INFORMATIVO TST

Apresentação 1
Decisão 01 - Processo do trabalho - Ônus da Prova 2
Decisão 02 - Direito do Trabalho – Doença Grave – HIV 5
Decisão 03 - Processo do Trabalho – Coisa julgada e alíquota de contribuição previdenciária 7

APRESENTAÇÃO

Olá, querido concurseiro.

Antes de conversarmos um pouco acerca deste informativo do TST, e de sua relevância frente ao seu concurso público, gostaria de me apresentar brevemente para você:

*Meu nome é **Priscila Cristina Ferreira!***

Atuo como Advogada Trabalhista e Consultora Jurídica Trabalhista, Professora, Autora e Palestrante. Sou especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade INESP, além de Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

A minha experiência profissional inclui a Docência em graduação, pós-graduação, cursos preparatórios para concursos públicos e exames de ordem, especialmente na área de Direito e Processo do Trabalho. E, neste momento, terei o maior prazer em auxiliá-lo em sua caminhada dos concursos públicos.

Assim, partindo efetivamente ao foco do nosso projeto, esclareço a importância dos estudos dos informativos do TST, uma vez que estes tem se tornado uma fonte de cobrança pelos examinadores, em especial, nos concursos de Magistratura, Ministério Público e Analista, nas mais diversas carreiras, inclusive, aquelas pertencentes à área fiscal.

O Curso Estratégia visualizando este panorama de exigência das bancas examinadoras, juntamente comigo, criou uma sistemática em nosso site para que você pudesse ter acesso aos conteúdos comentados dos informativos do TST e, assim, conseguisse aprimorar o seu estudo de forma mais completa e analítica, inclusive, perante as questões que envolvem os temas abordados em cada informativo.

Por fim, no **Informativo n. 184 do TST**, vamos juntos aprofundar os seus conhecimentos acerca de:

- ✓ **Ônus da prova;**
- ✓ **Garantia de Emprego do portador do vírus HIV; e**
- ✓ **Coisa julgada e alíquota de contribuição previdenciária.**

Sem maiores delongas, deixo consignado os meus contatos para maiores questionamentos, informações e auxílio no que for necessário:

prof.prisfer@gmail.com **@profpriscilaferreira**

Vamos aos estudos!
Profª Priscila Ferreira.

Informativo n. 184 do TST

DECISÃO 01 - PROCESSO DO TRABALHO - ÔNUS DA PROVA

Trabalho externo. Possibilidade de controle dos horários de início e de término da jornada de trabalho. Concessão do intervalo intrajornada. Ônus da prova do empregado. Inaplicabilidade da Súmula nº 338, I, do TST.

Ainda que seja possível controlar os horários de início e de término da jornada de trabalho, é do empregado que desempenha atividades externas o ônus de provar a supressão ou a redução do intervalo intrajornada.

Não há falar em aplicação da Súmula nº 338, I, do TST, pois as peculiaridades do trabalho externo impedem o empregador de fiscalizar a fruição do referido intervalo. Sob esse entendimento, e tendo em conta que o acórdão do Tribunal Regional registrou que o reclamante não comprovou qualquer irregularidade no gozo do intervalo intrajornada, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento.

Vencidos os Ministros Hugo Carlos Scheuermann, relator, e José Roberto Freire Pimenta. (TST-E-RR-539-75.2013.5.06.0144, SBDI-I, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, red. p/ acórdão Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 13.9.201).

ESCLARECENDO

Inicialmente, observamos que o enunciado sumular n. 338, I, do TST impõe ao empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o ônus da prova quanto ao registro do controle de jornada, de sorte que a não apresentação dos registros implicará presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada pelo trabalhador. **Vejamos:**

Súmula nº 338 do TST

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n°s 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

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. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

Acontece que, com base no acórdão ora estudado, e apontado no precedente normativo, o entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula do TST não foi construído a partir das peculiaridades do trabalho externo.

INDO MAIS FUNDO!

Nesta toada, quando o trabalho for desenvolvido externamente às dependências do empregador, como regra, não se terá qualquer controle de jornada, conforme preceituado no artigo 62, I da CLT, já que o trabalhador, de maneira geral, tem a liberalidade de dispor do seu próprio tempo, o que inclui a escolha do tempo de parada para intervalo, bem como de encerramento de sua jornada, o que claramente foge à alçada do empregador.

