Também chamada de *reclamatória*, *exordial*, *petitória* ou *prefacial*, segue os requisitos previstos no art. 840, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho; a saber:

designação do Juízo;

qualificação das partes;

breve exposição dos fatos dos quais resultou o dissídio;

pedido;

data;

assinatura.

Observe-se que o referido dispositivo diferencia-se do art. 282 do Código de Processo Civil, que também trata dos requisitos da inicial. Nesse artigo o legislador determina que a petição inicial indicará *os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, incluirá o requerimento de citação do réu, a indicação das provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados e o valor da causa.*

Na inicial trabalhista tais requisitos não existem. No lugar da fundamentação jurídica exigida pelo processo comum, basta uma *breve exposição dos fatos*. Tal propositura está de acordo com o fato de que, no processo do trabalho, as partes não precisam de advogado. A exordial trabalhista revela-se mais simples, mas não menos técnica. A sua técnica, revelada pela letra da norma, é apropriada aos princípios específicos que norteiam o processo trabalhista. Tanto assim é que não se pode considerar inépcia a inexistência de fundamentação adequada e, ainda, há a necessidade de se dar ao autor oportunidade para esclarecer e completar a inicial.

Enunciado n. 263 do Tribunal Superior do Trabalho:

“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 e em dez dias, a parte não o fizer”.

A citação do réu também não precisa ser requerida, porque é feita assim que recebida e protocolada a reclamação (art. 841 da CLT), mediante registro postal (art. 841, § 1.º, da CLT).

O Enunciado n. 16 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe:

“Presume-se recebida a notificação 48 horas depois de sua regular expedição. O seu não recebimento, ou a entrega após o decurso desse prazo, constituem ônus de prova do destinatário”.

A inicial trabalhista não precisa indicar valor. Não é requisito do art. 840, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho. A necessidade de valor vem expressa na Lei n. 5.584/70, art. 2.º, todavia, ainda assim não se tem como requisito, porque a dicção do artigo é no sentido de fixação do valor pelo juiz, quando indeterminado.

1.2. Da Resposta do Réu

A resposta do réu abre-se num leque de oportunidades: preliminares, exceções, contestação e ou reconvenção.

O fato é que deve ser apresentada no dia da audiência, tendo em vista o princípio da eventualidade (art. 845 da CLT).

Outro princípio que tem vigência plena, em audiência, é o da oralidade. A reclamatória será lida, ou dispensada a leitura, e a defesa será feita oralmente dentro do prazo de vinte minutos (art. 847 da CLT).

Poderá haver: defesa direta do mérito, defesa indireta do mérito, defesa processual peremptória e defesa processual dilatória.

O art. 300 do Código de Processo Civil é no mesmo sentido da norma processual da Consolidação das Leis do Trabalho, ao dizer que o réu deve alegar na contestação toda matéria de defesa, as razões de fato e de direito.

Em matéria de defesa processual cabe a explicação rápida: peremptória é a defesa processual que, se aceita, extingue o processo (inépcia, ilegitimidade, coisa julgada, preempção etc.); dilatória, provoca a paralisação do processo, opõe obstáculos para o conhecimento do mérito (inexistência ou nulidade da citação; conexão; incapacidade etc.). Após resolvidos tais obstáculos, passa-se ao mérito.

1.2.1. Defesa contra o mérito

A defesa contra o mérito ataca a pretensão, item por item. Diz-se direta quando se dirige contra o pedido, nos seus fundamentos: nega os fatos ou os admite, mas nega suas conseqüências jurídicas. Diz-se indireta quando, não obstante verdadeiros os fatos, opõe a eles outros fatos. É a chamada objeção, que pode consistir na arguição de fatos – impeditivos, modificativos ou extintivos – ou na denominada exceção substancial, que é a alegação de outros fatos que, tendo por conteúdo um direito do réu, façam obstar um efeito jurídico afirmado pelo autor.

1.3. As Preliminares

Aqui servimo-nos do art. 300 do Código de Processo Civil: “Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

inexistência ou nulidade da citação;

incompetência absoluta;

inépcia da petição inicial;
perempção;
litispendência;
coisa julgada;
conexão;
incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
convenção de arbitragem;
carência de ação;
falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.”

Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício as demais preliminares (art. 300, § 4.º, do CPC).

1.4. As Exceções

Na Justiça do Trabalho, somente as exceções de suspeição ou incompetência podem ser opostas com suspensão do feito. As demais serão alegadas como preliminares na defesa.

Aplicação dos arts. 799, 800 e 801 do Código de Processo Civil. Apresentada a exceção de incompetência, abre-se vista ao excepto, por 24 horas improrrogáveis, devendo a decisão ser proferida na audiência ou sessão que se seguir.

1.5. A Reconvenção

Reconvenção é a ação do réu contra o autor, no mesmo processo. Fundamenta-se no Princípio da Economia Processual. Aplicável o art. 315 do Código de Processo Civil:

“O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento de defesa.”

1.6. A Defesa

Alega-se com a defesa toda matéria que possa contrariar os pedidos. A compensação e a retenção somente poderão ser argüidas como matéria de defesa (art. 767 da CLT).

AUDIÊNCIA

Vários fatos podem ocorrer na audiência. Aqui examinaremos, de forma objetiva, os mais importantes.

Não se pode esquecer que a Consolidação das Leis do Trabalho fala em “Audiência de Julgamento” (art. 843), porque a audiência é uma só, embora as fases postulatória, instrutória e decisória nela aconteçam. Preferiu o legislador ordinário denominar essa única audiência – às vezes dividida em seções – “Audiência de Julgamento”.

1.1. Comparecimento

Devem estar presentes reclamante e reclamado, independentemente de seus representantes (*jus postulandi*).

Nas Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, entretanto, os empregados poderão fazer-se representar pelo sindicato da categoria.

O empregador pode ser representado pelo gerente ou por qualquer outro preposto. A Consolidação das Leis do Trabalho fala em substituição, mas não se trata de substituição (defesa de direito alheio em nome próprio), posto que o empregador é o legitimado passivamente.

O preposto não fala em seu nome; é apenas mero representante do réu. Segundo a lei, essa representação é exercida pelo gerente ou por qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato. A jurisprudência e a doutrina não são unânimes quanto à condição do preposto, se empregado ou não. Interpretamos que deva ser empregado, porque, de certa forma, o legislador, ao se referir à figura do gerente ou outro preposto, vinculou tais representantes ao contrato de trabalho. Ademais, se assim não fosse, criaríamos a figura do preposto profissional, o que parece fugir um pouco da intenção

legal, ainda mais quando se objetiva que em algumas situações o preposto possua os poderes do *jus postulandi*.

Entendemos, ainda, que tais poderes são restritos aos atos de audiência. Outros dão amplitude à atividade do preposto, até para assinar recursos.

O fato é que as informações prestadas pelo preposto vinculam a empresa, inclusive para os efeitos da confissão.

Normalmente, o preposto se apresenta com a carta de preposição, todavia não se trata de documento essencial. Basta a certeza de sua qualificação e a de ser ele empregado pelo menos para aqueles que, como nós, fazem essa leitura do art. 843, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Claro que quando a reclamação é de empregado doméstico, pode comparecer representando a família qualquer um de seus membros.

No caso de haver ação trabalhista em face de uma empresa, com o objetivo de reconhecimento do vínculo, e nessa empresa inexistir empregados, o contador autônomo ou qualquer outro que tenha conhecimento dos fatos poderá fazer às vezes de preposto. Trata-se de aplicar o princípio da razoabilidade e da ponderação, o que não contraria o nosso pensamento sobre a regra básica: o preposto deve ser empregado.

Por sua vez, o empregado deve comparecer à audiência, não podendo fazer-se representar, salvo no estrito caso de doença ou outro motivo poderoso, devidamente comprovado, só para não sofrer o arquivamento da reclamatória (extinção do processo sem julgamento do mérito).

1.1.1. Personalidade e representação em juízo

Vamos explicitar alguns casos:

- o Estado, a União, o Município, o Distrito Federal, as autarquias, pelos seus procuradores, independentemente de procuração, pois o mandato é inerente à função;
- a massa falida pelo síndico;
- o condomínio pelo síndico, embora possa constituir preposto;
- o empregado falecido faz-se representar pelo cônjuge supérstite.

Caso interessante é o da reclamatória contra os órgãos legislativos (Câmaras, Assembleias, Senado, Congresso, Mesas etc.), porque não possuem personalidade jurídica própria, nos termos do art. 41 do Código Civil e do art. 12, incs. I e II, do Código de Processo Civil.

