

GUIA PRÁTICO TRABALHISTA

*Dicas de atuação prática para
jovens advogados*



**Comissão Especial de
Direito do Trabalho**
Subseção de Bragança Paulista

sumário

Prefácio	01
Técnicas de Entrevista e Elaboração de Petição Inicial	02
Atuação em Audiências	05
Ônus da Prova	08
Recursos Trabalhistas	13
Estabilidade da Empregada Gestante	18
Aspectos Gerais da Defesa Trabalhista	20
Conclusão	28

PREFÁCIO

É com grande alegria que apresento o e-book desenvolvido pela Comissão da Advocacia Trabalhista da OAB de Bragança Paulista. Este trabalho é resultado do esforço conjunto de advogados e advogadas que militam no direito do trabalho e enfrentam diariamente os desafios recorrentes da advocacia trabalhista, muitos deles decorrentes das transformações ocorridas no mundo do trabalho pós-pandemia.

Nesse cenário, a Comissão da Advocacia Trabalhista da OAB de Bragança Paulista tem um papel fundamental ao congregar em um mesmo espaço institucional a advocacia que milita no direito do trabalho. Essa iniciativa é essencial para fomentar a discussão de questões relevantes da área, e encontrar soluções para os problemas enfrentados pelos advogados trabalhistas em seu cotidiano, sendo essencial que essa categoria esteja permanentemente atualizada e preparada para enfrentar desafios, buscando soluções jurídicas inovadoras e eficazes para proteger os direitos e interesses dos trabalhadores em um mundo em constante evolução.

Este e-book é uma contribuição importante para o conhecimento jurídico e o aprimoramento profissional dos advogados que atuam na área, que traz um conteúdo atualizado e completo. Os leitores terão oportunidade de explorar uma variedade de temas relevantes para a advocacia trabalhista, como técnicas mais inovadoras de entrevista e elaboração de petição inicial após a reforma trabalhista, riscos do contrato temporário de trabalho, desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução, recursos trabalhistas, ônus da prova, teoria da distribuição dinâmica, dano moral, audiências e proteção de dados.

Esse rico trabalho da Comissão da Advocacia Trabalhista da OAB de Bragança Paulista é digno de reconhecimento e elogio, sendo a elaboração deste e-book um grande exemplo do comprometimento dos advogados envolvidos com a Comissão, que se dedicam a contribuir para a formação e o desenvolvimento da advocacia trabalhista em nossa região, além do constante aprimoramento quanto à matéria.

Parabéns à Comissão da Advocacia Trabalhista da OAB de Bragança Paulista pelo trabalho realizado e pela iniciativa de compartilhar seus conhecimentos e experiências neste e-book. Tenho certeza de que esta obra será uma referência importante para todos os advogados que atuam na área trabalhista.

Boa leitura!



Técnicas de Entrevista e Elaboração de Petição Inicial pós Reforma

Organização. Pode parecer simples demais, ou até clichê, mas a dica que eu tenho pra te dar hoje é: preze pela organização na sua carreira. É ela que lhe dará o profissionalismo necessário, a pontualidade, que te fará não perder prazos e tirará você da mediocridade na advocacia.

Falando assim até parece fácil, mas nem sempre é. Então, vamos começar organizando este texto, porque na vida é preciso sempre dar o exemplo, não é mesmo?

O intuito principal, no início de tudo, é fazer o cliente “fechar com você”, sentir a confiança necessária para entregar aquele problema em suas mãos. Para isso, mantenha definido em seu escritório (seja ele grande, com funcionários contratados ou no fundo da casa da sua tia) um cronograma, um passo a passo que a pessoa irá percorrer antes de se tornar um cliente.

Pense, analise dentro da sua realidade, e responda a questões como:

- Deseja cobrar consulta ou apenas porcentagem no final do processo? Após escolher, defina os seus respectivos valores.
- Em caso de acordo extrajudicial ou judicial como se darão os pagamentos? As primeiras parcelas serão do escritório ou descontará porcentagem referente a honorários mês a mês?
- Possui maquinário para digitalizar os documentos ou pedirá ao cliente para te mandar tudo de forma on line? O que fará caso o cliente não saiba ou não possa fazê-lo?
- Como se dará a comunicação entre vocês? Há advogado que passa celular pessoal, outros possuem número comercial com WhatsApp, alguns ainda trabalham com telefone fixo, e-mail, entre outros.
- Existe mídia social no seu escritório? Nos dias de hoje o Instagram, Youtube e até mesmo o Facebook (considerado fora de moda por alguns) podem ajudar muito na captação e manutenção de clientes.

Defina essas e outras questões acerca de como a sua advocacia vai funcionar estruturalmente e assim proporcione um atendimento uniforme aos clientes.

Uma vez que aquele cliente te escolheu (parabéns, chegou ao próximo nível), é preciso não apenas preencher documentos como procuração e contrato de honorários, mas também explicar de forma clara e objetiva a razão de cada assinatura. Isso mostra cuidado e evita desentendimentos futuros.

Também nessa fase, sempre defina se as suas entrevistas serão apenas presenciais ou se também agendará entrevistas por chamadas de vídeo. Explique ao cliente quais os documentos (lista sempre funcionou comigo) serão necessários para ingressar a ação e, após a entrega de todo o material pelo cliente, qual o prazo médio de espera para de fato protocolar. Esta estimativa deve ser feita pela urgência do caso concreto, somada a data de prescrição, bem como pelo número médio de entradas mensais do

do seu escritório. Tal definição não só ajudará a acalmar a ansiedade daquele que “carrega o problema”, como também o ajudará, pois trará certo ritmo ao seu escritório, evitando pilhas de processos sem dar entrada.

A entrevista de fato, aquilo que você irá perguntar ao cliente, deve estar pré-definida em uma espécie de roteiro. E antes que você pense que eu estou propondo uma advocacia engessada, eu lhe falo: isso é apenas para que haja um direcionamento. Para que no calor da conversa ou no caso daquele cliente que conta sua história de forma embaralhada, confusa, não fiquem pontas soltas ou te leve a esquecer de algo importante. Acredite, acontece até mesmo com aqueles dotados de memória invejável quando se tem muitos clientes, audiências, prazos, cansaço.

Então, mais uma vez eu lhe digo, organize-se! Tenha um roteiro padrão e “comece do começo”. Porque a dor do seu cliente vai fazer com que, muitas vezes, ele perturbe a ordem dos acontecimentos. Uma mulher alvo de assédio no ambiente de trabalho, por exemplo, na maioria das vezes vai sentar na cadeira do seu escritório pronta pra narrar essa situação tão terrível pela qual passou e, envolvido nisso, o advogado iniciante pode esquecer de confirmar se, sobre as horas extras, havia ou não controle de jornada e como ele se dava na prática. Evite ligações posteriores, dúvidas simples deixadas pra depois e transpareça mais coerência em consequência.

Bom, finalmente chegamos à petição inicial, e é claro que o Dr(a) que lê este humilde texto já possui seu próprio modelo, seus pedidos, embasamento legal e a sua própria maneira de redigir um texto. Ora, para isso servem as aulas de prática e os estágios durante a faculdade. Mas, existem alguns macetes que são capazes de ajudar a aprimorar sua peça.

