

Gustavo Filipe Barbosa Garcia

MANUAL DE

PROCESSO DO TRABALHO

9^a edição
Revista, ampliada
e atualizada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

capítulo

6

AÇÃO TRABALHISTA

6.1 DIREITO DE AÇÃO

A *ação* é o poder ou o direito de exigir o exercício da jurisdição, por meio do qual aquele que entende ser titular de um direito subjetivo pleiteia ao Poder Judiciário um provimento que lhe conceda ou assegure o bem jurídico pretendido.

A ação é ajuizada perante o Poder Judiciário, contendo a pretensão, e dá origem ao processo. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 assegura o direito fundamental de inafastabilidade do controle jurisdicional. A ação provoca a jurisdição (atividade jurisdicional), a qual é exercida no processo judicial¹.

Há autonomia do direito de ação perante o direito subjetivo material, pois mesmo sendo exercido o direito de ação, pode ocorrer de ser o pedido rejeitado, significando a ausência do direito material postulado.

¹ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 247.

A ação tem natureza de direito público subjetivo, exercido contra o Estado, embora possa produzir efeitos na esfera jurídica do demandado.

Ao exercer o direito de ação, a parte tem o direito de receber a *tutela jurisdicional*, entendida como “a proteção que se dá a determinado interesse, por via jurisdicional, assegurando direitos ou a integridade da esfera jurídica de alguém”².

O direito de ação, portanto, não se resume ao simples acesso ao Poder Judiciário, mas abrange o direito de ter satisfeita a pretensão, ou seja, de receber o provimento jurisdicional que ampare e proteja aquele que é o efetivo titular do direito subjetivo pleiteado. O art. 4º do CPC prevê que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*.

No plano constitucional, o direito de ação é enfocado de forma ampla, genérica e incondicionada, como garantia constitucional do direito de ação. Diversamente, no plano processual, o direito de ação está relacionado a uma pretensão, sendo o seu exercício condicionado a certos requisitos, com destaque às condições da ação.

6.2 ELEMENTOS DA AÇÃO

A ação é identificada por meio de três elementos essenciais: as partes, a causa de pedir e o pedido.

Esses elementos são relevantes para se verificar a existência de litispendência e de coisa julgada entre duas ações (art. 337, §§ 1º a 4º, do CPC), bem como a conexão e a continência entre demandas, para fins de competência (arts. 55 e 56 do CPC).

As *partes* na demanda são o autor e o réu, isto é, quem pede e em face de quem se pede.

A *causa de pedir* engloba os fatos e fundamentos jurídicos, dos quais decorre o pedido. A causa de pedir pode ser próxima (fundamentos jurídicos) e remota (fatos)³.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 30.

³ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 98.

O *pedido* é o objeto do processo, ou seja, a pretensão formulada. O pedido pode ser imediato (o provimento jurisdicional pleiteado) e mediato (o bem jurídico postulado).

O art. 337, § 2º, do CPC estabelece que uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

A ação, inclusive trabalhista (isto é, proposta na Justiça do Trabalho), conforme o tipo de provimento jurisdicional pleiteado, pode ser classificada em ação de conhecimento, ação cautelar (tutela provisória de urgência de natureza cautelar) e ação de execução. Parte da doutrina faz menção, ainda, às ações mandamentais e executivas *lato sensu*.

A ação de conhecimento é aquela na qual se pleiteia que o mérito da pretensão seja julgado, por meio da atuação do Direito objetivo no caso concreto. A ação de conhecimento se subdivide em ação declaratória, constitutiva e condenatória.

A ação declaratória tem como objetivo declarar a existência ou inexistência de relação jurídica, bem como a autenticidade ou falsidade de documento (art. 19 do CPC). É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito (art. 20 do CPC).

É incabível ação declaratória visando a declarar direito à complementação de aposentadoria, se ainda não atendidos os requisitos necessários à aquisição do direito, seja por via regulamentar, ou por acordo coletivo (Orientação Jurisprudencial 276 da SBDI-I do TST).

A ação constitutiva, que pode ser positiva ou negativa, visa a constituir ou deconstituir (extinguir) uma relação jurídica.

A ação condenatória é aquela em que o pedido se volta à condenação do réu à obrigação de pagar, entregar coisa, fazer ou não fazer. Objetiva-se a imposição de sanção ou determinação ao réu, a ser cumprida sob pena de execução.

A ação cautelar, na atualidade prevista como tutela provisória de urgência de natureza cautelar (arts. 294 e 301 do CPC), tem natureza instrumental, pois visa a assegurar o resultado útil do processo (quanto ao pedido principal), quando houver perigo em razão da demora deste, e probabilidade do direito material alegado (art. 300 do CPC).

A ação de execução tem como objetivo a satisfação concreta do direito reconhecido no título executivo, isto é, a efetivação do direito constante do título executivo.

A ação mandamental é a que dá origem a uma decisão com natureza de ordem judicial, a ser cumprida pelo réu. É o que ocorre no mandado de segurança, no qual a decisão judicial, com natureza de ordem (mandamento), deve ser cumprida pela autoridade coatora ou pelo demandado, independentemente de instauração de novo processo de execução.

A ação executiva *lato sensu* é aquela em que, após a condenação, no mesmo processo (de natureza sincrética), prossegue-se com a satisfação do direito reconhecido na sentença, isto é, o seu cumprimento, evitando-se a formação de processo autônomo de execução.

6.3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

As *condições da ação* são requisitos necessários para que o mérito ou pedido seja apreciado. As condições da ação atualmente previstas no Código de Processo Civil e aplicáveis ao processo do trabalho são a legitimidade de parte e o interesse processual.

Nesse sentido, para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade (art. 17 do CPC).

Anteriormente, o CPC de 1973 também previa a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação (arts. 267, inciso VI e 301, inciso X), significando a ausência de prévia proibição no ordenamento jurídico quanto à pretensão formulada. Com o CPC de 2015, as hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido podem acarretar a rejeição do pedido (art. 487, inciso I), pois dizem respeito ao mérito do processo.

A *legitimidade de parte* (legitimidade *ad causam*) é a pertinência subjetiva da ação. Devem figurar na relação jurídica processual aqueles que foram sujeitos da relação jurídica material discutida no processo. Logo, cuidando-se de ação de condenação de quantia, o credor deve figurar no polo ativo; o devedor, no passivo. Trata-se da legitimação ordinária. Na legitimidade extraordinária, o autor não figura na relação

de direito material, pois defende direito alheio, em nome próprio, o que só pode ocorrer se houver autorização legal (art. 18 do CPC).