No entanto, ressalto que há entendimentos do TST reconhecendo situações em que, ainda que se trate de trabalho realizado de forma externa, é possível ao empregador a fiscalização sobre o início e o fim do labor, bem como sobre a fruição do descanso intrajornada, tornando devidos os direitos suprimidos na modalidade de hora extra ou indenização da hora intervalar. Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/14. INTERVALO INTRAJORNADA. TRABALHO EXTERNO.

- A controvérsia gira em torno da aplicabilidade da Súmula nº 338, I, desta Corte às hipóteses em que se discute a supressão ou fruição parcial do intervalo intrajornada, notadamente quanto aos efeitos de sua incidência na distribuição do onus probandi. II - Da análise conjugada entre a Súmula 338, I, do TST e o § 2º do artigo 74, da CLT , se depreende que incumbe ao empregador com mais de dez trabalhadores efetuar o registro integral da frequência dos seus empregados, conferindo a legislação trabalhista a possibilidade de pré-assinalação quanto ao intervalo intrajornada. III - Nesse contexto, milita em favor do empregado a presunção de veracidade das informações declinadas na reclamatória nas hipóteses em que a empresa não se desincumbe do seu ônus de comprovar a regularidade da jornada laboral. IV - Na hipótese dos autos, todavia, o Regional estabeleceu presunção em favor da reclamada que não encontra guarida no ordenamento trabalhista, pois, ao passo em que restou incontroversa a possibilidade de controle de jornada, não obstante se ativar o autor externamente, recai sobre a empregadora o encargo do registro integral do labor, o que inclui o período de repouso. V - Nessa trilha, o item I da Súmula nº 338, desta Corte tem plena incidência na hipótese dos autos, sendo imperioso o reconhecimento da presunção relativa de veracidade da jornada alegada na inicial, não elidida, in casu, por prova em contrário a cargo da reclamada. VI - Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR 100600720135150043, Relator: Antonio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 21/09/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT23/09/2016).

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. JORNADA CONTROLADA. ART. 62, I, DA CLT. NÃO INCIDÊNCIA. DILAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO COMPROVADA. DEFERIMENTO.

Hipótese em que a prova produzida revela a ausência de qualquer óbice para que o empregador promovesse o controle efetivo da jornada de trabalho do empregado, pois dele exigia o comparecimento à empresa ao início do expediente, em horário determinado, fixando o cumprimento de rota e determinando o retorno à empresa ao final do expediente para prestação de contas. Cenário fático que afasta a incidência da regra de exceção inscrita no art. 62, I, da CLT. Recurso conhecido e parcialmente provido para deferir horas extras ao Reclamante. (TRT-10 - RO: 1309201110110008 DF 01309-2011-101-10-00-8 RO, Relator: Desembargador Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 25/07/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 03/08/2012 no DEJT)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DA JORNADA.

"O art. 62, I, da CLT excepciona os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Entretanto, na hipótese vertente, o Tribunal Regional consignou que havia possibilidade de controle da jornada, de modo que, não obstante a reclamante realizasse tarefas externas, não havia incompatibilidade com a fixação de horários de trabalho nos moldes do comando consolidado supramencionado; inaplicável, assim, a hipótese dos autos. (...)"

(TST - AIRR: 8179320155210013, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 04/04/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/04/2018)

A hipótese fática subjacente ao acórdão constante do Informativo n. 184 do TST, entretanto, não apresenta tais particularidades. Aqui, embora o empregador tivesse certo domínio quanto ao início e ao fim da jornada de trabalho, fugia do seu alcance o controle quanto ao efetivo gozo do intervalo intrajornada pelo trabalhador externo.

Na aludida situação, além de analisar os aspectos sumulares do TST, devemos nos ater às regras do ônus da prova, a qual se aplica na vida e no direito, qual seja: *Quem alega, prova!* O regramento do ônus da prova, denominado juridicamente como Teoria Estática, traz a ideia de que ao empregado caberá fazer prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito.