Pessoalmente, não gosto da técnica de separar os fatos, do direito e pedidos. Me parece mais fácil a compreensão quando o advogado divide a peça em itens e em cada um deles narra o fato, já explicitando o direito que foi ferido e pleiteando o que de direito. Ao final, repete os pedidos, reafirmando o item em que os descreveu. Algo mais ou menos assim:

Imagine que o seu cliente realizava horas extras de forma habitual e estas eram pagas de forma errada, sem o percentual previsto na convenção coletiva e sem a inclusão do adicional noturno na base de cálculo dessas horas. Neste caso, o item da petição deve trazer os horários da jornada, a forma como eram anotadas as horas realizadas, o artigo de lei ou cláusula da convenção coletiva que dá direito ao pagamento e quem sabe até mesmo um quadro demonstrativo de diferenças entre o que foi pago pelo empregador e o que de fato era devido ao empregado. Não esquecendo de, ao final, repetir todos os pedidos realizados no corpo da petição.

Pois bem, isso é uma questão de gosto pessoal. O que de fato não pode faltar são os valores. Os temidos valores que antes ficavam a cargo da fase de liquidação e que hoje permeiam a vida do advogado desde a petição inicial.

Confesso que aqui não terá outro jeito, você precisará aprender a fazer a matemática do processo desde logo. Seja em calculo livre, daqueles feitos à mão, seja aprendendo a utilizar ferramentas de cálculo, tal como o PJE Calc, será necessário apontar com o maior grau de precisão possível, o valor atrelado a cada um dos pedidos realizados.

Mas calma, trata-se de mera estimativa e eu sugiro que você traga essa informação expressamente em sua petição, por precaução, caso necessite fazer recurso pautando-se neste tema.

O problema aparece quando o advogado não tem a documentação necessária para fazer os cálculos, pois, na maioria das vezes, a empresa é a possuidora dos extratos, planilhas, recibos. Neste caso, o profissional deve se ater ao que lhe foi narrado pelo cliente durante a entrevista.

Ocorre que nem sempre a entrevista é fiel a verdade. Não me interprete mal, não estou dizendo que seu cliente é mentiroso e que você não deve confiar na palavra dele, longe disso! Mas lembre-se o advogado é o primeiro Juiz da causa. Assim, cabe a você, Dr (a), investigar a fundo o que lhe for dito, fazendo as vezes de um verdadeiro magistrado, neutro, imparcial.

Então, volte no tópico entrevista e entenda que uma boa petição inicial parte de uma entrevista detalhada. Não tenha medo de questionar o cliente, principalmente se a história trazer algum ponto solto, algo que não soar coerente. Algumas pessoas tem mais dificuldade que outras para lembrar detalhes de um contrato de trabalho e muitas vezes a forma como você direciona a pergunta pode mudar a resposta.

Assim, mais uma vez, lhe conto, meu nobre colega, o segredo está na organização.

Bruna Martins é advogada, atuante na região bragantina e presidente da Comissão de Direito do Trabalho da 16ª Subseção da OAB/SP.

Atuação em Audiências

A audiência trabalhista se mostra, ao advogado iniciante ou sem prática na área, algo muito intimidador. Isso acontece porque o processo do trabalho é célere e segue o princípio da oralidade, a busca pela verdade real e a pluralidade de atos em uma mesma audiência, divergindo dos outros ramos do Direito.

Entretanto, quero demonstrar, ainda que em poucas linhas, como a audiência trabalhista pode sim ser descomplicada e eficaz.

Alguns pontos iniciais são importantes para obter sucesso na empreitada. Pode parecer trivial, mas uma boa entrevista é chave para inaugurar o processo com excelência e sim, fazer uma audiência de forma mais tranquila. Não se esqueça de que o advogado é o primeiro juiz da causa, você deve se convencer dos fatos e entender as minúcias do contrato de trabalho de cada cliente.

Assim, aquele advogado que elabora perguntas com calma durante a entrevista e que compara outros casos com o do seu cliente tem muito mais chances de obter segurança na hora de elaborar perguntas em audiência.

Também é fundamental ler o despacho com bastante atenção, para se preparar, sabendo se a audiência é UNA (onde todos os atos são concentrados em uma única audiência) ou se o juízo desmembrou em audiência inicial e de instrução e julgamento.

Com o tempo, a cartela de clientes aumenta e o escritório passa a ter inúmeros casos para acompanhar. É fundamental manter um sistema operacional, agenda ou secretaria que lembre o cliente e as possíveis testemunhas da data da audiência quando esta se aproximar. Isso evita muita dor de cabeça, arquivamentos, revelias e torna seu atendimento muito mais profissional.

Tomados estes cuidados, vamos à análise da audiência, analisados na ordem de acontecimentos e com dicas que podem ajudar em cada um desses momentos.

PASSO A PASSO DA AUDIÊNCIA TRABALHISTA:

1. O ACORDO: ART. 846 DA CLT

Advogado do Reclamante:

O cliente não é obrigado a aceitar a proposta da empresa e o advogado pode dar sua opinião profissional, mas lembrando sempre que o crédito pertence a ele.

Havendo duas Reclamadas, por vezes, uma delas pede para ser excluída do processo, para tanto observe sempre a capacidade econômica da empresa que pretende continuar no polo passivo.

Advogado da Reclamada:

A discriminação das verbas consiste em identificar o que está sendo pago na conciliação.

A discriminação das verbas determinará se incidirão descontos previdenciários sobre o valor pactuado. Vide §3º do artigo 832 da CLT.

Sobre as verbas indenizatórias não incide INSS, verifique todos os pedidos dessa natureza antes da audiência (se não tiver muita prática vale levar uma “colinha”).

O juiz não é obrigado a homologar a discriminação feita pelo advogado, podendo pedir que este a refaça no desenrolar da audiência.

Ambas as partes:

Atenção a ata, valores, parcelamento, datas, consequências do descumprimento (retorno ao status quo ante ou prosseguimento na execução).

2. RECEBIMENTO DA CONSTESTAÇÃO – ART. 847 DA CLT

Protocolada no PJE.

Se a Reclamada não comparece, mas há juntada da defesa esta e seus documentos serão aproveitados.

Cabe apresentação de reconvenção e exceção de incompetência, suspeição e impedimento.

3. MANIFESTAÇÃO SOBRE DEFESA E DOCUMENTOS (RÉPLICA)

Existe juiz que dá prazo para réplica escrita, mas dependendo do tipo de audiência (UNA, por exemplo) e da prática costumeira da Vara, o advogado pode precisar fazer de forma oral, no momento da audiência.

O mais importante a fazer nesses casos:

- as devidas impugnações;
- ver os documentos juntados pela defesa;
- analisar previamente o ônus da prova.

4. DEPOIMENTO PESSOAL DAS PARTES – ART. 848 DA CLT

Ouvir a parte contrária é facultativo.

O juiz poderá ouvir as partes se assim desejar. Ao ouvir busca-se a confissão (rainha das provas).

Cautela: sempre saber de quem é o ônus da prova para elaborar as perguntas.

5. OITIVA DE TESTEMUNHAS

Quantas levar? Rito ordinário 03/ Rito sumaríssimo 02

Quem levar? Atenção para a suspeição (amizade, inimizade, interesse) e impedimento (parentesco).

Caso a parte contrária possua algum motivo de suspeição ou impedimento não esqueça de contraditar a testemunha. Momento para fazê-lo: após qualificação e antes que preste compromisso.

Perguntas e respostas:

Cuidado com respostas diretas do seu cliente.

Faça sempre perguntas indiretas.

Se o juiz indeferir uma pergunta ou uma testemunha sua: PROTESTE!

6. RAZOES FINAIS – ARTIGO 850 DA CLT

Oralmente em 10 minutos (ou peça prazo)

Reforçar os pontos a favor do seu cliente.

Muito importante: renovar os protestos antipreclusivos realizados ao longo da audiência.

Colocar em evidencia provas dos autos, inclusive os depoimentos colhidos.

7. FINALIZADA A AUDIÊNCIA

Não se esqueça de conversar com o seu cliente, pergunte se ele entendeu tudo o que aconteceu na sala de audiência e se disponibilize a explicar o que for necessário.