Por tais órgãos respondem as unidades políticas respectivas (Município, Estado, União), e apenas excepcionalmente a legislação processual lhes atribui capacidade para efeitos de mandado de segurança.

1.1.2. A ausência das partes

O não-comparecimento da reclamada à audiência inaugural, quando devidamente citada, implica a revelia e confissão quanto à matéria de fato (art. 844 da CLT).

Na verdade, apesar da dicção do dispositivo apontado, a revelia é a falta de defesa e não a ausência da parte.

Assim, se o advogado da ré comparecer munido de procuração e fizer a defesa oral (20 minutos) ou apresentá-la, não haverá revelia, embora ocorra a confissão. Esse não é o pensamento do Tribunal Superior do Trabalho que, por meio do Precedente n. 74-SDI, especifica:

“Revelia. Ausência da reclamada. Comparecimento de advogado. A reclamada ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração”.

Não acreditamos ser correta essa interpretação ante o instituto da revelia e a aplicação do art. 314 do Código de Processo Civil, perfeitamente compatível com o processo do trabalho.

O Enunciado n. 122 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que, para elidir a revelia, o atestado médico deve declarar de forma expressa a impossibilidade de locomoção do empregador ou preposto no dia da audiência.

1.1.3. Conciliação

A tentativa de conciliação é obrigatória antes da entrega ou da leitura da defesa (art. 846 da CLT).

Havendo o acordo, extingue-se o processo com julgamento do mérito em face da transação (art. 269, III, CPC).

Imprescindível que o juiz não deixe passar essa oportunidade do acordo e que isso conste do termo, sob pena de nulidade processual.

Não existindo acordo e feita a defesa, passa-se à instrução do processo.

1. RESPOSTA DO RÉU

Comparecendo à audiência, terá o réu (reclamado) 20 minutos para dar a sua resposta ao pedido do autor, ou apresentá-la por escrito.

Essa resposta poderá tomar as seguintes formas: exceção, preliminar, contestação ou reconvenção.

1.1. Contestação

Contestação significa o ato jurídico de impugnação às pretensões do autor.

Com a defesa poderão vir preliminares à matéria de mérito, a saber: inexistência ou nulidade da citação; inépcia da inicial; litispendência; coisa julgada; conexão; carência de ação e continência.

Importante apresentar uma rápida noção dessas figuras:

Inexistência ou nulidade da citação: no Processo do Trabalho costuma-se usar o nome *notificação* para a citação inicial, feita por via postal. Não comprovada a citação inicial (v. Enunciado n. 16 do TST), a audiência não poderá acontecer. O simples fato de a reclamada comparecer à audiência, por ter ficado sabendo da mesma por terceiros, de última hora, não elide a irregularidade, pois é necessário o prazo mínimo de 5 dias entre a citação inicial e a audiência (art. 841 da CLT), salvo se a reclamada vier preparada, com possibilidade de ampla defesa e munida com os documentos necessários. Observe-se que a nulidade ou ausência da citação é mortal para o processo, que poderá ser anulado, até em fase de execução (art. 741, inc. I, do CPC).

Inépcia da inicial: baseia-se na figura da inépcia do art. 295, inc. I, par. ún., do Código de Processo Civil.

“Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

- I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;
- II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- III – o pedido for juridicamente impossível;
- IV – contiver pedidos incompatíveis entre si.”

Assim, tendo em vista essas características da inicial, poderá o reclamado alegar a sua inépcia, o que provocará, se aceita, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

De qualquer modo, dependendo da irregularidade, dado o formalismo mais ténue do Processo do Trabalho, há que se permitir a correção em audiência ou dentro de certo prazo (art. 284 do CPC), desde que não prejudique a defesa.

Litispêndência: esta ocorre quando uma ação é reproduzida no Juízo que ora a examina, isto é, ela já foi ajuizada, existe em outra Vara com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, inc. V, §§ 1.º e 2.º, do CPC).

Coisa julgada: acresce-se à definição de litispêndência o fato de que a ação anteriormente ajuizada tem sentença que transitou em julgado (art. 301, inc. VI, do CPC).

Conexão: a conexão se dá quando uma ação guarda estreita relação com outra, sendo-lhes comum o objeto ou a causa de pedir (arts. 301, inc. VII, e 103, ambos do CPC). Comprovada a conexão, o feito não se extingue, devendo os autos serem remetidos ao Juízo prevento.

Carência de ação: a carência de ação diz respeito às suas condições, ou seja, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes (art. 3.º do CPC). No Processo do Trabalho, normalmente tal preliminar é alegada para contrariar a existência de vínculo – a idéia é a de que não existindo vínculo de emprego, não haverá legitimidade das partes, ativa e passiva. Por óbvio, não é possível o juiz acolher o pedido de carência, quando ocorre a alegação nos termos citados acima, porque, para saber se existia ou não a relação de emprego há necessidade de se examinar o mérito.

Continência: o art. 104 do Código de Processo Civil traz a definição de continência. Segundo Celso Agrícola Barbi, a continência é “um caso especial de conexão”. Especial porque se distingue da conexão em razão de ser o objeto mais amplo. A solução para a conexão e para a continência é idêntica: reunião das ações para decisão simultânea (art. 105 do CPC).

Lembremos, ainda, que as preliminares descritas no art. 301 do Código de Processo Civil podem ser conhecidas de ofício, salvo o compromisso arbitral (art. 301, § 4.º, do CPC).

1.2. Exceção

Trata-se de defesa de natureza processual. Visa que o Juízo não adentre ao mérito sem antes vencer um obstáculo de processo ou que, simplesmente, pare nesse obstáculo.

O Código de Processo Civil distingue três espécies de exceções: de incompetência, de impedimento e de suspeição.

No Processo do Trabalho temos a exceção de suspeição e de incompetência (art. 799 da CLT).

Claro está que o impedimento não pode ser esquecido, podendo ser aplicada a lei processual comum (princípio da subsidiariedade).

As exceções de suspeição e de impedimento abrangem fatos relacionados nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil.

Diz o art. 799 da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência”.

O procedimento é mais simples que no processo comum. A exceção deve ser argüida na oportunidade da defesa. Segue-se a regra do art. 800 da Consolidação das Leis do Trabalho: apresentada a exceção, abre-se vista dos autos ao exceto por 24 horas improrrogáveis e, depois, dá-se a decisão (na primeira audiência ou sessão que se seguir).

Não cabe recurso das decisões proferidas nas exceções (art. 799, § 2.º, da CLT), salvo se terminativas do feito na Justiça do Trabalho. Ex.: acolhe o Juízo a exceção de incompetência em razão da matéria (neste caso, cabe recurso).

1.3. Reconvenção

Reconvenção é ação autônoma ou contra-ação proposta pelo réu (reconvinte) em face do autor (reconvindo) no mesmo feito e Juízo em que é demandado. É o ataque que o réu faz contra o autor. É ação e não meio de defesa que deve ser apresentada na oportunidade da contestação em audiência.

A reconvenção deve conter os requisitos necessários a toda inicial.

Não se deve confundir reconvenção com a compensação e a retenção, matérias atinentes à defesa.

Apresentada a reconvenção, deve ser dada oportunidade para o autor contestá-la. O processo fica mais complexo, porque a instrução deverá abranger a inicial do reclamante (geralmente o empregado) e a reconvenção (inicial do réu, geralmente o empregador).

2. PRESCRIÇÃO

A prescrição deve ser argüida como prejudicial do mérito, na defesa (art. 265, inc. IV, do CPC).

1. INSTRUÇÃO

1.1. Noções

É a fase das provas.

As fases – postulatória, instrutória e decisória – nem sempre ocorrem de forma ordenada no tempo.

Na fase postulatória há interpretação das provas, uma vez que a inicial e a defesa devem vir acompanhadas tanto dos documentos necessários como daqueles com os quais a parte deseja provar seus argumentos.

Em sentido técnico-jurídico, prova é o meio de demonstrar a prática de um ato jurídico ou a ocorrência de um fato jurídico.

A finalidade é convencer o juiz.

Segundo o art. 131 do Código de Processo Civil, “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, *os motivos que lhe formaram o convencimento*” (grifo nosso).

Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir; todavia, mesmo realizados de outro modo, se alcançarem sua finalidade, serão reputados válidos (art.154 do CPC).

Devem ser provados os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos.

O direito não se prova – *iuria novit curia* – (art. 332 do CPC). Ocorre exceção, no entanto, quando se trata de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337 do CPC).