No caso em tela, o empregado alega apenas não usufruir do intervalo, mas não faz prova neste sentido, o que corroborou ao seu indeferimento, especialmente, por caracterizar-se como um trabalhador externo, e sem que houvesse demonstração de qualquer controle de jornada.

RESUMINDO

Por todo o exposto, o TST decidiu que o verbete sumular n. 338, I não é aplicável às hipóteses de trabalho externo, nos termos do artigo 62, I, da CLT. Nesses casos, caberá ao empregado o ônus de provar a não fruição do período de descanso, bem como a possibilidade de controle da jornada, sob pena de conferir ao empregador ônus processual impossível de ser cumprido, também conhecido como prova diabólica.

HORA DE PRATICAR!

QUESTÃO (2017 – Advogado – Adaptada) - Os gerentes, enquanto empregados de confiança, e os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho têm direito aos intervalos interjornadas e intrajornada.

Gabarito: Errado.

Comentários: Com fulcro no artigo 62, I, II e III, da CLT, não estarão submetidos ao controle de jornada os seguintes empregados:

- empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho;

- os gerentes;

- os empregados em regime de teletrabalho.

Dessa forma, os gerentes e empregados que exercem labor externo, incompatível com a fixação de horário de trabalho, não ficarão submetidos a direitos trabalhistas como intervalos (intrajornada e interjornada), adicional noturno e hora extra, justamente por não estarem submetidos ao controle de jornada exercido pelo empregador.

QUESTÃO (2016 – TRT 4ª Região – Juiz Substituto - Adaptada) – Na atividade externa, deve ser reconhecida a exceção do art. 62, I, da CLT, independentemente da anotação na carteira de trabalho e no registro de empregado, que tem apenas função probatória.

(...) Certo (...) Errado

Gabarito: Errado.

Comentários: O labor externo não atrai de forma automática a incidência do art. 62, I, da CLT. Para tanto, é necessário que o quadro fático revele que o empregador não tem qualquer controle sobre a jornada de trabalho do empregado, conforme se extrai das decisões colacionadas acima.

DECISÃO 02 - DIREITO DO TRABALHO – DOENÇA GRAVE – HIV

Empregado portador de doença grave. HIV. Empregador ciente da condição do reclamante muitos anos antes da demissão. Processo de reestruturação organizacional. Dispensa arbitrária e discriminatória. Não ocorrência. Inaplicabilidade da Súmula nº 443 do TST.

Afasta-se a presunção de dispensa arbitrária e discriminatória a que se refere a Súmula nº 443 do TST na hipótese em que a demissão de empregado portador do vírus HIV foi motivada por processo de reestruturação organizacional, e ocorreu dezesseis anos após o empregador ter conhecimento da condição do reclamante.

No caso, a empresa, após tomar ciência da doença que acometia o empregado, o encaminhou para tratamento médico e psicológico, e, ao longo dos dezesseis anos que antecederam a dispensa, o promoveu várias vezes, a indicar ausência de indícios de ato discriminatório. Ademais, é incontroverso nos autos que a empregadora passou por um processo de reestruturação, que culminou com a extinção da função ocupada pelo trabalhador e a ruptura do contrato de trabalho de treze empregados, e não apenas do reclamante. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento.

Vencidos os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, relator, Walmir Oliveira da Costa e Brito Pereira. TST-E-ED-ARR-185700-05.2008.5.02.0029, SBDI-I, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, red. p/ acórdão Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 13.9.2018.

ESCLARECENDO

O TST, visando rechaçar a discriminação dos portadores de HIV ou de outras doenças graves sujeitas ao estigma e ao preconceito, editou o enunciado Sumular de n. 443, nos seguintes termos:

Súmula TST 443

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Neste sentido, conforme apontado por muitos doutrinadores, o TST criou uma espécie de garantia de emprego aos empregados portadores do vírus HIV, de forma que a sua dispensa tornar-se-á válida apenas quando ocorrer em um contexto laboral sólido e apto a não caracterizar a discriminação, sob pena de reintegração, nos termos da Súmula 443 do TST e Artigo 1º, III e 3º, IV da CF. A título de exemplo, poderíamos citar algumas situações não discriminatórias e legítimas a gerar dispensa, tais como: reestruturação de setores da empresa, dispensa em massa, crise financeira, extinção de cargos e setores, etc.