Se houve acordo anote para o seu cliente ou mande posteriormente as datas de pagamento para que ele possa acompanhar.

Se houve desmembramento da audiência lembre de passar a nova data com antecedência e lembrar próximo a data.

Mantenha um “pós-venda” amigável e cordial, para que seu cliente se sinta acolhido de forma profissional e indique o seu trabalho para um colega.

DICAS EXTRAS:

Se houver perícia técnica esta devera ser agendada pelo magistrado em audiência, ocasião em que a instrução probatória será reagendada.

O acordo pode ser feito a qualquer tempo na justiça do trabalho, inclusive após a instrução processual e antes de finalizada a audiência.

Bruna Martins é advogada, atuante na região bragantina e presidente da Comissão de Direito do Trabalho da 16ª Subseção da OAB/SP.

Ônus da Prova na Justiça do Trabalho e a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

O ônus da prova na justiça do trabalho é um instituto jurídico processual utilizado para a análise e determinação da incumbência de provar os fatos alegados no processo judicial. Tal ônus pode incidir sobre qualquer das partes, dependendo da necessidade da apresentação de prova ou da ausência de elementos para a conclusão da lide.

No tocante à apresentação de provas no processo, a incumbência dada às partes pela norma legal tem reflexo direto no julgamento da demanda, isso porque na prolação da sentença se o magistrado se deparar com fato que necessitaria de prova, mas que não se encontra provado nos autos, aplicará as regras do ônus da prova, identificando a parte que estava incumbida do encargo de apresentar a prova e não o fez.

Em regra, no ordenamento jurídico processual, o ônus da prova cabe à parte que apresenta a alegação dos fatos, cabendo ao reclamante, provar o fato constitutivo de seu direito, e ao reclamado, provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante, conforme preconiza o art. 818 da CLT.

No entanto, na justiça do trabalho, em razão do notório desequilíbrio entre as partes, no que tange a facilidade de acesso e obtenção de provas necessárias, em desfavor do empregado, admite-se tanto a inversão do ônus da prova em alguns casos, quanto a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme previsão legal, no art. 818, § 1º da CLT. Assim, aplicar a correta distribuição da prova pode ser o ponto chave para se ter êxito em um processo.

Ante a complexidade existente para a aplicação do instituto jurídico do ônus da prova e de sua distribuição dinâmica, se faz extremamente importante para o advogado trabalhista ter o seu domínio na prática, a fim de se ter a total compreensão quanto às regras do ônus da prova no processo do trabalho, aumentando suas chances de êxito nas demandas judiciais junto à Justiça do Trabalho.

ASPECTO SUBJETIVO E OBJETIVO DO ONUS DA PROVA

Sabendo que a incumbência da apresentação de provas no processo cabe, em regra, à parte que se dirigiu ao juízo na busca da tutela pretendida, assim como a negativa cabe à parte contrária, é importante destacar que na doutrina o ônus da prova pode ser encarado em dois aspectos, o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo.

O aspecto subjetivo é a constituição e distribuição dos encargos probatórios entre as partes, cabendo a cada qual provar suas alegações, com o objetivo de convencer o juízo através das provas apresentadas. Assim, a incumbência das partes de apresentação de provas sobre os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos é chamada de ônus subjetivo.

Já o aspecto objetivo está relacionado a atuação do magistrado, que deve avaliar as circunstâncias específicas do processo, bem como as alegações e as provas produzidas, com a finalidade de julgar a lide com base nos elementos probatórios produzidos, independentemente de quem tenha trazido determinada prova, ou seja, o ônus objetivo relaciona-se ao vínculo do sentenciante com as provas produzidas no

processo, seja quem for que as tenha produzido. Nesse sentido, o art. 371, do CPC, preconiza: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Nessa senda, o juiz deve cumprir com sua obrigação de julgar a demanda processual, mesmo havendo dúvidas em relação às alegações, por não existirem provas suficientes no processo. Neste caso o magistrado deve se utilizar da regra do ônus da prova como alicerce para seu julgamento. Em outras palavras, o juiz somente aplicará os preceitos do ônus da prova no julgamento do processo, quando neste não encontrar provas suficientes e determinantes para sua convicção, caso em que se socorrerá das regras quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova.

Em síntese podemos dizer que o ônus subjetivo está relacionado com as partes litigantes do processo judicial, ao passo de que o ônus objetivo guarda relação à atividade do juiz na apreciação das provas, independente de qual parte as tenham produzido. Nessa lógica, podemos concluir que o aspecto subjetivo do ônus da prova só será apreciado após a apreciação do aspecto objetivo, observando o ônus da prova como regra basilar para o julgamento.

FATOS QUE INDEPENDEM DE PROVA

Inicialmente, antes da análise específica sobre de qual das partes é o ônus probatório, se faz necessário refletir se o determinado fato realmente depende de provas. Isso porque há modalidades de fatos que independem de provas, sendo tais fatos excluídos da questão probatória pela própria lei, conforme disposto no art. 334 do CPC.

Cabe destacar que para que o fato seja objeto de prova, ele deve ser controvertido, relevante e determinado e nas hipóteses de incidência do art. 334, os fatos não são assim considerados.

Tal artigo preconiza que “não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Os fatos notórios são os conhecidos da generalidade das pessoas, perceptível por qualquer pessoa de mediano entendimento, com notoriedade relativa. Exemplos: um fato conhecido em determinado local regional, acontecimentos ou datas históricas, fato que faz parte da cultura comum de determinado lugar, feriados nacionais, entre outros. Assim, a parte que alegar qualquer fato notório, não precisará prová-lo, salvo no caso de o juiz não ter conhecimento da notoriedade de tal fato e exigir sua demonstração.

O fato confessado pela parte contrária é o reconhecimento do fato alegado pela parte demandante, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 389 do CPC). Destaca-se que o fato confessado judicialmente faz prova plena contra aquele que a confessou. Por exemplo, se o reclamante afirma que prestou serviços ao reclamado, por um período determinado, recebendo uma quantia fixa, cumprindo um horário pré-estabelecido, e o reclamado confirma tais fatos, aquele não terá de produzir provas da veracidade de suas alegações.

Já os fatos incontroversos são aqueles que não foram contestados pela parte contrária, ou seja, não foram impugnados de forma especificada, nos termos do art. 341, do CPC. Nesse sentido, se o reclamado impugnar apenas um dos fatos alegados pelo reclamante empregado, oferecendo defesa por negação aos demais fatos, restam estes últimos controversos, não havendo qualquer necessidade de se produzir prova deles.

Por fim, os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade são os fatos que sua existência é admitida como verdadeira, com base em um fato conhecido. Em síntese, a presunção concebe como verdadeiro um fato do qual não necessita de prova, porque se torna presumível, diante da demonstração de outro fato provado e certo. Em outras palavras, na presunção admite-se verdadeiro a existência de um fato desconhecido, com base em um fato conhecido. Nesse sentido, é possível se verificar a presunção trazida pela Súmula 12 do TST, ao interpretar o art. 456 da CLT, o qual estabelece que a prova do contrato de trabalho será feita pelas anotações da CTPS, aduzindo que as anotações na CTPS geram presunção relativa de sua veracidade.

Importante destacar que a doutrina reconhece duas espécies de presunção, a presunção comum e presunção legal. A presunção comum é fundada no senso comum do que ordinariamente acontece, por exemplo, presume-se que uma pessoa não consegue trabalhar 20 horas por dia, sete dias na semana. Já a presunção legal ou também chamada presunção jurídica é pautada nas normas e princípios basilares do direito. A presunção legal pode ser absoluta ou relativa, onde esta admite prova em contrário e aquela não admite.