Frise-se que, de acordo com a chamada *teoria da asserção*, as condições da ação somente se examinam de plano, a partir das afirmações do autor na petição inicial.

Em demanda na qual se discute a manutenção de plano de saúde a ex-empregado aposentado (beneficiário), o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a legitimidade passiva *ad causam* é da operadora do plano de saúde coletivo, por ser o sujeito responsável pela manutenção das mesmas condições de cobertura (cabendo ao autor assumir o seu pagamento integral, conforme art. 31 da Lei 9.656/1998), e não do ex-empregador, que figura apenas como pessoa jurídica contratante do plano coletivo de assistência à saúde (Cf. STJ, 3ª T., REsp 1.756.121/SP, 2018/0186576-2, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 30.08.2019).

O *interesse processual* é a necessidade da tutela jurisdicional postulada, a adequação do provimento pleiteado, em face da situação de fato apresentada, e a utilidade que possa trazer ao demandante. O interesse processual, assim, normalmente surge quando o direito do autor não é observado pela outra parte. Por ser, em princípio, vedada a autotutela, nessa hipótese, surgem a necessidade e a utilidade da tutela jurisdicional, a qual deve ser adequada para satisfazer a pretensão do demandante.

Se alguma condição da ação não estiver presente quando do ajuizamento da demanda, mas passar a existir no momento do julgamento, o juiz não deve extinguir o processo sem resolução do mérito, pois, nesse caso, a condição da ação passou a existir de forma superveniente.

Segundo o art. 488 do CPC, desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485 do CPC (que prevê as hipóteses de ausência de resolução do mérito).

Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar ausência de legitimidade ou de interesse processual (art. 337, inciso XI, do CPC). Ainda assim, o juiz deve conhecer de ofício dessa matéria (art. 337, § 5º, do CPC).

Observando-se a ausência de uma ou mais das condições da ação, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito (art. 485, inciso VI, do CPC). A ausência das condições da ação, se verificada logo no início pelo juiz, deve acarretar o indeferimento da petição inicial (art. 330, *caput*, incisos II e III, do CPC), o que também gera a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, inciso I, do CPC). Nesse sentido, a petição inicial deve ser indeferida quando a parte for manifestamente ilegítima ou o autor carecer de interesse processual.

Por se tratar de extinção do processo sem resolução do mérito, admite-se novo ajuizamento da ação (art. 486 do CPC), desta vez com a correção do vício anterior, isto é, com o preenchimento das condições da ação. Conforme o art. 486 do CPC, o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. No caso de extinção em razão de litispendência e das hipóteses dos incisos I (indeferimento da petição inicial), IV (ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo), VI (ausência de legitimidade ou de interesse processual) e VII (existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência) do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito (art. 486, § 1º, do CPC).

Nos termos do art. 486, § 2º, do CPC, a petição inicial não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Entretanto, há entendimento de que essa exigência não é aplicável ao processo do trabalho, por haver previsão específica na CLT (art. 790, § 2º) de que as custas que não forem pagas devem ser objeto de execução quanto à respectiva quantia (TST, 1ª T., RR 67000-46.2003.5.01.0038, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 12.11.2010).

6.4 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

A relação jurídica de direito processual para se formar e se desenvolver validamente, exige a presença de certos requisitos, conhecidos como *pressupostos processuais*, os quais devem estar presentes para que o mérito (ou seja, o pedido ou a pretensão) seja apreciado.

Os pressupostos processuais podem ser classificados em subjetivos e objetivos.

Os *pressupostos processuais subjetivos* se subdividem quanto às partes e ao juiz. Os pressupostos processuais subjetivos relativos ao juiz são a jurisdição, a competência e a capacidade subjetiva (imparcialidade). Os pressupostos processuais subjetivos relativos às partes são a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória. Os *pressupostos processuais objetivos* são o pedido (formulado ao juiz, por meio da petição inicial), a citação (do réu), a inexistência de fato impeditivo (como a litispendência e a coisa julgada)⁴.

Segundo outra classificação, os pressupostos processuais são de existência e de validade do processo.

Os *pressupostos processuais de existência* do processo são a jurisdição (isto é, o juiz deve ser investido do poder jurisdicional), o pedido (ou pretensão) e as partes (sujeitos interessados da relação processual). Os *pressupostos processuais de validade* do processo são a competência, a imparcialidade do juiz, a inexistência de coisa julgada e de litispendência, a capacidade processual dos litigantes (isto é, para a prática dos atos processuais), a regularidade da petição inicial e da citação⁵.

A submissão prévia de demanda à comissão paritária, constituída nos termos do art. 37 da Lei 12.815/2013 (sobre portos), não é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, ante a ausência de previsão em lei (Orientação Jurisprudencial 391 da SBDI-I do TST).

De acordo com o CPC, o juiz não resolverá o mérito quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 485, inciso IV), bem como quando reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada (art. 485, inciso V).

⁴ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 60.

⁵ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 230-231.

O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação (art. 486 do CPC). No caso de extinção em razão de litispendência e nas hipóteses de ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito.

6.5 PETIÇÃO INICIAL

A *petição inicial* é o ato processual por meio do qual a ação é ajuizada, dando início ao processo. A demanda é apresentada por meio da petição inicial, que contém a pretensão a ser objeto de decisão pelo juiz.

O art. 840 da CLT estabelece os requisitos da petição inicial trabalhista, a qual pode ser escrita ou verbal. Nessa última modalidade, “a reclamação” deve ser “reduzida a termo”, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, devendo-se observar, no que couber, os requisitos da petição inicial escrita (art. 840, § 2º, da CLT).

Sendo distribuída reclamação trabalhista verbal, o reclamante deve se apresentar, no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior, ao juízo, para fazê-lo tomar por termo (art. 786, parágrafo único, da CLT). Na prática, costuma haver um setor no qual as reclamações verbais já são tomadas a termo pelo servidor responsável, tornando desnecessário o comparecimento do autor à Vara do Trabalho, com esse objetivo.

Vejam, assim, os requisitos da petição inicial escrita trabalhista (art. 840, § 1º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017).