Não necessitam de prova os fatos notórios, incontroversos ou aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou validade (art. 334 do CPC).

1.2. Meios de Prova

Os meios de prova no processo do trabalho são os mesmos do processo comum: os legais e os moralmente legítimos – depoimento das partes (interrogatório), testemunhal, documental, pericial etc.

1.2.1. Interrogatório

Não havendo acordo, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o juiz *ex officio* interrogar os litigantes (art. 848 da CLT).

Há doutrinadores que entendem tratar-se de depoimento. No entanto, o depoimento pode ser requerido pela parte adversa, enquanto o interrogatório é faculdade do juiz.

Pode a parte depor, confessar; mas não é essa a finalidade do interrogatório.

1.2.2. Testemunhas

O número é de três testemunhas para cada parte, salvo inquérito para a apuração de falta grave (nos casos de empregado eleito diretor sindical) em que o número de testemunhas passa para seis, e no procedimento sumaríssimo para dois (Lei n. 9.957/00 – causas com valor de até 40 vezes o salário mínimo). O juiz, por óbvio, pode ouvir quantas testemunhas achar necessário (como no caso de testemunhas referidas).

Testemunha é a pessoa que comparece a juízo para depor sobre os fatos de que tenha conhecimento. Seus caracteres são: pessoa física, estranha ao feito, conhecedora dos fatos litigiosos, direta ou indiretamente, e capaz para depor (por exemplo, não pode ser menor de 16 anos – art. 405, § 1.º, inc. III, do CPC), embora só possa ser condenada por falso testemunho se tiver 18 anos.

As próprias partes deverão levar suas testemunhas à audiência, independentemente de notificação (art. 825 da CLT).

No procedimento sumaríssimo, a intimação da testemunha está condicionada, nos termos do § 3.º do art. 852-H da Consolidação das Leis do Trabalho, à prova de convite prévio (carta postal, com o respectivo Aviso de Recebimento (AR)).

As testemunhas serão ouvidas após as partes: primeiro as do autor, depois as do réu, caso não haja, de forma justificada, a inversão do ônus da prova.

Após a qualificação e antes de ser compromissada, poderá a parte interessada arguir a contradita.

Contradita é o ato pelo qual o advogado, da parte contra a qual foi arrolada a testemunha, denuncia a impossibilidade de a mesma depor, ante impedimento, suspeição ou interesse na causa (art. 414, § 1.º, do CPC).

As testemunhas que não comparecerem à audiência deverão ser intimadas *ex officio* ou a requerimento da parte, e, caso não justifiquem as faltas, ficam sujeitas à condução coercitiva e à multa (art. 730 da CLT)..

1.2.3. Documentos

Documentos são coisas representativas de fatos (escritos, desenhos, plantas, mapas etc.). A função do documento é tornar fixo um momento da vida humana.

Os documentos classificam-se em públicos e particulares.

O documento é público quando o seu autor material é autoridade pública, fazendo prova tanto da validade de sua formação como da veracidade do que é declarado.

Conforme a categoria do agente, o documento público pode ser classificado como judicial (certidões de processos), extrajudicial (elaborados por serventuários da Justiça, foro extrajudicial, escrituras, matrículas imobiliárias, registros etc.), administrativos (todos os demais originários das repartições públicas – ex.: certidão de débito tributário).

O documento é particular quando elaborado pela própria pessoa.

Via de regra, os documentos preexistem ao processo, devendo os mesmos ser juntados com as peças principais e em audiência (art. 845 da CLT) e, excepcionalmente, podem ser reunidos fora desse momento (caso dos documentos novos).

Pelo art. 397 do Código de Processo Civil, documento novo é aquele que retrata fatos ocorridos após a fase postulatória ou que é apresentado como contraprova.

O art. 830 da Consolidação das Leis do Trabalho é o único artigo que estabelece algo sobre a prova documental, dispondo que o documento só será aceito se estiver no original, em certidão autêntica, ou quando conferida a respectiva pública-forma ou cópia perante o juiz ou tribunal.

Algumas regras, entretanto, podem ser apontadas em relação à prova, no que concerne aos documentos:

pedido de demissão ou recibo de quitação da rescisão contratual, para quem tem mais de um ano de serviço, só terá validade se tiver assistência do sindicato profissional ou do Ministério do Trabalho (art. 477 da CLT);

pedido de demissão de empregado estável também deverá ter assistência sindical ou de autoridade local do Ministério do Trabalho (art. 500 da CLT);

prova de pagamento de salário deve ser realizada por meio de recibo assinado pelo empregado (art. 464 da CLT);

a prova do contrato de trabalho é, por excelência, a anotação na CTPS.

Enfim, a prova documental tem valor específico e pode superar a prova testemunhal quando bem feita e de acordo com a legislação aplicável.

1.2.4. Prova pericial

A prova pericial, realizada por técnico habilitado, destina-se a demonstrar a existência de fato ou de situação técnica.

O juiz nomeia um perito e fixa um prazo para que o mesmo apresente laudo.

Na Justiça do Trabalho as provas periciais abrangem principalmente os casos referentes a:

insalubridade;

periculosidade;

contabilidade;

medicina;

grafotécnica.

Durante a realização da perícia as partes poderão apresentar quesitos que serão dirigidos ao perito.

A conclusão do laudo não precisa ser, necessariamente, a conclusão do juiz, que não está vinculado à prova pericial. A prova pericial é um subsídio a mais para a solução do litígio.

A parte que perder na perícia pagará os honorários periciais (Enunciado n. 236 do TST).

Obrigatórios são os laudos sobre insalubridade e periculosidade (art. 195 da CLT).

2. ÔNUS DA PROVA

O art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho é regra importante: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Complementa-se o entendimento do referido artigo com o dispositivo 333 do Código de Processo Civil:

“O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

A teoria adotada pelo Direito brasileiro é a de Carnelutti que, de acordo com o entendimento de Amaral Santos, está estabelecida no princípio de que “quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta. Em outros termos: quem

aciona deve provar o fato ou fatos constitutivos; e quem excetua, deverá provar o fato ou fatos extintivos ou a condição ou condições impeditivas ou modificativas” .

Fase Decisória

1. INTRODUÇÃO

Fase decisória é a fase da sentença, em que o processo atinge o seu ponto culminante, com a prestação jurisdicional concretizada.

Inexistindo a possibilidade de conciliação, que deve ser legalmente tentada, após o encerramento da instrução processual – das razões finais –, o juiz se vê obrigado a dar a sentença. A sentença é o pronunciamento sobre a demanda de mérito, afirmando o juiz a existência ou não-existência da vontade concreta da lei ou das leis alegadas na lide.

2. ESPÉCIES DE SENTENÇA

Diversas são as espécies de sentença. (considerando-se aqui que o termo sentença está sendo usado no sentido amplo das decisões possíveis que o juiz profere no processo). A classificação extrapola o conceito estrito de sentença de mérito, pois podemos ter: sentenças definitivas, sentenças terminativas e sentenças interlocutórias.

Definitivas: adentram o mérito da questão posta em Juízo. É a sentença que se busca no Judiciário. Quando o Judiciário a profere, completa sua função da melhor forma, resolvendo a lide.

Terminativas: decidem o processo sem, contudo, apreciar o mérito, como, por exemplo, a sentença que acolhe a alegação da inépcia da inicial ou da falta de uma das condições da ação, propiciando ao autor intentar nova ação, porque o mérito não foi resolvido. O pronunciamento é de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

Interlocutórias: decidem os incidentes processuais que ocorrem no caminho da obtenção da sentença de mérito.

3. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA

Não custa lembrar que, quanto à natureza jurídica, as sentenças podem ser: declaratórias, constitutivas e/ou condenatórias. A expressão “e/ou” se justifica porque pode existir uma sentença que tenha as três características ao mesmo tempo: declaratória, constitutiva e condenatória. O fato é que toda sentença é declaratória, no sentido de que declara o direito; e assim pode ser uma mesma sentença pode ser declaratória simplesmente, declaratória constitutiva, declaratória condenatória ou declaratória constitutiva condenatória.

Declaratórias: limitam-se a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Ex.: sentença que declara a existência de vínculo empregatício.

Constitutivas: criam, alteram ou extinguem um estado ou uma relação jurídica. Ex.: sentença em dissídio coletivo, que impõe normas a toda a categoria dos trabalhadores e à categoria econômica envolvida.