Desta forma, se os fatos não forem notórios, confessados, incontroversos, presumidos ou sobre os quais haja máximas de experiência, exsurge o problema de se verificar de quem é ônus da prova, onde na prática da advocacia trabalhista tal expertise é de extrema relevância para o êxito na demanda judicial.

ÔNUS PROBANTE DAS PARTES NO PROCESSO JUDICIAL

Havendo fatos controvertidos, relevantes, pertinentes e determinados, que dependem de provas, o advogado deve dominar todas essas técnicas a respeito da necessidade das provas e do ônus probatório, ou seja, deve ter clareza sobre em qual das partes estará a incumbência de provar cada um dos fatos controversos.

Assim, torna-se necessário verificar, dentre os fatos controvertidos, quais são constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos, estudando-se a sua natureza jurídica, na chamada distribuição estática do ônus da prova.

Fato constitutivo é o fato que faz nascer o direito ou os efeitos jurídicos pretendidos, ou seja, é o fato a partir do qual se constrói a tese e existem efeitos jurídicos concretos pleiteados pelo reclamante, no processo do trabalho.

Por sua vez, fato impeditivo é o que impede o nascimento do direito ou a produção de efeitos jurídicos do fato afirmado pelo reclamante, podendo se apontar por exemplo, a incapacidade da parte, a ilicitude do ato, dentre outras comprovações que o impeçam o reclamante de obter a tutela pretendida.

Fato modificativo é aquele que altera os efeitos jurídicos do fato constitutivo, ou seja, modifica o direito alegado pelo reclamante, por exemplo, a apresentação de acordo e compensação parcial de horas extras trabalhadas, pois ao apresentar o fato da compensação parcial, o valor devido de horas extraordinárias será reduzido proporcionalmente ao valor compensado.

Por fim, fato extintivo é o que faz desaparecer todos os efeitos jurídicos do fato constitutivo, encerrando por completo o direito do reclamante. Seus exemplos clássicos na justiça do trabalho são: prescrição; decadência; pagamento integral; novação; dação em pagamento e compensação total; acordo cumprido e homologado judicialmente. Pode-se dizer que apresentar prova de fato extintivo do direito do reclamante é evidenciar que o direito pleiteado foi extinto.

Os fatos constitutivos, em regra, devem ser provados pela parte reclamante, e os fatos impeditivos, modificativos e extintivos devem ser provados pelo reclamado, onde este

deve impugnar especificamente as alegações formuladas pelo reclamante, sob pena de serem consideradas verdadeiras, com ressalva das exceções determinadas no próprio dispositivo, para os casos de defensor público, advogado dativo e curador especial, dispensados do chamado ônus da impugnação especificada dos fatos.

No entanto, o ônus da impugnação específica não atinge somente a parte reclamada em sede de contestação, pois aplica-se também ao reclamante em sede de réplica, devendo ser impugnado especificadamente todos os fatos novos suscitados pelo reclamado em sua defesa, sob pena de admissão e, portanto, de incontrovérsia dos fatos, cuja prova se dispensa.

A DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Conforme já explicitado, quando necessária a apresentação de provas dentro do processo judicial trabalhista, as regras quanto à distribuição do encargo de provar encontram-se positivadas no art. 818 da CLT, sendo ônus do reclamante, provar os fatos constitutivos de seu direito e ônus do reclamado provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. Essa regra de distribuição do ônus probatório é chamada de Teoria da distribuição estática do ônus da prova, visto que se é estabelecida de forma prévia e rigidamente especificada, sem analisar qual das partes tem mais facilidade para a produção probante.

No entanto, por vezes, uma das partes pode encontrar-se em evidente debilidade de suportar o ônus de prova essencial ao deslinde do litígio, que pela regra seria ônus de sua incumbência. Neste caso, é admitido a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, defendendo que não pode haver regras rígidas para a distribuição do ônus da prova, sob pena de se causar severas injustiças nos casos em que a parte que tem o ônus subjetivo não tem condições de se desvencilhar dele.

A Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no art. 818, § 1º da CLT, em síntese, consiste em retirar o ônus da prova da parte impossibilitada ou com extrema dificuldade de produzi-la e impor tal ônus à parte que tem melhores condições para a referida produção probante.

A ideia central da distribuição dinâmica no processo do trabalho é a imposição do ônus da prova àquele que estiver em melhores condições de produzi-la, com o objetivo de garantir a existência de igualdade material, além da igualdade formal, entre as partes. Nesse sentido, na grande maioria das vezes, a busca da igualdade material se baseia na proteção do empregado, que geralmente mostra-se em desvantagem para a produção de provas.

Portanto, a distribuição dinâmica do ônus de prova, busca o equilíbrio na lide processual, de modo que as partes possam receber tratamento isonômico no processo, estando, na medida do possível, sobre iguais condições.

Na prática, o advogado deve demonstrar ao juízo a necessidade da distribuição dinâmica do ônus da prova e requerê-las, ao passo que o juiz, concordando com a distribuição dinâmica, deve atribuir, em cada caso concreto, o ônus da prova à parte que apresentar melhor aptidão para a prova, ou seja, a parte que possuir melhores condições de produzi-la.

É importante salientar que não se deve confundir a teoria da distribuição dinâmica com a inversão do ônus da prova, visto que são institutos jurídicos diferentes. Em um caso concreto se o juiz definir o ônus como encargo de quem tem mais condições de produzir a prova, admitindo a distribuição dinâmica do ônus, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não haverá qualquer necessidade de inversão de ônus probante.

CONCLUSÃO

Na prática da advocacia trabalhista é extremamente necessário que o advogado tenha profundo conhecimento da aplicação das regras do ônus da prova trabalhista, isso porque a adequada distribuição probatória pode ser a diferença entre ganhar ou perder seu processo, já que elas são aplicadas rotineiramente na solução dos casos.

Um bom advogado no início do processo já deve analisar a questão do ônus probatório, observando se os fatos que alega dependem ou não de prova e neste caso apreciar as provas que possui e as provas que poderá requerer a distribuição dinâmica, afim de construir sua estratégia para vencer a demanda, com base na distribuição do ônus probatório.

Podemos concluir que ter domínio a respeito da dinâmica do ônus probatório faz com que o advogado trabalhista saiba na prática, tanto nos autos do processo, com provas documentais, quanto em audiência, com provas testemunhais e depoimento das partes, quando o dever de provar determinado fato cabe a ele ou à parte contrária, sendo tal domínio determinante para gestão de uma audiência de instrução bem sucedida e especialmente para o êxito em um processo judicial. Portanto, a temática aqui elencada deve ser objeto de estudo constante de um bom profissional.

Isaete Rodrigues é advogada, atuante na região bragantina e vice-presidente da Comissão de Direito do Trabalho da 16ª Subseção da OAB/SP.

Recursos Trabalhistas

Os Recursos são tidos como remédios processuais voluntários usados de forma mais comum pelas Partes que compõem um processo (Reclamante/Reclamada), para impugnar uma decisão judicial com a qual não concorda. Entendemos que são mecanismos que permitem reexaminar a causa, de modo a reformá-la ou não.

Sendo mecanismos processuais que permitem impugnar Sentença ou Acórdão proferido durante um processo, ainda trazem a possibilidade de contestarem a totalidade ou uma parte das Decisões (Sentenças e/ou Acórdãos) prolatadas. Vale dizer que os Recursos Trabalhistas se diferem, por exemplo, de uma Ação Rescisória: eles não geram uma nova ação, mas seguem no mesmo processo até seu consequente julgamento.