1. Designação do juízo, ou seja, normalmente da Vara do Trabalho a que se dirige (ou da Vara relativa ao juiz de direito, na rara hipótese em que esse último exerça a jurisdição trabalhista, por não haver Vara do Trabalho que abranja a localidade).

De acordo com o art. 319, inciso I, do CPC, a petição inicial deve indicar “o juízo a que é dirigida”.

Em se tratando de ação de competência originária do TRT, a petição inicial deve ser endereçada ao Tribunal Regional do Trabalho.

capítulo

9

PROVAS

9.1 OBJETO DA PROVA

As *provas* incidem sobre os fatos alegados pelas partes, isto é, constantes da causa de pedir e da defesa e são produzidas para que o juiz possa formar o seu convencimento.

O objeto das provas corresponde aos fatos ou, mais precisamente, às alegações de fatos. Logo, as questões, isto é, os pontos controvertidos de fato é que são solucionados pelas provas. Como exceção, nos termos do art. 376 do CPC, a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar. É possível aplicar essa previsão de forma extensiva também para as normas jurídicas decorrentes de negociação coletiva de trabalho.

Não são todos os fatos que dependem de prova, mas apenas os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios, não presumidos pela lei¹.

Os *fatos pertinentes* são os que têm relação com a causa. Os *fatos relevantes* são os que têm importância para a decisão do feito. Os *fatos controvertidos* são os alegados por uma das partes, mas negados pela outra, o que impõe a necessidade de sua comprovação.

O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas (Súmula 453 do TST).

Os *fatos notórios* são os de conhecimento geral, ou mesmo na localidade em que o processo tem o seu curso, perante o juiz. Os *fatos presumidos* pela lei, justamente em razão dessa condição, não dependem de prova.

O art. 374 do CPC prevê que não dependem de prova os fatos notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos, no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 378 do CPC).

Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; praticar o ato que lhe for determinado (art. 379 do CPC).

Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder (art. 380 do CPC). O juiz pode,

¹ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 197-198.

em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

A prova direta é relativa ao fato principal, enquanto a prova indireta é voltada ao fato secundário, isto é, ao indício. A prova pode ser classificada, ainda, em pessoal (como o depoimento pessoal, a prova testemunhal) ou real (como a prova documental). A prova casual é aquela produzida no curso do processo, enquanto a prova pré-constituída é aquela existente previamente, produzida para fim de utilização no processo².

9.2 ÔNUS DA PROVA

As regras de *ônus da prova* são direcionadas, primeiramente, às partes, as quais têm necessidade de provar para possivelmente vencerem a causa.

Quando há uma questão incerta no processo, sem provas suficientes para a formação do convencimento, tendo em vista a regra da indeclinabilidade da jurisdição, cabe ao juiz julgar conforme o ônus da prova.

Parte da doutrina faz menção, assim, ao chamado “ônus objetivo” da prova, no sentido de que se não houver provas nos autos a respeito dos fatos em discussão, o juiz deve julgar a causa (por ser vedado o *non liquet*) utilizando as regras de ônus da prova³.

Além disso, conforme o *princípio da aquisição da prova* (ou da *comunhão da prova*), se a prova foi produzida, e consta dos autos, cabe ao juiz levar em conta, independentemente de qual parte a produziu⁴.

O juiz deve apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento (art. 371 do CPC).

² Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 196.

³ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 734.

⁴ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 204.

O juiz tem o poder instrutório, o qual pode ser exercido para a busca da verdade real, com o objetivo de se decidir de forma mais justa. O art. 765 da CLT prevê que os juízes e tribunais do trabalho têm ampla liberdade na direção do processo, devendo velar pelo andamento rápido das causas, *podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas*.

O art. 852-D da CLT, voltado ao procedimento sumaríssimo, reitera que cabe ao juiz dirigir o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. O juiz deve indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370 do CPC).

Em consonância com a atual redação do art. 818 da CLT, o *ônus da prova* incumbe: I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

A previsão corresponde ao art. 373 do CPC e tem como fundamento o interesse da parte no sentido de que o fato seja considerado verdadeiro pelo juiz ao decidir.

Dessa forma, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

O termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação. Se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente o empregador se recusara a receber a respectiva certidão (Súmula 254 do TST).

O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O fato extintivo seria, por exemplo, o pagamento do direito postulado, cabendo ao réu juntar os recibos que demonstrem essa alegação. O fato modificativo é aquele que altera o direito pretendido, como no caso de acordo de compensação de jornada de trabalho, o qual

afastaria o direito de receber as horas extras, pois estas já teriam sido compensadas com folgas em outros dias. O fato impeditivo obsta a concretização do direito, como seria o caso do quadro de carreira ou do plano de cargos e salários adotado por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, o que afasta o direito à equiparação salarial, na forma do art. 461, §§ 2º e 3º, da CLT.

É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (Súmula 6, item VIII, do TST).

É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor, conforme art. 818, inciso II, da CLT (Súmula 461 do TST).

Em se tratando de terceirização no setor público, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu, com fundamento no *princípio da aptidão para a prova* (ao vincular o ônus da prova a quem tem melhores condições de produzi-la), que nos casos em que o prestador de serviços não cumpre suas obrigações trabalhistas, cabe ao ente público tomador dos serviços demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, para que não seja responsabilizado de forma subsidiária (TST, SBDI-I, E-RR – 925-07.2016.5.05.0281, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão j. 12.12.2019). A respeito do tema, cf. STF, Pleno, RE 1.298.647/SP.

Discute-se, ainda, a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), no art. 6º, inciso VIII, prevê, como um dos direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Segundo a *distribuição dinâmica do ônus da prova*, cabe ao juiz o exame da questão em cada caso concreto, fazendo incidir o ônus da prova sobre a parte que tem melhores condições, especialmente técnicas, de demonstrar o fato, o que muitas vezes resultaria na inversão do ônus da prova, passando a incidir sobre o empregador.

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir

o encargo nos termos do art. 818 da CLT ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, pode o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deve dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 818, § 1º, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017).

A decisão referida no art. 818, § 1º, da CLT deve ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido (art. 818, § 2º, da CLT).

Evita-se a chamada *decisão surpresa*, no caso, quanto à atribuição do ônus da prova. Além disso, nota-se que devem ser preservados os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República).