Condenatórias: o mandamento sentencial determina ao réu uma obrigação de dar, de fazer ou de não fazer. Ex.: sentença que condena ao pagamento de verbas rescisórias (obrigação de dar), ao registro das datas de admissão e de demissão na CTPS (obrigação de fazer) ou à imposição de não transferir o empregado para outro local de trabalho (obrigação de não fazer).

As sentenças condenatórias são as únicas que ensejam execução.

4. PARTES DA SENTENÇA (ART. 832 DA CLT E ART. 458 DO CPC)

Relatório: é a parte que contém o nome e a qualificação dos envolvidos, a súmula do pedido e da resposta, bem como o registro dos principais fatos ocorridos no processo.

Fundamentação: é a própria motivação da sentença, onde se desenvolve o raciocínio lógico do juiz, aplicando a lei ao caso concreto, arrimando-se na doutrina, nos

princípios do Direito e na jurisprudência; enfim, nas diversas possibilidades que lhe dá o sistema jurídico, buscando fazer justiça e motivando sua decisão.

Dispositivo: é a parte que contém a decisão e que fará coisa julgada, se transitada em julgado, e da qual a parte inconformada poderá recorrer. Embora o recurso se arrime na sentença toda, é fato que o objetivo da impugnação recursal é modificar exatamente o dispositivo, pois é esse que declara, constituiu e/ou condena.

No procedimento sumaríssimo – aquele que deve ser adotado quando o valor da causa é inferior a 40 salários mínimos – a sentença não necessita ter relatório. O art. 852, inc. I, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que a sentença, nesses casos, mencionará os elementos de convicção, com o resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência. Ora, esse resumo não deixa de ser uma espécie de relatório; assim, o juiz deve, de alguma forma, referir-se ao que aconteceu de importante no processo, ainda que de forma muito sucinta.

A fundamentação é indispensável em qualquer decisão judicial (art. 93, inc. IX, da CF). O dispositivo ou conclusão não pode faltar em nenhuma sentença, pois o ato sentencial deixaria de existir.

5. EFEITOS DA SENTENÇA

A sentença produz uma declaração de direito feita pelo Estado-juiz. Dentre os seus efeitos, merece destaque o de produzir a hipoteca judiciária, decorrendo daí o direito de seqüela, que consiste na faculdade de o vencedor da demanda perseguir os bens do condenado onde se encontrarem.

5.1. Coisa Julgada

O principal efeito da sentença é o da coisa julgada: material e formal.

Material é a coisa julgada por excelência, porque diz respeito ao conteúdo da sentença, à própria *res judicata*, que envolve o direito discutido e provado. A coisa julgada formal se identifica com a idéia de fim do processo. Dá-se com a coisa julgada formal a preclusão máxima, quando da decisão já não caiba mais nenhum recurso.

A sentença que, por exemplo, extingue o processo por carência de ação, faz coisa julgada formal; mas a sentença que extingue o processo, julgando o mérito, faz coisa julgada material. A coisa julgada material só é produzida quando se tratar de mérito. A

imutabilidade que se cria em virtude de sua existência vai além dos limites daquele processo, não podendo a matéria ser discutida em nenhum outro.

Tanto a coisa julgada formal quanto a material se formam no momento da decisão extintiva do processo, quando não couber mais recurso.

As razões de decidir não fazem coisa julgada material. Também não produzem coisa julgada material as decisões que extinguem o processo, nem as de jurisdição voluntária.

No entanto, as decisões proferidas em processo cautelar não transitam em julgado, salvo se versarem sobre prescrição ou decadência.

A coisa julgada tem limites subjetivos e objetivos:

Limite subjetivo: diz respeito aos sujeitos da relação processual. O efeito da coisa julgada só atinge as partes. Parte da doutrina, todavia, entende também serem atingidos eventuais assistentes litisconsorciais.”

Limite objetivo: a autoridade da coisa julgada está no mérito de sua própria decisão, baseada no pedido do autor e na resposta do réu, fixando os parâmetros para bem decidir. Haverá vício na sentença, por ofensa ao princípio da adstrição, se não forem obedecidos esses parâmetros, ou seja, se a sentença for *citra petita*, *extra petita* e *ultra petita*. Vale lembrar que o limite objetivo da coisa julgada é o dispositivo da sentença, pois contém sua parte decisória.

O julgamento do processo trabalhista é feito em audiência e, portanto, nela se tem a sentença publicada (princípios da oralidade, da concentração dos atos processuais e da celeridade processual). O prazo para recurso conta-se da própria audiência, com a retirada do *dies a quo* e acréscimo do *dies ad quem* (a forma de contagem legal dos prazos processuais). Se a sentença não for pronunciada em audiência, as partes deverão ser notificadas por via postal (Enunciado n. 16 do TST), presumindo-se recebida a notificação após a sua regular expedição. Ante essa presunção, cabe à parte prejudicada por eventual contagem errada, ou por fatos nela não contidos (p. ex.: greve do Correio), fazer a prova da exata data do recebimento da notificação para fim recursal.

Dos Recursos

1. NOÇÕES GERAIS

A palavra "recurso" tem sua origem etimológica no Latim – *recursus*, que dá a idéia de repetição. Atende o recurso ao princípio do duplo grau de jurisdição, princípio que não é constitucional como muitos pensam, mas sim infraconstitucional. De qualquer forma, a existência de recurso é uma tradição dos sistemas jurídicos e atende a algumas finalidades: a primeira, de ordem psicológica; a segunda, baseada na idéia de garantir segurança com julgamentos realizados por homens, em tese, mais experientes na atividade de julgar; e, a terceira, assentada na crença de que um colegiado julga melhor do que um só juiz. Dessas justificativas, a única que merece efetiva concordância é a psicológica, porque ninguém se contenta com uma sentença contrária a seus interesses. Recorrer, portanto, atende a uma necessidade psicológica. As outras duas justificativas não têm razão de ser porque os nossos tribunais são compostos de juízes de carreira e juízes advindos do quinto constitucional (carreira dos advogados e do Ministério Público), que podem estar menos aptos à função de julgar devido à pouca experiência profissional. Também não resiste à verdade a idéia de que é mais acertado o julgamento por colegiado, pois esse pode julgar de maneira tão incorreta quanto um monocrático.

2. SISTEMAS RECURSAIS

Os sistemas recursais dividem-se em dois sistemas: ampliativo e limitativo.

Pelo sistema ampliativo, para toda decisão judicial haverá um recurso. Já o sistema limitativo, como o nome diz, ou limita os recursos a determinadas decisões, ou estabelece que algumas decisões não são passíveis de impugnação. No Direito Processual do Trabalho temos o sistema limitativo, porque para as decisões interlocutórias não há recurso.

3. PRINCÍPIOS

Entre os princípios que constituem o sistema recursal podem ser citados: o da voluntariedade; o do duplo grau de jurisdição; o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias; o da unirrecorribilidade; o da adequação; o da fungibilidade; o da variabilidade e o da proibição da *reformatio in pejus*.

3.1. Princípio da Voluntariedade

O princípio da voluntariedade dispõe que o Estado apenas prestará a tutela jurisdicional se for provocado (art. 2 do CPC). É uma manifestação do princípio dispositivo e envolve a vontade das partes, embora exista o chamado recurso *ex officio*.

3.2. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Já examinamos, de certa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição. Não se trata de norma específica e constitucional, em nosso entender. O princípio afirma que todas as causas devem ser submetidas a outros juízes, que então poderão modificar as decisões.

3.3. Princípio da Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias

Segundo o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, as decisões interlocutórias não são impugnáveis na Justiça do Trabalho. O sistema é, portanto, diverso do utilizado no processo civil.

3.4. Princípio da Unirrecorribilidade

De acordo com o princípio da unirrecorribilidade para cada ato judicial, haverá somente um recurso possível.

3.5. Princípio da Adequação

O princípio da adequação considera que o recurso a ser usado deve ser o recurso adequado, próprio para aquela decisão, e não outro.

3.6. Princípio da Fungibilidade

Pelo princípio da fungibilidade – salvo hipótese de má-fé, erro grosseiro, crasso, absurdo –, o juiz poderá receber o recurso errado, como se fosse o recurso certo.

3.7. Princípio da Variabilidade

Utilizando-se o princípio da variabilidade, dentro do prazo recursal, se a parte recorrente entrar com o recurso errado, poderá ainda intentar o recurso correto, não havendo preclusão temporal.

3.8. Princípio da *Reformatio in Pejus*

Pelo princípio da *reformatio in pejus* a situação de quem recorre não poderá ser reformada para pior, isto é, ou ela melhora para o recorrente, ou, no máximo, a decisão impugnada será mantida, salvo se houver recurso de ambos os litigantes.