Conforme Art. 893 da CLT, das decisões proferidas pelos órgãos da Justiça de Trabalho são admissíveis os seguintes recursos:

- Recurso Ordinário
- Embargos de Declaração
- Recurso de Revista
- Agravo de Instrumento
- Agravo de Petição
- Embargos ao TST
- Agravo Regimental
- Recurso Adesivo
- Recurso Extraordinário

Os recursos são encaminhados para análise do órgão colegiado superior. Mas, para se chegar ao Tribunal de destino, deve ser feito o primeiro juízo de admissibilidade pelo mesmo órgão que prolatou a decisão impugnada. Ou seja, se a parte deseja reformar a sentença através de Recurso Ordinário para o Tribunal regional, deverá encaminhar o recurso à Vara do Trabalho que prolatou a decisão.

Na Vara, o juiz verificará se estão presentes os requisitos de admissibilidade e, caso admitido, o recurso é encaminhado ao Tribunal para que seja apreciado o mérito. Portanto, o mérito do recurso trabalhista somente será examinado em caso de admissibilidade.

Nos Recursos Trabalhistas, entendemos que os requisitos intrínsecos de admissibilidade se referem à existência do direito de recorrer – como o cabimento (a previsão do recurso em si na lei e sua correta utilização), trazendo o entendimento de que há sempre apenas um recurso cabível para cada situação e sua fungibilidade, legitimidade (interesse da Parte em recorrer, seguindo a mesma lógica do direito de ação) e interesse recursal (quando o recurso trabalhista tem serventia para melhorar a situação jurídica do recorrente. De maneira geral, se pode dizer que a parte que perdeu ou deixou de ganhar (sucumbente) algum pedido tem interesse recursal.

Já os requisitos extrínsecos de admissibilidade se referem ao próprio exercício de recorrer – dentre eles temos a tempestividade (interposição no prazo previsto em lei), preparo (pagamento de custas processuais e do depósito recursal no mesmo prazo previsto para a interposição do próprio recurso) e regularidade formal (todos os recursos devem ser interpostos de maneira escrita e cada um deve e obedece a formalidades estabelecidas em lei).

PREPARO

Uma dúvida que sempre paira na cabeça do profissional na hora de interpor o Recurso reside em seu preparo: ***sim, os recursos trabalhistas dependem do pagamento de custas e o depósito recursal, sob pena de deserção.*** As custas são calculadas com base no Art. 789º e seguintes da CLT, no importe da alíquota fixa de 2% sobre o valor da causa e o depósito recursal corresponde as regras do Art. 899º CLT, sendo o Recurso Ordinário um valor e os demais o dobro deste valor – valores variáveis que respeitam quantias pré-estabelecidas pelo TST, sendo o teto máximo o valor da condenação.

Depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

Para 2023, estabelecido os valores hoje correspondem a (vigentes de agosto de 2022 até julho de 2023):

R\$ 12.296,38 – Recurso Ordinário;

R\$ 24.592,76 – Recurso de Revista e Embargos no TST;

R\$ 24.592,76 – Recurso em Ação Rescisória.

Exemplo:

- Sentença Condenatória de R\$ 5.000,00

Interposição de Recurso Ordinário, com Depósito Recursal: R\$ 5.000,00

Custas (2%): R\$ 100,00

- Sentença Condenatória de R\$ 500.000,00

Interposição de Recurso Ordinário, com Depósito Recursal de R\$ 12.296,38

Custas (2%): 40% do valor do teto previdenciário, não 2% do valor da causa.

(Com a Reforma, é visto o limite no Art. 789º “caput” CLT.)

Mínimo é de R\$ 10,64 e o máximo é de 40% sobre o Teto Previdenciário*.

PRAZOS

Os recursos trabalhistas possuem prazos diferenciados do processo cível: normalmente são prazos inferiores, uma vez que a Justiça do Trabalho tem como princípio a celeridade, o que, infelizmente, na maior parte das vezes não ocorre na prática.

Assim, aplica-se o prazo de 8 (oito) dias para a maioria dos recursos trabalhistas:

- Recurso ordinário;
- Recurso de revista;
- Agravo de instrumento;
- Agravo de petição;
- Agravo interno;
- Embargos infringentes;
- Embargos de divergência.

Os embargos de declaração, por sua vez, devem ser opostos no prazo de 5 dias e o recurso extraordinário encaminhado ao STF possui o prazo de 15 dias.

É importante destacar que a Fazenda Pública tem o prazo em dobro para recorrer. O mesmo ocorre quando há litisconsortes com advogados distintos, salvo quando se tratar de processo eletrônico (art. 229, caput e § 2º do CPC) – regra também trazida e aplicada diretamente do Processo Civil.

Seguiremos agora com a explicação dos Recursos em si:

Recurso Ordinário:

Assemelha-se à apelação do processo cível e algumas regras do CPC são aplicáveis de forma subsidiária O recurso ordinário trabalhista. É cabível em face da sentença proferida pelo juiz de primeiro grau ou do acórdão proferido pelos Tribunais Regionais do Trabalho nos processos de sua competência originária. Ou seja, naqueles em que atuaram como primeiro grau de jurisdição. O recurso ordinário pode ser considerado como o principal recurso trabalhista. Contudo, adianta-se que ele tem amplo poder devolutivo – transfere ao órgão julgador a análise de todos os fatos e provas, observado apenas o limite posto pelo recorrente, uma vez que não se pode julgar além do que foi estabelecido no recurso.

Embargos de Declaração:

Têm cabimento contra qualquer decisão judicial e servem para esclarecer uma contradição ou obscuridade; suprir determinada omissão/falta de manifestação do juízo ou corrigir erro material.

A sua oposição pode resultar a modificação da decisão. Nesse caso em que são chamados efeitos infringentes, a parte contrária precisando ser intimada a se manifestar antes de tomada a decisão final.

É muito comum, embora não aconselhável, que os Embargos de Declaração sejam interpostos apenas de forma protelatória. Isto é, para atrasar o andamento do processo, quando caberá multa em favor da outra parte em valor não superior a dois por cento do montante atualizado da causa. Embargos de Declaração não dependem de preparo para ser admitido.

É importante lembrar que ao opor embargos de declaração, o prazo para a interposição de outros recursos fica interrompido.

Agravo de Instrumento

Diferente do processo cível, em que é cabível contra decisões interlocutórias, no processo trabalhista o agravo de instrumento (previsto no art. 897, b, da CLT), é cabível contra decisões que denegarem seguimento a outros recursos – ou seja, em que o primeiro juízo de admissibilidade é negativo. O que se pretende com o agravo de instrumento é destrancar o recurso principal para que seja admitido e analisado pelo Tribunal a que se destina. Porém, algumas formalidades devem ser observadas na interposição do agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento, como dispõe o § 5º do art. 897 da CLT.

Agravo de Petição

Previsto no art. 897, alínea “a” da CLT é cabível contra decisões proferidas em execução ou cumprimento de sentença. Há também aspectos formais a serem observados na interposição do agravo de petição, como é o caso da delimitação da matéria – a parte deve apontar de forma específica no recurso a matéria que pretende ser revista.

Nos casos em que o recorrente tenha o dever de apontar valores, deve apresentar planilha de cálculos demonstrando o que entende ser devido.

Recurso de Revista

Tendo natureza extraordinária, sua finalidade principal é a tutela do direito, ou seja, da própria lei, e a uniformização da jurisprudência. Portanto, são tratadas pelo Tribunal apenas questões de direito, relacionadas à lei ou jurisprudência consolidada, sendo inadmitidos quando se destinam a analisar questões de méritos (fatos e provas). O recurso de revista, sob pena de não ser conhecido, deve demonstrar o prequestionamento, ou seja, a matéria deve ter sido debatida de forma prévia nas instâncias inferiores.