A decisão referida no § 1º do art. 818 da CLT não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (art. 818, § 3º, da CLT).

O art. 2º, inciso VII, da Instrução Normativa 39/2016 do TST prevê que não se aplica ao processo do trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, o art. 373, §§ 3º e 4º, do CPC, sobre distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes.

Logo, prevalece o entendimento de que as regras sobre o ônus da prova no processo do trabalho não são disponíveis, impossibilitando a sua modificação por meio de convenção das partes. Isso, entretanto, não se confunde com a mencionada inversão do ônus da prova, a qual, em certos casos, pode ser aplicada pelo juiz, considerando a parte com maior aptidão na sua produção, com fundamento na distribuição dinâmica do ônus da prova e no art. 818, § 1º, da CLT.

Observa-se no Direito Processual do Trabalho a incidência de presunções legais e, principalmente, judiciais, as quais têm como consequência a inversão do ônus da prova ou a incidência do ônus da prova para o empregador.

Presume-se recebida a notificação 48 horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário (Súmula 16 do TST).

Vejamos, ainda, outras presunções reconhecidas na jurisprudência:

Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço (Súmula 43 do TST).

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (Súmula 212 do TST).

É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício (Súmula 460 do TST).

Em conformidade com a Súmula 338 do TST:

“Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova. I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados [20, cf. Lei 13.874/2019] o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”.

Esclareça-se que o art. 74, § 2º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.874/2019, dispõe que para os estabelecimentos com *mais de 20 trabalhadores* é obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia (Ministério do Trabalho), permitida a pré-assinalação do período de repouso.

Em razão desse dispositivo, cabe ao empregador, quando o estabelecimento tiver mais de 20 empregados, juntar os controles de jornada de trabalho. Se assim não fizer, presume-se verdadeira a jornada de

trabalho alegada pelo autor na petição inicial. Entretanto, por se tratar de presunção relativa, pode ser elidida por prova em contrário, por exemplo, testemunhal (Súmula 338, inciso I, do TST).

Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados deve constar do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput do art. 74 da CLT (art. 74, § 3º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.874/2019).

Permite-se a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (art. 74, § 4º, da CLT, incluído pela Lei 13.874/2019). Pode-se dizer que nesse sistema o entendimento constante no inciso III da Súmula 338 do TST (sobre cartões de ponto com horários de entrada e saída uniformes serem inválidos como meio de prova) não seria aplicável, pois os horários de entrada e de saída do empregado são registrados apenas quando diferentes do pactuado ou estabelecido, isto é, se houver situações como horas extras, atrasos, saídas antecipadas e ausências.

A presunção pode ser absoluta, a qual não pode ser elidida por prova em contrário, e relativa, que é passível de ser elidida por prova em sentido diverso.

A presunção pode ser em legal e humana (judicial).

As regras de experiência, comum (subministradas pela observação do que ordinariamente acontece) ou técnica, também podem ser utilizadas pelo juiz (arts. 375 do CPC e 852-D da CLT).

9.3 VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova produzida e constante dos autos do processo é feita de acordo com o princípio da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado⁵.

⁵ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 745-746.

Não há, portanto, uma regra fixa de hierarquia quanto às provas, cabendo ao juiz formar livremente o seu convencimento, mas devendo sempre fundamentar a decisão, avaliando as provas produzidas e apresentando os motivos para se chegar a certa conclusão⁶.

O art. 371 do CPC estabelece que o juiz deve apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

O art. 832, *caput*, da CLT, ao disciplinar os requisitos da sentença, prescreve que da decisão devem constar, além do nome das partes, do resumo do pedido e da defesa, *a apreciação das provas, os fundamentos da decisão* e a respectiva conclusão.

O art. 852-I, *caput*, da CLT, específico quanto ao procedimento sumaríssimo, reitera que a sentença deve mencionar os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, embora seja dispensado o relatório.

O dever de fundamentação nas decisões judiciais, ademais, é exigência constitucional, consoante o art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

9.4 PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

A *produção antecipada da prova* é admitida nos casos em que: haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381 do CPC).

Trata-se de *ação autônoma*, podendo ter natureza preparatória (quando ainda não ajuizada a ação principal) ou incidental (na hipótese

⁶ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 214-215.

em que a ação principal foi ajuizada, mas ainda não está na fase de instrução)⁷.

A produção antecipada da prova é aplicável ao processo do trabalho, conforme art. 769 da CLT e art. 15 do CPC⁸.

O arrolamento de bens deve observar o disposto nos arts. 381 a 383 do CPC quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu (sendo aplicáveis no processo do trabalho as previsões do art. 651 da CLT). A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal (Súmula 263 do extinto Tribunal Federal de Recursos).

⁷ Cf. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 510-512.

⁸ “Produção antecipada de provas. Art. 381, III, do CPC. Transcendência social e jurídica. Atendimento dos requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. O inciso III do art. 381 do CPC autoriza a produção antecipada de prova, mesmo nas hipóteses em que não há urgência na sua colheita, mas quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou obstar o ajuizamento da ação principal. Ou seja, a necessidade de a parte aferir a viabilidade de sua pretensão já configura, *per se*, motivo apto a legitimar a ação de produção antecipada de provas. Por sua vez, a Lei n. 13.467/2017 introduziu os arts. 790-B e 791-A à CLT, os quais alteraram a sistemática anterior e impuseram ao trabalhador o pagamento de honorários advocatícios e periciais de sucumbência, mesmo se beneficiário da justiça gratuita. Por esse motivo, têm sido frequentes, na Justiça do Trabalho, os pedidos de produção antecipada de provas por empregados, com esteio no art. 381, II e III, do CPC, como uma forma de eles avaliarem antecipadamente a viabilidade da pretensão e de evitar o ajuizamento de reclamações trabalhistas cujos pedidos poderão ser rejeitados e assim gerarão despesas processuais. Salienta-se ser o aludido dispositivo perfeitamente aplicável ao direito processual do trabalho, ante o que dispõe o art. 769 da CLT e recomenda o princípio da aptidão para a prova. Nesse viés, em razão do ônus atribuído ao trabalhador pelas despesas sucumbenciais, inegavelmente legítimo o seu interesse processual de postular em juízo, sem o ônus financeiro que sua vulnerabilidade econômica poderia tornar insustentável, a produção antecipada de provas. E tal se dá, sobretudo, quando o trabalhador não detém consigo a prova que, estando virtualmente em poder do empregador como prova pré-constituída ou referindo-se a algo incerto que repute verossímil, revelar-se prova necessária para que estime a futura viabilidade de sua pretensão” (TST, 6ª T., ARR-10610-81.2018.5.15.0057, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 12.03.2021).