4. CLASSIFICAÇÃO GERAL

Os recursos se classificam em ordinários e extraordinários.

Os recursos ordinários ou comuns são os que visam obter revisão do julgamento, considerando-se o duplo grau de jurisdição, devolvendo ao tribunal as matérias de fato e de direito.

Os recursos extraordinários ou especiais são os que se contrapõem aos de natureza ordinária. Abrangendo os recursos acerca do *error in procedendo* (quando o juiz desrespeita ou viola norma de procedimento, causando prejuízo à parte; trata-se de vício de forma e não de mérito ou de fundo; ex.: art. 485, incs. II e IV, do CPC) e acerca do *error in iudicando* (erro na aplicação ou interpretação da norma jurídica; ex.: art. 485, incs. V e IX, do CPC).

5. EFEITOS DOS RECURSOS

Com relação aos efeitos dos recursos, temos: efeitos devolutivo, suspensivo, translativo, substitutivo, extensivo e regressivo.

Devolutivo: é o efeito necessário. Inerente a todo e qualquer recurso, porque por intermédio desse devolve-se ao tribunal todas as questões do processo. Os recursos trabalhistas serão necessariamente recebidos no efeito devolutivo.

Suspensivo: significa que, com o recurso, cessam, temporariamente, os efeitos da sentença impugnada.

Translativo: ocorre quando, no recurso, há questões de ordem pública – que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e que não sofrem preclusão. O mesmo efeito também ocorre no reexame necessário. (Exs.: dobra em salário incontroverso; juros e correção monetária etc.)

Substitutivo: consagrado no art. 512 do Código de Processo Civil, porque a decisão sobre o mérito do recurso substitui integralmente a decisão recorrida.

Extensivo: significa que, havendo litisconsórcio necessário unitário, o recurso de um litisconsorte é aproveitado para o outro (art. 509 do CPC).

Regressivo: é o efeito de alguns recursos que, com sua simples interposição, permitem ao juiz reapreciar seu pronunciamento. Pode ocorrer tanto no agravo de instrumento quanto no agravo regimental.

6. PRESSUPOSTOS DOS RECURSOS

Os pressupostos dos recursos são os requisitos transcendentais, sem os quais o recurso não subirá. Dividem-se os pressupostos em objetivos e subjetivos.

Os pressupostos objetivos são: tempestividade; adequação; preparo; inexistência de fatos extintivos ou impeditivos ao direito de recorrer; regularidade da representação.

Tempestividade: os recursos devem ser apresentados dentro do prazo que a lei determina. Na Justiça do Trabalho o prazo para a maioria dos recursos é de oito dias (recurso ordinário, recurso de revista, agravo de instrumento, agravo de petição, recurso adesivo), cinco dias para os embargos declaratórios, 15 dias para o recurso extraordinário e 48 horas para o pedido de revisão. O prazo do agravo regimental depende do Regimento Interno dos Tribunais. Intempestivo é o recurso protocolado fora do prazo. Não terá prosseguimento.

Adequação: o recurso deverá ser o recurso certo, adequado, uma vez que a impugnação errônea impossibilitaria ao interessado apresentar outro, embora existam os princípios da fungibilidade e da variabilidade.

Preparo: o recurso, para ser aceito, deve ter as custas pagas pelo perdedor, pela reclamada ou pelo reclamante, salvo se esse for beneficiário da Justiça Gratuita. Além do pagamento de custas, a empresa deverá fazer o depósito nos termos da condenação, com base no art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho. As custas deverão ser pagas até cinco dias após a interposição do recurso, e o depósito deverá ser feito com o recurso, dentro do prazo recursal. O recurso sem preparo (sem pagamento de custas e/ou depósito do valor) é considerado deserto. Estão isentos do depósito recursal a União, os

Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e fundações públicas (Dec.-lei n. 779/69). Da massa falida, também, não se exige o depósito (Enunciado n. 86 do TST).

Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do recurso: a existência de alguns fatos impedem que o recurso prossiga, como, por exemplo, a renúncia ao recurso e a concordância com a decisão.

Regularidade da representação: diz respeito àquele que assina o recurso, isto é, o advogado com procuração estabelecida nos autos ou nomeado *ad hoc* ou mesmo a própria parte, sem advogado, pelo princípio do *jus postulandi*.

Os pressupostos subjetivos são: legitimidade, capacidade e lesividade.

Legitimidade: tem legitimidade aquele que pode recorrer (art. 499 do CPC): parte vencida, terceiro interessado, Ministério Público, litisconsorte, assistente, herdeiros, sucessores.

Capacidade: tem capacidade a parte sucumbente ou o seu representante ou o assistente que funcionou na fase cognitiva.

Lesividade: tem lesividade aquele que é vencido na sentença e, ainda, aquele que, mesmo vencedor, perdeu em fundamentos fáticos e/ou jurídicos. Não se pode tirar essa prerrogativa de quem – por exemplo, uma empresa-ré – obteve sentença de total improcedência quanto ao mérito, mas viu rejeitada a inépcia da inicial e/ou a carência de ação.

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

Recursos em Espécie

1. RECURSOS

No Processo do Trabalho são possíveis os seguintes recursos:

ordinário;

de revista;

agravo de instrumento;

agravo de petição;

embargos infringentes e de divergência;
agravo regimental;
pedido de revisão;
adesivo;
embargos declaratórios;
extraordinário;
correição parcial.

1.1. Recurso Ordinário

O recurso ordinário equivale à apelação do Processo Civil. É o recurso interposto das decisões que põem fim ao processo (definitivas ou terminativas), isto é, das sentenças de primeiro grau e das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho (segundo grau) em processos de sua competência originária (dissídio coletivo, mandado de segurança, ação rescisória etc.).

A sede legal desse recurso consta do art. 895 da Consolidação das Leis do Trabalho que, por defeito redacional, estabelece caber o recurso apenas das decisões definitivas, o que não é verdade, uma vez que as decisões que terminam o feito na Justiça do Trabalho, como, por exemplo, o acolhimento de uma exceção de incompetência em razão da matéria, também podem ser impugnadas por meio de recurso ordinário.

O recurso ordinário é igualmente cabível quando do arquivamento do feito (extinção do processo sem julgamento do mérito).

1.1.1. Recurso ordinário voluntário

O recurso ordinário voluntário é o interposto pela parte vencida, no todo ou em parte, na decisão impugnatória.

1.1.2. Recurso ordinário por imposição legal

Também chamado recurso *ex officio*, o recurso ordinário por imposição legal é o decorrente das sentenças contrárias à União, aos Estados, aos Municípios, às fundações de direito público e autarquias (Dec.-lei n. 779/69).

Não se trata de verdadeiro recurso, uma vez que o juiz que prolatou a sentença não recorre da própria decisão, o que seria absurdo. É uma simples e necessária remessa de ofício ao tribunal para que a decisão seja revista, objetivando resguardar interesses públicos.

1.2. Recurso de Revista

Das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídios individuais, cabe recurso de revista para uma das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho. O dispositivo que assim estabelece é o art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O recurso de revista objetiva, principalmente, a uniformização de jurisprudência.

Somente vai para o Tribunal Superior do Trabalho, por meio desse recurso, matéria de direito. As matérias de fato têm, como último veículo de apreciação, o recurso ordinário.

O Enunciado n. 126 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (CLT, arts. 896 e 894, 'b') para reexame de fatos e provas”.

Nos termos do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, na sua redação atual, cabe recurso de revista das decisões proferidas em grau ordinário, quando:

derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro tribunal regional, no seu pleno ou turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;

derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do tribunal regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea "a";

proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta à Constituição Federal.

Nesse sentido, o recurso de revista, além de servir para que o órgão judiciário superior reexamine a matéria de direito, também serve como uniformizador da jurisprudência e como defesa, vamos dizer assim, da manutenção do sistema constitucional.

É endereçado ao Tribunal Superior do Trabalho.

Para comprovação da divergência jurisprudencial, a Súmula n. 337 do Tribunal Superior do Trabalho determina ao recorrente:

“I – Junte certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma ou cite a fonte oficial ou repositório autorizado em que foi publicado;

II – Transcreva, nas razões recursais, as emendas e/ou trechos dos acórdãos trazidos à configuração do dissídio, mencionando as teses que identifiquem os casos confrontados, ainda que os acórdãos já se encontrem nos autos ou venham a ser juntados com o recurso (Res. n. 35/94, *DJ* 18-21 e 22.11.94) ”.