Só será objeto de recurso de revista questão anteriormente julgada pelo Tribunal prolator da decisão impugnada (*a quo*). Cabe à parte opor embargos de declaração quando houver omissão a esse respeito, para que futuramente o recurso de revista não esbarre na ausência de prequestionamento. Como já mencionado, o recurso de revista é um recurso trabalhista de altíssima complexidade e formalidade, exigindo a observância de muitos requisitos previstos em lei ou em Súmula do TST.

Observamos aqui duas particularidades do Recurso discutido:

- Quando o recurso tem como fundamento a violação legal ou constitucional, por exemplo, a Súmula 221 do TST estabelece que a parte deve indicar expressamente o dispositivo de lei ou da CF dito como violado.
- Já quando se trata de divergência jurisprudencial, a parte recorrente deve, além de outros requisitos, apresentar a decisão divergente mencionando a respectiva fonte, principalmente, quando se trata de decisão divergente retirada da internet.

O recurso de revista exige que a parte esteja representada por advogado, não se admitindo o *jus postulandi*, como menciona a Súmula 425 do TST.

Embargos no TST

Além dos embargos de declaração, são cabíveis embargos ao TST, dividindo-se em embargos de divergência e embargos infringentes.

Embargos de Divergência

Previstos no inciso II do art. 894 da CLT, segundo o qual:

"No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (...) II – das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal".

A finalidade é uniformizar a jurisprudência do TST em matéria de recurso de revista – não há a possibilidade do reexame de fatos e provas, apenas questões de direito. Para demonstrar a divergência, a parte deve apresentar jurisprudência atual, que não estejam ultrapassadas por Súmula do TST ou do STF, nem por jurisprudência conhecida, também do TST. Os acórdãos aptos a demonstrar a divergência não podem ser provenientes da mesma Turma que proferiu a decisão impugnada, ainda que com posicionamento contrário.

Embargos Infringentes

Estão previstos no inciso I do art. 894 da CLT, e são cabíveis de decisão não unânime que conciliar, julgar ou homologar conciliação proferida em dissídios coletivos que exceda a competência territorial dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever as sentenças normativas do Tribunal Superior do Trabalho, nos casos previstos em lei – Sentenças normativas, portanto, são aquelas proferidas em dissídios coletivos que visam criar regras à determinada categoria profissional.

Da mesma forma, a competência para apreciar os embargos infringentes é da Seção de Dissídios Coletivos do TST, portanto, o mesmo órgão que julgou originariamente o dissídio coletivo, similar ao que ocorre nos embargos de declaração.

São passíveis de embargos infringentes apenas as cláusulas em que tenha ocorrido divergência no Tribunal e eles não serão admitidos quando a decisão normativa esteja em consonância com precedentes ou súmulas do TST.

Agravo Interno

É o recurso trabalhista cabível contra decisões monocráticas, que são aquelas proferidas por um único juiz nos Tribunais, para que a questão seja apreciada pelo órgão colegiado. A parte agravante deve impugnar de forma específica e fundamentada a decisão monocrática. Igualmente, o relator que julgar o recurso não pode apenas reproduzir os fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o recurso, e sim deve fundamentar seu posicionamento.

Recurso Extraordinário

Não é somente um recurso trabalhista, mas também um recurso de competência do/ao STF, enquanto este é o Guardião da CF, cabendo-lhe, segundo o Art. 102, II:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- contrariar dispositivo desta Constituição;
- declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Por não ser de natureza exclusivamente trabalhista, seu prazo é de 15 dias. Porém, o TST entende que, quando se tratar de matéria trabalhista, o recurso extraordinário exige preparo.

Pedro Bergamim é advogado, atuante na região bragantina e membro da Comissão de Direito do Trabalho da 16ª Subseção da OAB/SP.

Estabilidade da Empregada Gestante

À empregada gestante é assegurado o direito a garantia no emprego, nos termos do artigo 10, II, "B" do ADCT, ficando vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O início da estabilidade da gestante ocorre no momento da confirmação da gravidez. Essa confirmação é um ato formal a ser praticado pela empregada gestante para proteger o nascituro, visando os fins sociais a que se destina esta espécie de garantia no emprego.

Vale ressaltar que há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da interpretação do termo "desde a confirmação da gravidez" para fins de aquisição pela empregada da garantia provisória no emprego. Alguns entendem que significa desde o momento em que a empregada comunica a sua gravidez ao empregador e outros sustentam que é a partir do momento que a empregada faz prova da gravidez mediante atestado médico, por fim, o entendimento majoritário é a data da concepção.

A jurisprudência majoritária adotou a tese da responsabilidade objetiva pelo fato da gravidez, ou seja, o que vale, é a data da concepção em si e não a data da comunicação do estado gravídico ao empregador. Nesse sentido, o que importa ao intérprete, in casu, é verificar se no momento da dispensa a empregada encontrava-se em estado gravídico ou não, já que, segundo o item I da Súmula 244 do TST, o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, ou seja, a empregada gestante não é obrigada a comunicar a gestação para o empregador.

Vale ressaltar que nos termos do artigo 373-A, inciso IV da CLT, veda que a empresa venha a exigir atestado ou exame de qualquer natureza para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego.

Nesse sentido entendemos que o empregador simplesmente teria que adivinhar se a empregada está ou não grávida para só então proceder ou não a demissão, gerando um risco para o empregador, pois o legislador busca assegurar não só a garantia ao emprego da empregada gestante, mas proteger as condições básicas de sustento ao nascituro, através dos rendimentos da genitora, pelo período de, no mínimo, cinco meses após o parto.

No caso de a confirmação do estado de gravidez vir a ocorrer no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo de aviso prévio trabalhado ou indenizado, nos termos do artigo 391-A, Caput da CLT, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea b do ADCT.

Nos termos da Súmula 244, II do TST, a garantia de estabilidade da empregada gestante somente autoriza a reintegração se está se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Por fim, é importante frisar que conforme o item III da Súmula 244 do TST, a empregada gestante tem direito a estabilidade provisória mesmo na hipótese de admissão por contrato por prazo determinado. Deste modo, observamos que somente a empregada gestante contratada por tempo indeterminado ou determinado possui direito a

estabilidade provisória. Em relação a empregada gestante contratada mediante contrato temporário, existe uma tese do TST no sentido de que a estabilidade provisória é inaplicável ao regime de trabalho temporário, regido pela Lei n.º 6.019/1974.

Larissa Daniella Reis de Lima é advogada, atuante na região bragantina e membro da Comissão de Direito do Trabalho da 16ª Subseção da OAB/SP.

Aspectos Gerais da Defesa Trabalhista

O presente artigo tem por finalidade discorrer sobre os elementos gerais que devem ser observados pelo operador do Direito na elaboração de uma defesa efetiva em ações trabalhistas, desde o primeiro contato com o cliente até o ato de recebimento da contestação pelo(a) magistrado(a). Serão apresentados os principais aspectos a serem considerados no processo defensivo, visando assegurar uma estratégia sólida e bem fundamentada.

Da Formação do Processo

Primeiramente importante destacarmos que a após o protocolo da reclamação trabalhista pela parte reclamante junto a Vara do Trabalho **deve haver a citação do réu**, feita através de notificação via postal, conforme se depreende o artigo 841 da CLT.

"Art. 841 – Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, **remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento**, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

§ 1º – A notificação será feita em registro postal com franquia. Se o reclamado criar embaraços ao seu recebimento ou não for encontrado, far-se-á a notificação por edital, inserto no jornal oficial ou no que publicar o expediente forense, ou, na falta, afixado na sede da Junta ou Juízo."