No aludido caso, a dispensa do empregado portador de HIV foi efetuada 16 (dezesseis) anos após o conhecimento dessa condição pelo empregador e se baseou no processo de reestruturação organizacional da empresa, fatos que serviram para afastar a presunção discriminatória da dispensa.

Com efeito, a decisão do TST divulgada no informativo n. 184 revela que a presunção discriminatória que recai sobre a despedida de empregado não é *jure et de jure*, isto é, absoluta, mas relativa (*juris tantum*).

Logo, as singularidades do caso concreto afastaram qualquer relação de causalidade entre a dispensa e o fato do empregado ser portador do vírus HIV, em especial, pelo extenso lapso temporal decorrido entre o conhecimento da doença pelo empregador e a superveniência de nova circunstância, restruturação da empresa, apta a embasar a legítima demissão.

Por fim, o tema em questão já foi objeto de cobrança por diversas bancas examinadoras de concurso, o que merece a nossa atenção. **Veja:**

QUESTÃO (FCC – 2012 – TRT – 18ª Região – Juiz do Trabalho) - Empregado portador do vírus HIV é dispensado sem justa causa pelo seu empregador, sendo que a doença não guarda nexo de causalidade com a atividade laboral desenvolvida. Segundo entendimento sumulado do TST, a dispensa, nesse caso, é lícita, posto que a dispensa sem justa causa ou arbitrária, em qualquer situação, é autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, se classificando como direito potestativo do empregador.

a) presume-se lícita, devendo o empregado comprovar a discriminação, posto que se trata de fato constitutivo de seu direito.

b) presume-se lícita, devendo o empregador comprovar que não houve discriminação, em atenção ao princípio da repartição dinâmica das provas.

c) presume-se discriminatória, posto tratar-se de doença grave que causa estigma ou preconceito, cabendo ao empregador comprovar que não praticou conduta discriminatória.

d) presume-se discriminatória e, sendo inválida, o empregado terá direito ao recebimento de indenização dobrada pelo período de afastamento, mas não à reintegração, já que não há previsão legal de garantia de emprego para os portadores de HIV.

Gabarito: D

Comentários: Conforme estudado, o empregado portador do vírus HIV, ou, ainda, com doença grave que cause estigma, somente poderá ser dispensado mediante justa causa ou em situação fática demonstrativa de qualquer fator não discriminatório.

Na questão proposta, o empregado foi dispensado sem justa causa, de forma a incidir a presunção relativa de uma dispensa discriminatória, nos termos da Súmula n. 443 do TST, implicando reintegração ou indenização, caso o empregador não demonstre alguma situação fática apta a ensejar resilição do contrato de trabalho.

DECISÃO 03 - PROCESSO DO TRABALHO – COISA JULGADA E ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Execução. Complementação de aposentadoria. Fundação Banrisul. Aplicação da Resolução nº 1.600/1964. Direito reconhecido na fase de conhecimento. Posterior adoção de alíquota de contribuição superior à prevista na referida norma. Possibilidade. Inexistência de ofensa à coisa julgada.

A adoção de alíquota de contribuição à previdência privada superior à prevista na Resolução nº 1.600/1964 da Fundação Banrisul não ofende a coisa julgada, porquanto o percentual da contribuição não fora objeto de debate pelo título exequendo.

Na hipótese, conquanto declarado o direito do reclamante à complementação de aposentadoria com base nos critérios da Resolução nº 1.600/1964, as decisões proferidas na fase cognitiva não se referem às contribuições em prol da Fundação demandada, tampouco ao percentual dos descontos, limitando-se a considerar a remuneração integral do autor para o cálculo da complementação de aposentadoria. Assim, além de ser questão superveniente à coisa julgada formada na fase de conhecimento, trata-se de matéria preclusa, na medida em que a homologação dos cálculos definiu o desconto no percentual de 8% e não de 2% sobre o valor apurado, sem que tenha havido manifestação do reclamante após ter sido intimado a respeito dos descontos. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos interpostos pelos reclamados, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, deu-lhes provimento para afastar o conhecimento do recurso de revista porque não verificada ofensa à coisa julgada, excluindo, por consequência lógica, a multa por embargos de declaração protelatórios.