Aplica-se o disposto nos arts. 381 a 383 do CPC àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção. Trata-se da chamada *justificação*, que é medida judicial sem natureza contenciosa, pois ausente o conflito de interesses e a pretensão resistida, com natureza, assim, de procedimento de jurisdição voluntária.

Na petição da produção antecipada da prova, o requerente deve apresentar as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionar com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair (art. 382 do CPC). O juiz deve determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso. O juiz não deve se pronunciar acerca da ocorrência ou da inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

Os interessados podem requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

No procedimento de produção antecipada da prova não se admite defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Em respeito ao contraditório e ao devido processo legal, entende-se admissível a alegação de que não estão presentes os requisitos legais para a produção antecipada da prova, assim como a arguição de incompetência do juízo, de impedimento ou suspeição do juiz, embora não se admita defesa quanto ao mérito de futura demanda principal a ser eventualmente ajuizada, por não ser o momento adequado para isso⁹.

Quando a produção antecipada de provas é requerida por meio de procedimento autônomo, a referida decisão que indeferir totalmente o pedido de produção da prova tem natureza de sentença, a qual pode ser objeto de recurso ordinário.

⁹ Cf. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 514.

Os autos devem permanecer em cartório durante um mês para extração de cópias e certidões pelos interessados (art. 383 do CPC). Findo o prazo, os autos devem ser entregues ao promovente da medida.

Na ação de produção antecipada de provas, não havendo resistência do requerido, entende-se aplicável a regra de que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas devem ser rateadas entre os interessados (art. 88 do CPC). Na referida ação, se não houver resistência do requerido, não são cabíveis honorários advocatícios de sucumbência, por não haver vencido e vencedor.

9.5 MEIOS DE PROVA

Os *meios de prova* são os instrumentos materiais ou pessoais trazidos ao processo para revelar a verdade dos fatos¹⁰.

Não há um rol taxativo de meios de prova admitidos no processo do trabalho. O art. 369 do CPC prevê que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

A prova *ilegal* é considerada a que afronta norma legal em sentido amplo, abrangendo a prova *ilegítima* (quando viola norma processual, ou seja, quanto à forma como a prova foi obtida) e a prova *ilícita* (quando viola norma de Direito material). De todo modo, todas essas modalidades de provas são contrárias ao direito e não devem ser admitidas no processo¹¹.

Em consonância com o art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Nos termos do art. 25 da Lei 13.869/2019, considera-se crime (de abuso de autoridade) proceder à obtenção de prova, em procedimento

¹⁰ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 199.

¹¹ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 751-752.

de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito, com previsão de pena de detenção, de um a quatro anos, e multa. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude (art. 25, parágrafo único, da Lei 13.869/2019).

Logo, não seria admissível no processo do trabalho, por exemplo, a prova obtida por meio de interceptação telefônica realizada de forma ilícita.

Conforme o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”¹².

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo” (STF, Pleno, RE 1.116.949/PR, Rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, j. 21.08.2020).

Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar sigredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, com previsão de pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa (art. 10 da Lei 9.296/1996, com redação dada pela Lei 13.869/2019). Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput art. 10 da Lei 9.296/1996 com objetivo não autorizado em lei (art. 10, parágrafo único, da Lei 9.296/1996).

De acordo com o art. 28 da Lei 13.869/2019, considera-se crime (de abuso de autoridade) divulgar gravação ou trecho de gravação sem

¹² “Juntada de documentos novos. *E-mails*. Prova ilícita. Violação à garantia constitucional do sigilo de correspondência. O acesso ao conteúdo de *e-mails* da diretoria da empresa, obtido de forma anônima, sem prévia autorização judicial, configura quebra do sigilo de correspondência, garantia assegurada pela Constituição Federal e pela legislação de regência. Trata-se, a toda evidência, de prova contaminada, ilegítima e ilegal, impossível de ser usada para a formação do convencimento do Julgador. Não se conhece dos documentos juntados, impondo-se o desentranhamento dos mesmos dos autos” (TST, 2ª T., RR-44900-19.2012.5.17.0012, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT 23.08.2019).

relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado, com previsão de pena de detenção, de um a quatro anos, e multa.

A interceptação de comunicações telefônicas e mesmo a escuta ambiental feita por terceiro alheio ao diálogo, entretanto, não se confundem com a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, prova esta considerada válida pela jurisprudência (Cf. STF, 1ª T., AgR-RE 685.764/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 23.04.2015).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral: “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro” (STF, Pleno, QO-RG-RE 583.937/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 18.12.2009).

Quanto ao *e-mail* corporativo, por se tratar de instrumento de trabalho, prevalece o entendimento de ser admitido o acesso pelo empregador, não configurando prova ilícita, embora seja recomendável que as regras relativas à utilização e verificação sejam previamente informadas. Cf. TST, 4ª T., RR-1347-42.2014.5.12.0059, Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 26.06.2020.

A prova emprestada é aquela produzida em outro processo. É admitida apenas como exceção, isto é, quando não for possível a produção da prova no próprio processo em curso.

Se for necessária a utilização de prova emprestada, esta somente pode ser considerada válida em face de quem participou do processo anterior e pôde contraditá-la. O valor da prova emprestada deve ser reapreciado pelo juiz do processo em que foi juntada, não estando vinculado pela valoração realizada anteriormente, em feito diverso.

O art. 372 do CPC prevê que o juiz pode admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Quanto aos momentos da prova, verificam-se o requerimento (pela parte interessada), o deferimento (pelo juiz), a produção e a valoração (pelo juiz ou tribunal).

9.5.1 Depoimento pessoal

Cabe distinguir o interrogatório do depoimento pessoal propriamente.

O *interrogatório* tem como objetivo obter esclarecimento de fatos relativos à causa, sendo determinado pelo juiz. Nesse sentido, o juiz deve dirigir o processo conforme as disposições legais, incumbindo-lhe determinar, a qualquer tempo, o *comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso* (art. 139, inciso VIII, do CPC). A finalidade do interrogatório, portanto, não é a obtenção de confissão judicial.