Claro está que a divergência jurisprudencial ensejadora do recurso deve ser atual.

1.2.1. Prequestionamento

A Súmula n. 297 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece:

“Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. Incumbe à parte interessada interpor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.”

A referida Súmula ampliou o campo de aplicação dos embargos declaratórios, que não poderão ser tidos como protelatórios, se interpostos com tal objetivo.

A Lei n. 9.756/98 modificou o art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, incluindo novas regras para o conhecimento do recurso de revista, dispondo no § 3.º do mencionado artigo a obrigatoriedade de os Tribunais Regionais do Trabalho adotarem uma uniformização jurisprudencial.

Nos termos do § 2.º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, não caberá recurso de revista das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho (Plenos ou Turmas) em execução de sentença, inclusive no processo incidente de embargos de terceiro, “salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal”.

1.3. Agravo de Instrumento

O agravo de instrumento é um recurso muito restrito, uma vez que, nos termos do art. 897 da Consolidação das Leis do Trabalho, somente cabe dos despachos que denegarem a interposição de recurso.

Para o agravo de instrumento as partes devem promover a formação do instrumento, instruindo a petição de interposição, obrigatoriamente, com cópia:

- da decisão agravada;
- da certidão da respectiva intimação;
- das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;
- da petição inicial;
- da contestação;
- da decisão originária;
- da comprovação do depósito recursal;
- do recolhimento das custas.

Facultativamente, outras peças, que o agravante reputar úteis, poderão ser juntadas.

Assim, seja qual for o recurso denegado, caberá agravo de instrumento. O agravo é autuado em separado, aplicando-se, para a formação do instrumento, no que couber, além do dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, os arts. 524 e 525 do Código Processual Civil.

O prazo para interposição do recurso é de oito dias. Tem igual prazo o agravado, para contraminutar.

Em decorrência do juízo de reconsideração, pode o juiz, que denegou seguimento ao recurso agravado, rever a decisão impugnada.

A Lei n. 9.756/98 também introduziu novas regras em relação a esse recurso, com o objetivo de celeridade processual, porque com todas as cópias que devem ser juntadas no instrumento, como visto linhas atrás, o Tribunal *ad quem*, em tese, acolhendo o agravo, poderá julgar de imediato o recurso que obteve despacho denegatório.

1.4. Agravo de Petição

O agravo de petição está disciplinado no art. 897, “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho. É recurso próprio para as decisões do juiz da Vara do Trabalho ou do juiz de Direito investido de jurisdição trabalhista, nas execuções.

Concordamos com José Augusto Rodrigues Pinto (*Execução Trabalhista*, LTr) quando afirma que o agravo de petição cabe das decisões definitivas, em processo de execução trabalhista, e das decisões interlocutórias que envolvem matéria de ordem pública capaz de justificar o novo exame de seu conteúdo.

A interpretação do artigo é controvertida.

Não há recurso específico da sentença de liquidação, embora alguns julgados o admitam.

O prazo para interposição do recurso, bem como para as contra-razões, é de oito dias, como para todos os recursos trabalhistas, salvo para os embargos declaratórios, o recurso extraordinário e o pedido de revisão, o que, aliás, já foi ressaltado no módulo anterior.

Importante é que o agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar justificadamente as matérias e os valores impugnados, para permitir a execução imediata da parte remanescente.

1.5. Embargos no Tribunal Superior do Trabalho

No Tribunal Superior do Trabalho temos os embargos infringentes e os embargos de divergência.

1.5.1. Embargos infringentes

Os embargos infringentes têm cabimento das decisões não-unânicas proferidas pela seção especializada em dissídios individuais, como, por exemplo, mandado de segurança e ações rescisórias. Não serão admitidos se a decisão atacada estiver em consonância com precedente ou súmula de jurisprudência dominante no Tribunal Superior do Trabalho.

Também não são cabíveis contra decisão proferida em agravo de instrumento oposto de despacho denegatório de recurso de revista.

Cabem, porém, nas decisões em dissídios coletivos.

1.5.2. Embargos de divergência

Os embargos de divergência objetivam uniformizar a jurisprudência e pressupõem:

decisões divergentes das Turmas;

decisões das Turmas divergentes, da seção de dissídios individuais;

decisões das Turmas divergentes de enunciados e súmulas;

decisões das Turmas que violem lei federal ou a Constituição Federal (embargos de nulidade).

A divergência deve ser comprovada pelo embargante na forma da Súmula n. 337 do Tribunal Superior do Trabalho, conforme anteriormente transcrito.

1.6. Agravo Regimental

O agravo regimental é o agravo previsto nos regimentos internos dos tribunais; é, também, recurso no sentido restrito, limitando-se ao exame do despacho agravado, quase sempre nos mesmos casos do agravo de instrumento. A regra está em cada regimento.

1.7. Pedido de Revisão

O pedido de revisão é recurso de decisão interlocutória – quebrando a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias – quando o valor da causa for indeterminado e for fixado pelo juiz.

Na audiência, por ocasião das razões finais, poderá qualquer das partes impugnar o valor fixado; se, entretanto, o juiz o mantiver, o interessado poderá interpor o recurso de revisão, em um prazo de 48 horas, sem efeito suspensivo. A sede legal encontra-se na Lei n. 5.584/70, que dispõe sobre regras de direito processual.

1.8. Recurso Adesivo

O art. 500 do Código de Processo Civil é que nos permite a possibilidade do recurso adesivo. Neste artigo consta a sua configuração, estabelecendo a Súmula n. 196

do Tribunal Superior do Trabalho a compatibilidade desse recurso com o Processo do Trabalho.

“O recurso adesivo é compatível com o Processo do Trabalho, onde cabe, no prazo de oito dias, no recurso ordinário, na revista, nos embargos para o Pleno e no agravo de petição.”

O prazo de oito dias tem cabimento nas ações julgadas “procedentes em parte”, isto é, quando os litigantes são ao mesmo tempo vencedores e vencidos.

Nesses casos, quando uma das partes recorre, a outra, que não interpôs recurso, além de fazer as contra-razões, poderá *aderir* ao recurso principal.

O recurso adesivo seguirá a sorte do principal, porque a ele está subordinado quanto aos requisitos formais. Por exemplo, se o principal não subir por intempestivo, o adesivo também não sobe.

1.9. Embargos Declaratórios

Discute-se na doutrina a natureza dos embargos declaratórios; todavia, como mencionado no capítulo dos recursos, entendemos que essa é a sua natureza (art. 496 do CPC).

Os embargos declaratórios vêm estabelecidos no art. 535 do Código de Processo Civil, interpostos, no prazo de cinco dias das sentenças ou acórdãos, nos casos de obscuridade, contradição e omissão.

Os embargos declaratórios interrompem o prazo para eventuais outros recursos, para ambos os litigantes (art. 538 do CPC).

Importante a Súmula n. 278 do Tribunal Superior do Trabalho:

“A natureza da omissão, suprida pelo julgamento de embargos declaratórios, pode ocasionar efeito modificativo no julgamento”.

A omissão ou a contradição não argüida em embargos implica preclusão, não podendo ser suscitada em grau de recurso (Enunciado n. 297 do TST).

1.10. Recurso Extraordinário

São pressupostos específicos dos recursos extraordinários: a existência de uma causa; que essa causa tenha sido decidida em única ou última instância por um tribunal e que a decisão tenha envolvido (direta ou indiretamente) questão federal.

Ao Superior Tribunal Federal, como guardião por excelência da Constituição Federal, incumbe exercer o controle da constitucionalidade dos atos inferiores de quaisquer dos Poderes da República.

A Súmula n. 279 do Superior Tribunal Federal estabelece: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Outras súmulas ajudam a configuração do recurso em exame, como a de n. 400 (decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a”) ou a de n. 454 (simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário).

No campo trabalhista, o recurso extraordinário é interponível das decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, desde que agridam a Constituição Federal, no prazo de 15 dias.

1.11. Correição Parcial

Para a moderna doutrina publicista, a correição parcial teria caráter recursal. Não concordamos, porém, uma vez que entendemos essa figura como uma providência de natureza administrativa.

Cabe correição quando existentes dois pressupostos: ato judicial atentatório à boa ordem de procedimento e que não possa ser impugnado por recurso.

A tarefa de fixar prazo tem sido cometida aos regimentos internos dos tribunais. Segundo norma do Tribunal Superior do Trabalho, o prazo é de cinco dias e, assim, esse prazo é, normalmente, reproduzido pelos tribunais regionais.