Vencidos, totalmente, os Ministros José Roberto Freire Pimenta, Guilherme Augusto Caputo Bastos e Hugo Carlos Scheuermann, que negavam provimento aos embargos e, parcialmente, os Ministros Márcio Eurico Vitral Amaro, Breno Medeiro e Renato de Lacerda Paiva, que votaram pela manutenção da multa. TST-E-ED-ED-RR-111000- 40.1994.5.04.0014, SBDI-I, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 20.9.2018

ESCLARECENDO

A decisão do TST analisa a ocorrência, ou não, de ofensa à coisa julgada. No caso concreto, o autor ajuizou reclamação trabalhista pleiteando a complementação de sua aposentadoria com base nos critérios da Resolução n. 1.600/1964 da Fundação Banrisul, o que lhe foi concedido. Não foi objeto da demanda qualquer controvérsia acerca do percentual da contribuição à previdência privada, não constando do título judicial, portanto, qualquer alusão à contribuição.

Na fase de execução do título judicial, a Fundação Banrisul, ao cumprir a decisão judicial, promoveu descontos de 8% a título de contribuição à previdência privada, fazendo-o com base em regulamentos posteriores à Resolução n. 1.600/1964. Como a Resolução n. 1600/1964 previa o desconto de apenas 2% em prol da Fundação Banrisul, o reclamante questionou o percentual dos descontos realizados, evocando o argumento de ofensa à coisa julgada.

Ocorre que a discussão sobre o percentual dos descontos surgiu depois de encerrada a fase de conhecimento. E mais: depois de homologados os cálculos que se valiam do percentual de 8% (e não de 2%), contra os quais o reclamante não opôs qualquer irresignação. Portanto, a celeuma em torno do percentual de desconto à previdência privada não está sob o abrigo da coisa julgada (porque é superveniente à fase de cognição) e constitui matéria preclusiva, já que não foi objeto de impugnação pelo reclamante no momento oportuno, isto é, quando da homologação dos cálculos.

Devemos, por oportuno, relembrar a disciplina legal no tocante às balizas objetivas da coisa julgada estabelecidas no Novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao Direito Processual do Trabalho:

> *Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 504. Não fazem coisa julgada:*
>
> *I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;*
>
> *II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.*

No caso, a decisão de mérito sob o abrigo da coisa julgada se restringiu a declarar o direito à complementação da aposentadoria com fulcro na Resolução n. 1.600/64, sem fazer menção à alíquota dos descontos à previdenciária privada. Assim, os percentuais de desconto não estão acobertados pela imutabilidade, ainda que previstos na referida Resolução, porque não foram objeto de irresignação durante a fase de cognição.

Embora a Resolução tenha servido de substrato determinante à concessão da aposentadoria, não restou incólume a maneira pela qual o direito reconhecido seria implementado. No mais, a teor do artigo 502, inc. I, do NCPC, os motivos da decisão de mérito, ainda que determinantes, não fazem coisa julgada.

RESUMINDO

Nesse caso, a decisão do TST se refere aos limites objetivos da coisa julgada, isto é, à matéria acobertada pela imutabilidade da coisa julgada. Como o título exequendo não decidiu a celeuma relativa ao percentual dos descontos a título de contribuição à previdência privada - questão que se revelou superveniente à decisão -, mas apenas declarou o direito do reclamante à complementação da sua aposentadoria, não há falar em ofensa à coisa julgada, porque a questão não foi objeto da decisão de mérito.

QUESTÃO DA CESPE

QUESTÃO (2016 – TRT 8ª Região – Técnico Judiciário) – A verdade dos fatos prevista na sentença faz coisa julgada formal e material.

Gabarito: Errado.

Comentários: Nos termos do art. 504, inc. II, do NCPC, de aplicação subsidiária na esfera trabalhista, a verdade dos fatos não faz coisa julgada.

Assim, encerro os comentários do Informativo n. 184 do TST e estarei esperando por você nos próximos comentários que ainda faremos, conforme o TST for disponibilizando novos informativos. Fique atento, afinal será uma excelente forma de exercitar os seus estudos em Direito e Processo do Trabalho!

Até a próxima oportunidade!

Prof.ª Priscila Ferreira.

@profpriscilaferreira