O *depoimento pessoal* visa à confissão, sendo requerido pela parte contrária, embora também possa ser determinado de ofício pelo juiz. Desse modo, cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de ser interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício (art. 385 do CPC).

Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, recusar-se a depor, o juiz aplicar-lhe-á essa pena.

Tendo em vista os avanços da tecnologia, o depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo pode ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que pode ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento (art. 385, § 3º, do CPC).

Frise-se que o poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva (art. 79 da Lei 13.146/2015)¹³. A fim de garantir a atuação da pessoa com deficiência em todo o processo judicial, o poder público deve capacitar os membros e os servidores que atuam no Poder Judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos órgãos de segurança pública e no sistema penitenciário quanto aos direitos da pessoa com deficiência.

¹³ Cf. art. 3º, inciso III, da Lei 13.146/2015.

RECURSOS

11.1 CONCEITO

Os remédios contra as decisões judiciais, como gênero, podem ser classificados, como espécies, em recursos e ações autônomas de impugnação¹.

Os recursos, por não terem a natureza de ação autônoma, são interpostos e dão continuidade ao processo já existente. A ação rescisória e o mandado de segurança contra ato judicial têm natureza de ação autônoma de impugnação, pois dão origem a processo distinto.

O *recurso* pode ser conceituado como o remédio processual voluntário, apto a operar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial impugnada².

¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 227-230.

² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 231.

O recurso integra o gênero relativo ao remédio contra decisão judicial, não tendo natureza de ação, por ser interposto dentro do processo em curso. Trata-se de ato voluntário da parte, e que pode ter como objetivo, conforme o caso, a reforma, a invalidação, bem como o esclarecimento ou a integração da decisão judicial.

O reexame necessário, ou remessa de ofício (duplo grau de jurisdição obrigatório), por não ser voluntário, não tem natureza recursal propriamente, mas sim de condição para a eficácia da sentença.

O recurso tem natureza jurídica de extensão do direito de ação exercido no processo³. O recurso também tem natureza de ônus processual, no sentido de que cabe à parte exercê-lo, para que possa afastar uma situação contrária ao seu interesse, ou para obter um benefício em sua condição jurídica⁴.

11.2 PRINCÍPIOS

Cabe examinar os principais princípios dos recursos⁵.

O *princípio do duplo grau de jurisdição* significa a possibilidade de impugnar a decisão judicial. Não se trata de princípio absoluto ou de incidência ilimitada⁶, podendo a lei restringir o cabimento de recursos⁷.

A Lei 5.584/1970, ao tratar do procedimento de alçada, aplicável quando o valor da causa é inferior a dois salários mínimos (Súmu-

³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 234.

⁴ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1990. p. 35-37.

⁵ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1990. p. 120-207.

⁶ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1990. p. 125.

⁷ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 288: “a garantia expressa no tratado [art. 8º, 2, h, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.1969] parece não alcançar o direito processual como um todo, donde é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no do direito processual civil ou do trabalho”.

las 71 e 356 do TST), estabelece que, salvo se versar sobre matéria constitucional, nenhum recurso é cabível das sentenças proferidas nos dissídios da alçada, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação (art. 2º, § 4º).

A Súmula 640 do STF esclarece ainda ser “cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

Logo, no procedimento de alçada, em se tratando de matéria constitucional e presente a repercussão geral, seria imediatamente cabível o recurso extraordinário, de competência do STF. Entretanto, em sentido divergente, há entendimento de que nas causas de valor de alçada não excedente a dois salários mínimos, quando versarem sobre *matéria constitucional*, é cabível recurso ordinário⁸.

Na verdade, as referências legislativas da Súmula 640 do STF revelam que as causas de alçada indicadas dizem respeito ao art. 34 da Lei 6.830/1980, sobre execução fiscal, e não ao processo do trabalho. Sendo assim, nas causas de alçada do art. 2º, § 4º, da Lei 5.584/1970, aplica-se a Súmula 281 do STF, ao prever ao prever

⁸ “Recurso de revista. Não conhecimento do recurso ordinário. Alçada recursal. Valor da causa inferior a dois salários mínimos. Ação de nulidade de cláusulas de convenção coletiva que vedam o trabalho aos domingos no comércio. Discussão que envolve o reconhecimento de norma coletiva. Matéria disciplinada em dispositivo constitucional (art. 7º, XXVI). Recurso ordinário cabível. 1. A Corte de origem não conheceu do recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho ao entendimento de que, ‘nas causas de valor de alçada não excedente a dois salários mínimos na data do ajuizamento da ação e que envolvam matéria de natureza constitucional, a parte deverá recorrer apenas via recurso extraordinário, de competência funcional do Supremo Tribunal Federal’. 2. Conforme dispõe o art. 2º, § 4º, da Lei nº 5.584/70 (‘Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação’) é incabível a apresentação de recurso contra a decisão que julga processos sujeitos ao procedimento sumário, de alçada inferior a dois salários mínimos, salvo na hipótese em que a insurgência verse a respeito de matéria constitucional. 3. Na hipótese dos autos, o recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho à sentença que suspendera os efeitos jurídicos de cláusulas coletivas de vedam o trabalho aos domingos no comércio, versa sobre matéria constitucional, uma vez que, além de invocar o direito fundamental ao lazer (art. 6º, *caput*), articula com o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI). 4. Aplicável, pois, a exceção prevista no § 4º do art. 2º da Lei 5.584/70. Recurso de revista conhecido e provido” (TST, 1ª T., RR - 267-73.2012.5.09.0325, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 17.08.2018).

ser inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso da decisão impugnada. Cf. STF, 2ª T., AgR-RE 638.224/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 21.06.2011. STF, 1ª T., AgR-RE 632.365/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 11.11.2011. Cf. ainda Capítulo 11, item 11.2.

O *princípio da taxatividade* significa que os recursos são enumerados pela lei, em rol exaustivo. No processo do trabalho, o art. 893, *caput*, da CLT prevê que das decisões são admissíveis os seguintes recursos: embargos, recurso ordinário, recurso de revista e agravo.

O art. 2º, inciso XII, da Instrução Normativa 39/2016 do TST estabelece que não se aplicam ao processo do trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os arts. 1.043 e 1.044 do CPC, sobre embargos de divergência.