É nesse momento, com a devida citação da parte reclamada através de notificação via postal contendo os termos da reclamação trabalhista interposta, que se completa a relação jurídica processual entre as partes (reclamante, juiz e reclamado). Nesse sentido os artigos 238 e 312, ambos do CPC, assim dispõem:

"Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para **integrar a relação processual**."

"Art. 312. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado."

Além disso, o artigo 239, do CPC, estabelece que o processo somente possui validade com a citação do réu, deixando patente a importância de tal ato para a regular marcha processual.

"Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido."

Do Recebimento da Notificação pelo Cliente

Conforme dito acima, para a validade do processo e para o seu regular prosseguimento deve haver, obrigatoriamente, a citação da parte reclamada para que possa exercer seu direito constitucional de defesa.

É nessa hora que o cliente entra em contato com seu advogado e as primeiras medidas já devem ser tomadas para que o profissional possa garantir ao seu cliente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Outorga de Procuração

O primeiro ponto que o profissional precisa observar para que possa garantir ao seu cliente uma boa defesa começa no envio de procuração para que a reclamada possa assinar. Só com procuração o advogado poderá representar seu cliente em Juízo, com exceção de atos urgentes, em que se admite a juntada de procuração no prazo de 15 (quinze) dias, conforme preconiza o artigo 5º, do Estatuto da OAB e artigo 104 do CPC a seguir transcritos.

"EAOAB – Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.

§ 1º O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período."

"CPC – Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exhibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz."

Além da procuração, é de suma importância que o advogado verifique, nos casos em que a reclamada for pessoa jurídica – o que ocorre na maioria das reclamações, quem será o representante da empresa no dia da audiência. Caso o representante não seja sócio, faz-se necessária a elaboração de Carta de Preposição dando poderes de representação a tal pessoa, devendo ser encaminhada à empresa para assinatura e juntada no processo.

Após a reforma trabalhista, passou-se a admitir a figura do preposto sem liame empregatício com a parte reclamada, conforme §3º, do artigo 843, da CLT.

"§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente."

(...)

"§ 3º O preposto a que se refere o § 1o deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada."

Aqui um ponto importante que merece destaque é que, conforme artigo acima, o preposto deve ter conhecimento do fato discutido na reclamação trabalhista. Conhecimento não significa ter presenciado os fatos. Portanto, é de suma importância que o advogado informe o preposto sobre todos os pontos discutidos no processo.

Não é raro nos depararmos com prepostos mal preparados ou mal orientados por ocasião da realização de seu depoimento pessoal em uma audiência de instrução.

Caso o preposto alegue desconhecimento sobre determinado fato, seu desconhecimento acarretará confissão a favor do reclamante sobre a matéria questionada. A resposta “não sei” ou “não me recordo” dada pelo preposto fará com que a defesa de seu cliente seja prejudicada.

Nesse ponto deve-se ressaltar que, em que pese o preposto não ter a obrigação legal de dizer a verdade e, portanto, não responder criminalmente pelas suas afirmações em depoimento pessoal, o mesmo está sujeito as penas da litigância de má-fé, podendo ser penalizado nos termos dos artigos 793-A e 793-C, ambos da CLT, que assim dispõem:

"Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente."

"Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou."

Por fim, deve sempre ser celebrado contrato de prestação de serviços entre advogado e cliente, deixando claro o objeto da prestação de serviços, honorários, forma de pagamento e demais pontos importantes para que ambas as partes possam ter segurança quanto aos serviços e valores no decorrer do processo. Deixando sempre claro para o cliente que a obrigação do advogado é de meio e não de resultado.

Dos Prazos Legais

Antes de adentrarmos sobre a peça defensiva propriamente dita, o advogado que irá militar na esfera trabalhista deve ter em mente quais prazos deve-se cumprir para que seu cliente não seja prejudicado.

- Prazo para Oposição do Juízo 100% Digital

A Resolução do CNJ nº 345 de 09/10/2020 acabou por autorizar a adoção do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário, podendo o reclamante, por ocasião da propositura da ação, optar por tal meio de tramitação processual.

Todavia, caso a parte reclamada não concorde com a adoção de tal procedimento, deve-se peticionar nos autos no prazo de 5 (cinco) dias contados do recebimento da primeira notificação, com a manifestação expressa sobre a oposição a tal forma de tramitação, conforme preceitua o §1º, do artigo 3º, da referida Resolução.

"§1º A parte demandada poderá se opor a essa escolha até sua primeira manifestação no processo, salvo no processo do trabalho, em que essa oposição deverá ser deduzida em até 05 dias úteis contados do recebimento da primeira notificação."

Em que pese a agilidade e facilidade que a adoção do Juízo 100% digital proporciona aos jurisdicionados e ao próprio Judiciário, entendemos que em alguns casos a adoção de tal procedimento pode acarretar sérios riscos e prejuízos a ambas as partes do processo, notadamente quanto a colheita de depoimentos pessoais e testemunhais na forma telepresencial, em ambientes físicos externos às unidades judiciárias, fugindo do controle e da fiscalização do i. Magistrado que conduzirá os trabalhos.

- Prazo para Apresentação de Exceção de Incompetência Territorial

O artigo 651 da CLT estabelece como regra geral que a Vara do Trabalho competente para o processamento da ação é aquela determinada pela localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador.

"Art. 651 – A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro."

Desta forma, caso o reclamante tenha ingressado com reclamação trabalhista em localidade diversa da qual prestava serviços, o advogado da reclamada deverá apresentar Exceção de Incompetência Territorial, no prazo de 5 (cinco) dias contados da notificação recebida.

"Art. 800. Apresentada exceção de incompetência territorial no prazo de cinco dias a contar da notificação, antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção, seguir-se-á o procedimento estabelecido neste artigo."

Trata-se de medida processual de suma importância para a garantir ao cliente reclamado a ampla defesa em uma reclamação trabalhista, devendo o advogado observar atentamente o prazo estipulado. A não apresentação de exceção de incompetência dentro do prazo legal acarretará na prorrogação da competência daquele Juízo.

Prazo para Apresentação de Defesa

A CLT, em seu artigo 847 é clara ao dispor que o momento para apresentação de defesa é na audiência designada, após a tentativa frustrada de composição. Eis o teor do artigo:

"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."

Com a reforma trabalhista, houve a normatização do que já vinha ocorrendo nos processos eletrônicos, possibilitando que a parte reclamada apresente a defesa anteriormente dentro do sistema processual eletrônico (PJE), conforme disposição do parágrafo único do artigo 847:

"Parágrafo único. A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência."

Veja-se, que a apresentação de defesa antes da tentativa conciliatória em audiência é apenas uma possibilidade, não obrigatoriedade da parte.

Algumas Varas do Trabalho acabam determinando que a parte reclamada apresente defesa escrita no prazo de 15 (quinze) dias após o recebimento da notificação sobre o processo. Todavia, em que pese a respeitável iniciativa de se conferir agilidade ao processo, fato é que trata-se de procedimento ilegal, violando de forma flagrante o quanto expresso no artigo 847 da CLT. Nesse sentido, inclusive, o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo:

AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA.

O art. 847, caput, da CLT, preceitua que "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". Nesse contexto, o momento de apresentação da defesa é aquele que sucede à tentativa de acordo, sendo certo que o procedimento adotado, qual seja, o de não designar audiência de tentativa de conciliação, apenas concedendo prazo à reclamada para oferta de defesa, decretando a sua revelia, diverso daquele previsto em lei, não pode redundar em prejuízo à parte litigante, como no caso.

(TST - Ag: 121273620165150108, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 24/02/2021, 5ª Turma, Data de Publicação: 26/02/2021).

Da Contestação Trabalhista

O artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal assegura a todos como direito fundamental o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa como indispensáveis para realização da Justiça. Nesse contexto, a contestação é instrumento essencial para que o operador do Direito possa garantir ao seu cliente o seu direito fundamental de defesa.