A petição é autuada na Secretaria da Corregedoria Regional, de maneira fundamentada. O juiz, cujo ato é impugnado, presta as informações necessárias e o corregedor procede ao julgamento.

Execução – Noções Gerais

1. CONCEITO

Executar é o cumprimento da obrigação decorrente de título judicial (sentença ou acordo homologado pelo órgão jurisdicional) ou extrajudicial, por intermédio do órgão jurisdicional, tanto na Justiça Comum como na Justiça do Trabalho.

Dos títulos judiciais decorrem obrigações de dar (dinheiro), de fazer e de não-fazer. As obrigações extrajudiciais advêm dos acordos não-cumpridos, realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei n. 9.958/2000).

2. ESTRUTURA DA EXECUÇÃO

A estrutura jurídica da execução trabalhista se divide em três tipos de atos: de accertamento; de constrição e de alienação.

2.1. Atos de Acertamento

Atos de accertamento são todos aqueles praticados com a finalidade de dar liquidez à sentença que transitou em julgado. A liquidação pode ser realizada por meio de simples cálculo, por arbitramento e por artigos de liquidação.

2.2. Atos de Constrição

Atos de constrição são os praticados para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação determinada pela coisa julgada.

2.3. Atos de Alienação

Atos de alienação são atos praticados para tornar efetiva a expropriação do patrimônio do devedor e, assim, com o resultado dessa alienação, satisfazer a obrigação.

3. ESTRUTURA LEGAL

Por estrutura legal temos as normas que devem ser consideradas para a solução dos problemas inerentes à execução trabalhista. Entre essas normas ressaltam-se: a

Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei n. 6.830/80 (dos Executivos Fiscais), a Lei n. 5.584/70 e o Código de Processo Civil.

O diploma principal a ser consultado é, sem dúvida, a Consolidação das Leis do Trabalho; portanto, somente após a constatação de lacuna na lei consolidada, e havendo compatibilidade entre os princípios trabalhistas e a lei a ser aplicada, é que o aplicador da norma poderá utilizar-se dos demais diplomas legais.

4. COMPETÊNCIA

A competência para executar a sentença é do juiz que a proferiu, assim como a competência para a execução do acordo perante a Comissão de Conciliação Prévia é do juiz que teria competência para o processo de conhecimento (art. 877-A da CLT).

5. CONCORDATA E FALÊNCIA

A execução da empresa em concordata ou em falência já propiciou acerbos discussões sobre a competência e a forma de desenvolvimento do processo executivo. Em parte tais discussões amainaram na doutrina e na jurisprudência.

A concordata – favor legal pelo qual o comerciante honesto, mas insolvente, pode fazer um acordo com os credores quirografários, perante a Justiça – não oferece problemas na execução de título trabalhista, por dois motivos:

O credor trabalhista de forma alguma pode ser considerado quirografário. Trata-se de um credor privilegiado e, como tal, deve ter os seus salários e créditos decorrentes do contrato, pagos normal e regularmente, mesmo quando a empresa se encontrar em concordata.

O contrato de trabalho não sofre qualquer solução de continuidade em virtude de concordata, o mesmo ocorrendo em virtude de falência, que, no entanto, provoca na execução obstáculo ao credor trabalhista igual aos obstáculos provocados aos demais credores (art. 449 da CLT).

A Súmula n. 227 do Supremo Tribunal Federal estabelece: “a concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação do empregado na Justiça do Trabalho”.

No tocante à falência, alguns aspectos devem ser ressaltados. É certo que o empregado pode reclamar na Justiça do Trabalho os seus créditos. O problema se verifica na execução dos créditos decorrentes de ato sentencial.

Em primeiro lugar, há que se distinguir as sentenças líquidas das sentenças ilíquidas. Somente as líquidas reúnem condições para habilitação do crédito.

Assim, os atos de acertamento – liquidação – ocorrerão necessariamente na Justiça do Trabalho. Não há qualquer dúvida sobre esse fato. Depois de promovida a liquidação é que as discussões sobre a competência começam a atormentar o aplicador da norma. Isso se dá porque o Juízo falimentar é considerado universal, isto é, todas as execuções do falido devem ter nele o mesmo escoadouro. Contudo, o crédito trabalhista mostra-se diferenciado.

Ninguém ignora que o princípio deve ser respeitado: o Juízo falimentar atrai todas as execuções (*vis attractiva*), mas a regra do art. 23 da Lei de Falência possui exceções e uma delas é de que as execuções iniciadas antes da falência devem continuar no Juízo trabalhista. Além do mais, os títulos laborais não são sujeitos a rateio. Decretada a falência antes do início do processo executivo, estando líquida a sentença, opinam alguns doutrinadores que o credor trabalhista deveria inscrever o seu crédito no Juízo falimentar. Outros entendem que toda e qualquer execução de sentença trabalhista deverá ser feita, não importando o momento na vida do credor – se falido ou não – ,sempre na Justiça do Trabalho.

Essa é a tendência jurisprudencial. Martins Catharino entende que, se a execução envolve créditos denominados superprivilegiados, a competência da Justiça do Trabalho deve prevalecer até o final, uma vez que desaparecem as razões que recomendam a universalização do Juízo falimentar.

Ainda encontram-se vozes discordantes, aqui e ali, sobre a melhor maneira de se executar o crédito trabalhista. O Ministro Costa Leite, como relator de um processo, decidiu: “Decretada a falência, a execução do julgado trabalhista, inicia-se ou prossegue-se no Juízo falimentar, mesmo que já se tenha aperfeiçoado a penhora. Precedentes. Conflito conhecido” (STJ/2, *Séc.*, CC n.16.445-PR, rel. Min. Costa Leite, DJU-1 de 6.10.1997, p. 49.863; *IOBJur* 3/13936 de jan./98).

Na doutrina existem os que estabelecem o marco da penhora. Se essa ocorreu no Juízo trabalhista, a execução continua na justiça especializada; se ainda não houve o ato de força do Estado – constrição máxima – para o pagamento da dívida decorrente da sentença na Justiça do Trabalho, quando a falência da empresa empregadora for decretada, deverá o reclamante habilitar seu crédito no Juízo da falência.

6. EXECUÇÃO POR CARTA

O julgamento dos embargos à execução, que tem pontado a doutrina e a jurisprudência, deve ser feito no Juízo deprecante; e o julgamento dos problemas relativos ao ato de penhora, no Juízo deprecado.

Execução – Liquidação

1. ATOS DE ACERTAMENTO

Os atos de acertamento são aqueles que objetivam a liquidação do processo. A liquidação do processo pode ocorrer de três maneiras: liquidação por cálculo, liquidação por arbitramento e liquidação por artigos.

2. LIQUIDAÇÃO POR CÁLCULO

A liquidação por cálculo ocorre quando a condenação, para ser transformada em valores, depender de simples cálculo aritmético.

Em tese são esses os seguintes passos:

a parte requer;

o juiz defere a remessa dos autos ao contador;

após feitos os cálculos as partes terão dez dias para a manifestação;

o juiz profere a sentença de liquidação;

cita-se o devedor para o pagamento.

Outra pode ser a forma do procedimento:

as partes apresentam cálculos;

o juiz opta pelos cálculos que achar corretos, sem necessidade de vista à parte adversa;
o juiz homologa os cálculos.

3. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO

A liquidação por arbitramento ocorre quando determinado pela sentença ou convencionado pelas partes, ou, ainda, quando o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Essa forma de acertamento assim se desenvolve:

o juiz nomeia perito e fixa o prazo para a entrega do laudo;

apresentado o laudo, as partes sobre ele se manifestam no prazo de dez dias;

o juiz profere a sentença ou designa audiência de instrução e julgamento.

4. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS

Essa forma de acertamento acontece quando para determinar o valor houver necessidade de alegar e provar fato novo. O procedimento adotado é o seguinte:

o exeqüente peticiona, observados os requisitos para as petições iniciais, pedindo a fixação do *quantum debeat*;

aponta o exeqüente as provas que pretende deduzir;

o executado terá o prazo de dez dias para a impugnação;

impugnados os artigos, conclusos os autos, o juiz decidirá de plano, se tiver elementos necessários para embasar sua convicção. Caso contrário, prosseguirá na instrução do feito;

dada a sentença, a execução prosseguirá com a citação do devedor para pagar.

5. CITAÇÃO

O juiz expedirá o mandato de citação ao executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo ou, em se tratando de pagamento em dinheiro, para que pague em 48 horas, ou garanta a execução, sob pena de penhora.