O que se observa no processo do trabalho, na esfera do TST, são os embargos previstos no art. 894 da CLT.

O *princípio da singularidade* ou da unirrecorribilidade revela ser normalmente cabível um único tipo de recurso para cada decisão recorrível. Não se admite, em regra, a interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão, ao mesmo tempo, para se alcançar idêntica finalidade⁹.

O *princípio da fungibilidade* indica que havendo dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível, e inexistindo erro grosseiro, pode-se conhecer o recurso erroneamente interposto, como se observa na Súmula 421 do TST¹⁰ e na Orientação Jurisprudencial 69 da SBDI-II do TST¹¹.

⁹ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 787.

¹⁰ Cf. Súmula 421 do TST: “Embargos de declaração. Cabimento. Decisão monocrática do relator calcada no art. 932 do CPC de 2015. Art. 557 do CPC de 1973. I – Cabem embargos de declaração da decisão monocrática do relator prevista no art. 932 do CPC de 2015 (art. 557 do CPC de 1973), se a parte pretende tão somente juízo integrativo retificador da decisão, e não modificação do julgado. II – Se a parte postular a revisão no mérito da decisão monocrática, cumpre ao relator converter os embargos de declaração em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual, submetendo-o ao pronunciamento do Colegiado, após a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º, do CPC de 2015”.

¹¹ Cf. Orientação Jurisprudencial 69 da SBDI-II do TST: “Fungibilidade recursal. Indeferimento liminar de ação rescisória ou mandado de segurança. Recurso para o TST. Recebimento como agravo regimental e devolução dos autos ao TRT. Recurso ordinário interposto contra

Tratando de caso em que *não* se aplica o princípio da fungibilidade, em razão da existência de erro grosseiro, destacam-se a Orientação Jurisprudencial 152 da SBDI-II do TST e a Orientação Jurisprudencial 412 da SBDI-I do TST.

O *princípio da dialeticidade* estabelece que o recurso deve ser dialético, ou seja, discursivo. Desse modo, o recorrente deve apresentar as razões do recurso, contendo os motivos da impugnação da decisão, permitindo que a parte contrária ofereça as contrarrazões, em respeito ao contraditório¹².

O *princípio da voluntariedade* significa que a vontade de recorrer deve ser manifestada pelo recorrente, expressando a insatisfação com a decisão impugnada¹³.

O *princípio da complementariedade* indica que o recurso deve ser interposto no prazo legal juntamente com as razões que fundamentam o inconformismo. Entretanto, o recorrente poderá complementar a fundamentação do recurso anteriormente interposto se houver modificação ou integração da decisão em razão de acolhimento de embargos de declaração¹⁴.

O *princípio da proibição da reforma para pior (reformatio in pejus)* é no sentido de ser vedado proferir decisão mais desfavorável ao único recorrente.

despacho monocrático indeferitório da petição inicial de ação rescisória ou de mandado de segurança pode, pelo princípio de fungibilidade recursal, ser recebido como agravo regimental. Hipótese de não conhecimento do recurso pelo TST e devolução dos autos ao TRT, para que aprecie o apelo como agravo regimental”.

¹² Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 1990. p. 194-195.

¹³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 1990. p. 196-197.

¹⁴ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 1990. p. 198-199. Nos termos do art. 1.024, § 4º, do CPC: “Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração”. No processo do trabalho, entende-se que o referido prazo de complementação, em regra, é de oito dias (exceto no caso de recurso extraordinário, em que o prazo é de 15 dias).

A Súmula 45 do STJ entende aplicável esse princípio também para a remessa de ofício, ao assim estabelecer: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

O *princípio da consumação* é no sentido de que se o recurso já foi interposto, ou seja, se o direito de recorrer já foi exercido, consumou-se a oportunidade de impugnar a decisão, de modo que o recorrente não pode apresentar novo recurso contra a mesma decisão¹⁵.

Cabe fazer menção, ainda, ao *princípio da irrecorribilidade em separado (ou de imediato) das decisões interlocutórias*, adotado no art. 893, § 1º, da CLT (Súmula 214 do TST)¹⁶.

Em se tratando de decisão que reconhece a incompetência da Justiça do Trabalho, determinando a remessa dos autos a outro ramo do Poder Judiciário, é cabível recurso ordinário, por se tratar de decisão terminativa do feito na Justiça do Trabalho (art. 799, § 2º, da CLT). No caso de decisão interlocutória, em regra, não é cabível recurso de imediato no processo do trabalho, mas ela pode ser impugnada quando da decisão final. O art. 1.001 do CPC prescreve que dos despachos não cabe recurso.

O *princípio do contraditório* também deve ser observado na fase recursal. Nesse sentido, uma vez interposto o recurso, a parte contrária (recorrido) tem direito de apresentar as suas contrarrazões.

No processo do trabalho, o art. 6º da Lei 5.584/1970 estabelece o prazo de oito dias “para interpor e contra-arrazoar qualquer recurso” (CLT, art. 893).

No mesmo sentido, o art. 900 da CLT determina que, uma vez interposto o recurso, “será notificado o recorrido para oferecer as suas razões, em prazo igual ao que tiver tido o recorrente”.

¹⁵ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1990. p. 204-205.

¹⁶ Cf. Súmula 214 do TST: “Decisão interlocutória. Irrecorribilidade. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT”.

11.3 CLASSIFICAÇÃO

Cabe analisar as principais classificações dos recursos¹⁷.

Quanto ao alcance ou abrangência das matérias impugnadas, o recurso pode ser parcial ou total. Nesse sentido, segundo o art. 1.002 do CPC, a decisão pode ser impugnada no todo ou em parte.

O recurso, relativamente à forma de interposição, pode ser principal ou adesivo. Vale dizer, o recurso pode ser interposto de forma principal ou adesivamente, nesta última hipótese quando assim admitido pela lei.

O recurso pode ser de fundamentação livre ou de fundamentação vinculada. O recurso ordinário, por exemplo, é de fundamentação livre, ao admitir alegações de fato e de direito. O recurso de revista e o recurso extraordinário, diversamente, são admitidos apenas nas hipóteses especificamente previstas na lei e na Constituição.

O recurso também pode ser classificado em ordinário e extraordinário (em sentido amplo). São recursos de natureza ordinária os mais comuns, julgados pelas instâncias ordinárias, normalmente de fundamentação livre, como o recurso ordinário e o agravo de petição. São recursos de natureza extraordinária, voltados a questões de direito, de competência de tribunais superiores, o recurso de revista, os embargos em recurso de revista e o próprio recurso extraordinário.