É através da contestação que a parte reclamada em uma reclamação trabalhista pode apresentar sua versão dos fatos e seus argumentos legais para combater a petição inicial e documentos juntados pela parte reclamante.

Conforme bem asseverado por Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra Curso de Direito Processual do Trabalho, "a contestação tem a mesma importância para o réu que a petição inicial para o autor, pois é de ambas que resulta a determinação do objeto litigioso" (NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito Processual do Trabalho, 2013, Saraiva).

Podemos dividir a contestação, no âmbito de uma reclamatória trabalhista, nos seguintes tópicos: 1) exceções; 2) preliminares; 3) prejudicial de mérito e 4) mérito.

1) Exceções

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, "a exceção é uma defesa contra defeito processual. Não é voltada para o mérito da demanda. O seu âmbito é meramente o da relação jurídica processual, cuja regularidade visa a manter ou cuja irregularidade propõe-se a corrigir" (NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito Processual do Trabalho, 2013, Saraiva).

O artigo 799 da CLT dispõe o seguinte sobre as exceções que podem ser opostas:

"Art. 799 - Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência.

§ 1º - As demais exceções serão alegadas como matéria de defesa."

Importante destacar que a Exceção de Incompetência territorial, conforme já tratado anteriormente, deve ser apresentada no prazo estipulado no artigo 800 da CLT.

2) Preliminares

O artigo 337 do CPC elenca de forma taxativa as matérias que podem ser discutidas em sede de preliminares, quais sejam:

- I – inexistência ou nulidade da citação;
- II – incompetência absoluta e relativa;
- III – incorreção do valor da causa;
- IV – inépcia da petição inicial;
- V – perempção;
- VI – litispendência;
- VII – coisa julgada;
- VIII – conexão;
- IX – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- X – convenção de arbitragem;
- XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- XII – falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;
- XIII – indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

Essas alegações devem ser apresentadas pelo operador do Direito antes da discussão do mérito da causa, podendo resultar na extinção dos pedidos sem resolução de mérito.

3) Prejudiciais de Mérito

Por fim, antes de se adentrar no mérito da reclamação trabalhista, a parte reclamada poderá apresentar Prejudicial de Mérito, na qual poderá alegar, por exemplo, a prescrição quinquenal e/ou a prescrição bienal.

É importante que o advogado se atente a data em que houve a propositura da ação e os períodos trabalhados e pleiteados para que possa utilizar-se de tais prejudiciais de mérito de forma assertiva.

O artigo 11, da CLT, trata, de forma geral, sobre esses dois tipos prejudiciais:

"Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho."

O acolhimento de tais prejudiciais acarretará no julgamento com resolução de mérito, à luz do artigo 487, II, do CPC, que assim dispõe:

"Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição."

4) Do Mérito

É o ponto central da contestação, onde o reclamado deve apresentar suas alegações sobre os fatos apresentados pelo reclamante. Nessa parte da Contestação é de suma importância que o advogado se atente ao quanto disposto nos artigos 336 e 341, ambos do CPC, que assim dispõem:

"Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir."

"Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas [...]"

Veja-se, portanto, a importância de ser abordado na contestação, de forma precisa, todos os fatos constantes na petição inicial, sob pena de serem presumidos como verdadeiros os fatos não impugnados.

Nesse ponto o advogado deve ter extrema cautela e colher todas as informações necessárias com seu cliente de forma minuciosa, se atentando aos mínimos detalhes que podem fazer toda a diferença na defesa da parte reclamada.

O artigo 434, do CPC, dispõe sobre a diligência que a parte deve ter na juntada dos documentos destinados a fazer prova das alegações constantes na peça defensiva:

"Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações."

Devido a tal incumbência, é essencial que o advogado solicite ao seu cliente toda a documentação necessária para poder embasar sua defesa, sempre tendo em mente as atribuições dos ônus probatórios que cabem a cada parte de acordo com os fatos narrados na inicial e a contestação elaborada.

Além disso, importante que se verifique se existe compensação ou retenção para ser arguida em defesa, sob pena de preclusão, à luz do artigo 767, da CLT:

"Art. 767 - A compensação, ou retenção, só poderá ser argüida como matéria de defesa."

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao quanto disposto no artigo 430, do CPC, que trata sobre a arguição de falsidade documental, que deverá ser suscitada na contestação como questão incidental ou como principal, caso requerido pela parte.

"Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos. Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19."

Por fim, a parte reclamada poderá apresentar, na contestação, reconvenção para pleitear direito próprio contra a parte reclamante. É o que se depreende da leitura do artigo 343 do CPC:

"Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa."

Conclusão

Em resumo, o processo de elaboração de uma defesa requer a análise minuciosa do profissional do Direito de todos os pontos que envolvem a reclamação trabalhista, desde as questões técnicas a serem abordadas na peça defensiva (exceções, preliminares e prejudicial de mérito), até os fatos que irão delimitar os pontos controvertidos da demanda.

Portanto, é fundamental que o advogado tenha uma compreensão sólida sobre a tese a ser seguida em cada situação, conduzindo a defesa de seu cliente com uma visão estratégica, garantindo o respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa durante todo o trâmite processual.

Henrique Laragnoit Costa é advogado, atuante na região bragantina e membro da Comissão de Direito do Trabalho da 16ª Subseção da OAB/SP.

CONCLUSÃO

Em conclusão, a prática trabalhista é uma área desafiadora e fundamental para os jovens advogados que buscam estabelecer-se no campo jurídico. Este pequeno e-book abordou de forma simples, curta e objetiva algumas das principais questões e estratégias que os advogados devem considerar ao lidar com casos relacionados ao direito do trabalho.

Ficou evidente a necessidade de um conhecimento aprofundado das legislações vigentes, bem como a constante atualização diante das alterações que podem ocorrer nesse âmbito. A legislação trabalhista é complexa e está sujeita a mudanças frequentes, tornando essencial que os advogados acompanhem as atualizações legislativas e jurisprudenciais para fornecerem aconselhamento preciso e eficaz aos seus clientes.

Destacamos também a necessidade de desenvolver habilidades de negociação e conciliação. A prática trabalhista frequentemente envolve disputas entre empregadores e empregados, e a capacidade de buscar soluções amigáveis e acordos justos é um diferencial importante para os advogados. A negociação bem-sucedida pode evitar litígios prolongados e custosos, resultando em satisfação para todas as partes envolvidas.

Toda a atuação deve prezar pela prática ética e profissional na advocacia trabalhista. Os advogados devem sempre agir com integridade e respeito às normas éticas e profissionais estabelecidas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A conduta ética é essencial para construir uma reputação sólida e confiável no campo jurídico, além de garantir a justiça e a equidade no tratamento dos casos.

Por fim, ressaltamos a importância da experiência prática e do aprendizado contínuo. A prática trabalhista é enriquecedora, mas requer dedicação e persistência para aprimorar as habilidades necessárias. A busca por oportunidades de estágio e mentorias com advogados experientes pode ser valiosa para o desenvolvimento profissional dos jovens advogados.

Em suma, a prática trabalhista oferece um campo vasto de atuação para jovens advogados, exigindo conhecimento jurídico sólido, habilidades de negociação e conciliação, conduta ética e um compromisso constante com o aprendizado. Ao abraçar esses desafios e investir em seu crescimento profissional, os jovens advogados podem se estabelecer e alcançar sucesso nessa área da advocacia.

Desejamos sucesso em sua atuação.

Edição de Iago Leonardi, advogado atuante na região bragantina e membro da Comissão de Direito do Trabalho da 16ª subseção da OAB/SP.