5.1. Hipóteses Posteriores à Citação

O executado efetua o pagamento e, assim, termina a execução.

O executado não paga, mas garante a execução e demonstra o seu inconformismo através do remédio processual adequado.

O executado não paga nem garante a execução. Segue-se a penhora dos bens, tantos quantos bastem para cobrir a condenação, acrescida de juros e correção monetária, custas, emolumentos, honorários e demais despesas.

6. PENHORA

A penhora é um meio coercitivo do Estado para vencer a resistência do devedor.

Ao devedor incumbe o ato de nomear bens à penhora, mas o rol não vincula o juiz, que poderá substituir o bem.

Caso o devedor não nomeie bens, o juiz determinará ao oficial de justiça que os penhore.

7. EMBARGOS

Garantida a execução ou penhorados os bens (art. 884 da CLT), o executado terá cinco dias para apresentar seus embargos e o exequente igual prazo para a impugnação dos cálculos.

Na mesma sentença o juiz julgará os embargos e a impugnação dos cálculos.

O conteúdo dos embargos à execução encontra seu respaldo legal no art. 884, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Entendemos aplicável ao processo do trabalho o art. 741, inc. I, do Código de Processo Civil.

Da decisão dos embargos à execução e da impugnação dos cálculos (que pode ser feita tanto pelo exequente quanto pelo executado) cabe agravo de petição.

Embargos à Execução

1. INTRODUÇÃO

No final do Capítulo anterior abordamos os embargos à execução, afirmando que da decisão dos embargos e da impugnação caberá agravo de petição. O agravo de petição já foi estudado no Capítulo referente aos recursos. No presente Capítulo iremos prosseguir, detalhando e aprofundando um pouco mais a figura dos embargos à execução.

2. EMBARGOS

Algumas considerações devem ser retomadas em relação ao regime legal dos embargos à execução. A matéria vem assentada no artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, que pode ser assim resumido:

segundo o seu *caput* a execução deve ser garantida ou, então, penhorados os bens para que, no prazo de cinco dias, o executado possa apresentar os embargos;

menciona o § 1.º que a matéria de defesa, ou seja, de embargos, se restringe:

à alegação de cumprimento da decisão; - à alegação e ao cumprimento do acordo;

à alegação de quitação ou de prescrição da dívida. Nesse ponto chamamos a atenção para o nosso entendimento de que deve ser aplicado o artigo 741 do Código de Processo Civil, além do dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho porque o artigo 741 é muito mais completo ao estabelecer: "I falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – ilegitimidade de partes; IV - cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução, ou nulidade desta até a penhora e VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição desde que supervenientes à sentença".

Observe-se que o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título”. Assim, havendo lacuna na lei trabalhista e compatibilidade na regra processual comum com os dispositivos celetistas pode ser a norma processual comum empregada. Embora a Consolidação das Leis do Trabalho não seja omissa – artigo 884 – é fato que não abrange todas as situações possíveis. Daí a possibilidade de emprego do artigo 741 do Código de Processo Civil.

- o § 2.º possibilita ao juiz marcar instrução na fase de execução, com a oitiva de testemunhas;
- o § 3.º afirma que somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença. Na verdade, entendemos que o legislador quis dizer “somente nos embargos à execução”. Embargos à penhora é o ataque ao ato de penhora, por excesso de penhora, por irregularidade na mesma, enfim, por diversos fatores. O caso, portanto, é de embargos à execução. No mesmo prazo – isto é, de cinco dias, a partir da garantia – poderá o exequente impugnar também a sentença. Isto é, exequente e executado, nesse momento, poderão impugnar, contrariar as contas, conforme foram aprovadas pelo juízo. Recapitulando, no prazo de cinco dias da garantia do juízo, alguns acontecimentos podem surgir: impugnação dos cálculos e embargos à execução pelo executado e impugnação de cálculos pelo exequente, tudo no mesmo prazo.

de acordo com o § 4.º o juiz deve julgar na mesma sentença os embargos e as impugnações. Aqui, deve ser lembrado que o credor previdenciário também pode impugnar cálculos.

o § 5.º, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35 de 24.8.2001, menciona ser inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou tido como incompatíveis com a Constituição Federal.

3. FAZENDA PÚBLICA

A garantia do juízo é imprescindível para que a execução possa ser embargada; todavia, em se tratando de Fazenda Pública, não há que se falar em garantia. A Fazenda não é citada para pagar em 48 horas e, sim, chamada para embargar. Não havendo embargos o juiz requisitará, desde logo, o pagamento da quantia respectiva através de precatório. São aplicáveis os artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil (“Execução contra Fazenda Pública”). O prazo para a Fazenda embargar também é o mesmo, ou seja, de 48 horas, não existindo a contagem do quádruplo ou do dobro porque tais prazos referem-se à fase cognitiva.

4. DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Somente a Fazenda Pública, como vimos, não se submete à regra da garantia patrimonial do juízo para oferecer embargos à execução, tendo em vista a cláusula legal da impenhorabilidade dos bens públicos. Todavia, de uns tempos para cá, vem ganhando terreno a possibilidade de o devedor alegar determinadas matérias embargando, sem ter de efetuar a garantia. A isso chamamos exceção de pré-executividade.

Importante nesse passo as lições de Manoel Antonio Teixeira Filho: “... não podemos ignorar a existência, também no processo do trabalho, de situações especiais, em que essa imposição de garantimento patrimonial da execução poderá converter-se em causa de gritante injustiça, como quando o devedor pretender argüir, digamos, nulidade, por não haver sido comprovadamente citado para a execução. Em muitos desses casos o devedor poderá não dispor de forças patrimoniais para garantir o juízo, circunstância que o impossibilitará de alegar, na mesma relação processual, a nulidade da execução ...”(Execução no Processo do Trabalho, 7.ª ed., São Paulo, LTr, p. 601).

Entendem alguns que a exceção de pré-executividade é um incidente na execução e o ato jurisdicional que a rejeitar terá natureza de decisão interlocutória, não podendo ser impugnado de maneira autônoma. Entendemos que, se assim for concluído, a própria exceção perderá sua finalidade. Desse modo, poder-se-ia reconhecer em caráter excepcional que a decisão contrária poderia ser impugnada mediante agravo de petição. Caso a exceção seja acolhida, evidentemente dela caberá agravo.

5. DA COMPETÊNCIA

O juiz da ação é também o juiz da execução.

No que concerne à execução através de precatório firmou-se a regra de que o juízo deprecado é o competente para apreciar a matéria de bens por ele penhorados. Quanto aos embargos, a competência é do deprecante.

6. DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Aplicável o artigo 588 do Código de Processo Civil:

“A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: I – corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor; II – não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução, restituindo-se as coisas no estado anterior. Parágrafo único. No caso do n. III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução”.

Também aplicável o artigo 589 do Código de Processo Civil: “A execução definitiva far-se-á nos autos principais; a execução provisória, nos autos suplementares, onde os houver, ou por carta de sentença extraída do processo pelo escrivão e assinada pelo juiz. São requisitos da carta de sentença (art. 590 do CPC): I – autuação; II – petição inicial e procuração das partes; III – contestação; IV – sentença exequenda; V – despacho de recebimento do recurso”.

No processo do trabalho a execução provisória será processada sempre através de carta de sentença.

7. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO E À ADJUDICAÇÃO

O devedor pode oferecer embargos à arrematação ou à adjudicação, pois os mesmos têm lugar após a praça ou o leilão, fundados em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, após a penhora (art. 746 do CPC). O prazo será de cinco dias a contar do auto de arrematação ou de adjudicação.

8. EMBARGOS À REMIÇÃO

Poderão o arrematante e/ou o adjudicante apresentar embargos à remição - a remição é o fenômeno que ocorre na praça, pelo executado que ao remir paga a dívida toda, mais juros e correção monetária, custas e honorários advocatícios e tudo que restar pagar - quando a remição for deferida arbitrariamente pelo juiz.

9. EMBARGOS DE TERCEIRO

Terceiro é a pessoa física que não consta do título executório, embora possa responder subsidiária ou solidariamente (sócio, empresa participante do grupo econômico, responsável nos termos do art. 455 da CLT, cônjuge etc.). Os embargos de terceiro são um incidente no processo. No processo do trabalho ocorre na fase executória, uma vez que só aí os bens de terceiro poderão vir a ser penhorados. Os embargos de terceiro podem ser opostos até cinco dias após a arrematação, a adjudicação ou a remição, contanto que a respectiva carta não tenha sido assinada.