11.4 PRESSUPOSTOS RECURSAIS

O juízo de admissibilidade dos recursos refere-se ao conhecimento ou ao não conhecimento do recurso pelo juízo *ad quem* (isto é, competente para julgar o recurso)¹⁸.

Os *pressupostos recursais* normalmente também são verificados pelo juízo *a quo* (isto é, que proferiu a decisão impugnada), acarretando o processamento ou não do recurso.

¹⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 249-254.

¹⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 258-265.

No juízo de admissibilidade são examinados os requisitos ou pressupostos para que se possa apreciar o *mérito do recurso*. Cabe, assim, distinguir o mérito do recurso e mérito da causa, tema pertinente ao juízo de admissibilidade dos recursos¹⁹.

Antes de examinar o mérito do recurso, é necessário verificar se estão presentes os pressupostos recursais ou requisitos de admissibilidade dos recursos. Nos termos do art. 938 do CPC, a questão preliminar suscitada no julgamento deve ser decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator deve determinar a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. Cumprida essa diligência, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator deve converter o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas acima podem ser definidas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual devem se pronunciar os juízes vencidos na preliminar (art. 939 do CPC).

Os pressupostos recursais podem ser classificados em subjetivos e objetivos²⁰.

Os *pressupostos recursais subjetivos* são a legitimidade (ou legitimação), a capacidade e o interesse.

¹⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 259-260.

²⁰ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 303.

Os *pressupostos recursais objetivos* são a recorribilidade, a previsão legal do recurso, a adequação (cabimento), a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal, a regularidade de representação e o preparo.

Cabe esclarecer que são normalmente considerados pressupostos recursais *intrínsecos* o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. São pressupostos recursais *extrínsecos*, por sua vez, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo²¹.

Vejamos, assim, cada um dos pressupostos recursais ou requisitos de admissibilidade dos recursos²².

A *legitimação* é a pertinência subjetiva para a interposição do recurso, que se estende às partes, aos terceiros e ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, inciso VI, da Lei Complementar 75/1993).

Nos termos do art. 996 do CPC, o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou fiscal da ordem jurídica.

O terceiro deve demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual (art. 996, parágrafo único, do CPC). Na realidade, deve demonstrar a interdependência entre a relação jurídica em que é parte e aquela em discussão no processo.

Aquele que poderia ter intervindo no processo na fase de conhecimento, por exemplo, como assistente, por ter interesse jurídico, figurando em relação jurídica com o assistido ou com seu adversário, mas não o fez, tem legitimidade para interpor recurso como terceiro prejudicado.

Entende-se que o perito não tem legitimidade para recorrer quanto ao valor de honorários periciais arbitrados pelo juiz na sentença, pois

²¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5. p. 260.

²² Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1990. p. 55-119.

não possui relação jurídica interdependente com aquela que é objeto do processo, sendo, na realidade, auxiliar do juízo.

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer tanto no processo em que é parte como naqueles em que oficiou como fiscal da ordem jurídica (art. 996, *caput*, do CPC).

O Ministério Público do Trabalho, assim, pode interpor recurso, impugnando a sentença, em razão de nulidade processual, decorrente da ausência de intimação para intervir durante a instrução processual, como *custos legis*.

Conforme a Orientação Jurisprudencial 237 da SBDI-I do TST:

“Ministério Público do Trabalho. Legitimidade para recorrer. Sociedade de economia mista. Empresa pública. I – O Ministério Público do Trabalho não tem legitimidade para recorrer na defesa de interesse patrimonial privado, ainda que de empresas públicas e sociedades de economia mista. II – Há legitimidade do Ministério Público do Trabalho para recorrer de decisão que declara a existência de vínculo empregatício com sociedade de economia mista ou empresa pública, após a Constituição Federal de 1988, sem a prévia aprovação em concurso público, pois é matéria de ordem pública”.

A *capacidade* significa que o recorrente, além da legitimidade, deve ter capacidade para estar em juízo, que corresponde à capacidade de exercício dos direitos. Não tendo capacidade para estar em juízo, o recorrente deve estar representado ou assistido.

O *interesse* recursal significa a necessidade e a utilidade do recurso interposto. Com esse objetivo, deve-se verificar o dispositivo da decisão impugnada. Há interesse na interposição do recurso quando a decisão não proporcionou tudo o que a parte poderia obter.

Logo, se a sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito, mas o réu também havia sustentado, na contestação, quanto ao mérito, a rejeição do pedido, ele tem interesse recursal, para que essa rejeição, no mérito, seja reconhecida pelo órgão *ad quem*. Isso se confirma ao lembrar que a extinção do processo sem resolução do mérito normalmente autoriza a nova propositura da ação.

O *cabimento*, de forma mais ampla, pode ser entendido como englobando a *recorribilidade do ato*, a *previsão do recurso em lei*, bem como a *adequação do recurso*²³.

Deve-se verificar se o ato impugnado pode ser objeto de recurso. Exemplificando, o mero despacho não é passível de recurso. Além disso, o recurso deve ser previsto em lei (previsão legal). Por fim, o recurso utilizado deve ser adequado em face do ato judicial impugnado no caso concreto. Por exemplo, o recurso ordinário é o recurso adequado para a impugnação de sentença.

A *inexistência de fato impeditivo ou extintivo* é pressuposto recursal negativo. Vale dizer, para que o recurso possa ser apreciado no mérito, não podem existir certos fatos impeditivos ou extintivos do direito ao recurso, quais sejam: a desistência, a renúncia e aquiescência quanto à decisão.

Não pode ter havido a *desistência* do recurso. Essa desistência ocorre quando o recurso já foi interposto. Efetivamente, segundo o art. 998 do CPC, o recorrente pode, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais (no processo do trabalho, recursos de revista) repetitivos.

A *renúncia* ao direito de recorrer, por sua vez, é manifestada quando o recurso ainda não foi interposto. Nos termos do art. 999 do CPC, a renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.

A *acquiescência* à decisão pode ser total ou parcial, bem como expressa ou tácita. Conforme o art. 1.000 do CPC, a parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não pode recorrer. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

²³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 1990. p. 56-58.