

Dois Temas para Reflexão: um de Direito Material (Supressão de Horas Extras) e Outro Processual (Recurso Adesivo)

Tânia Maciel de Souza

Juíza Togada do TRT da 4ª Região

1. Recurso Adesivo. Matéria Prejudicial. Nulidade do Julgado

Imaginemos a hipótese de que em sede de recurso adesivo pretenda a parte a declaração da nulidade da decisão recorrida. Alega como fundamento o cerceamento de prova ante o indeferimento da oitiva de suas testemunhas, apesar de a decisão lhe haver atendido, em parte, as pretensões contidas na inicial ou na defesa, conforme o pólo processual em que esteja o recorrente adesivo. Quais as soluções que poderiam ser adotadas?

Há diversos posicionamentos doutrinários, e até mesmo alguns julgados, quando a matéria suscitada no recurso adesivo é prévia, do ponto de vista de prejudicialidade, ao recurso principal, como, por exemplo, nos casos de decretação da nulidade da decisão, coisa julgada, incompetência territorial, carência de ação. A mais comum de ocorrência no processo trabalhista é a renovação da tese de negativa de vínculo de emprego, quando o reclamante, embora vencedor parcial na de-

manda, busca ampliar as parcelas objeto da condenação, com as quais já se teria conformado o reclamado, se houvesse transitado em julgado a decisão recorrida, pois dela não recorreu ordinariamente.

A primeira das soluções procedimentais preconizadas seria examinar as condições de admissibilidade do recurso principal e, se conhecido, passar a analisar o recurso adesivo diante da matéria prejudicial de mérito das insurgências daquele. Tal entendimento resultaria em aplicar a literalidade do parágrafo único do artigo 500 do CPC, pouco importando a matéria que fosse objeto do recurso adesivo, se prejudicial ou não ao recurso principal, bastando o preenchimento dos pressupostos objetivos para conhecimento do recurso (admissibilidade e preparo).

A segunda seria, simplesmente, não conhecer o recurso adesivo pela característica de principalidade que adquiriria se examinado antes do recurso principal, salvo se a matéria nele deduzida pudesse ser conhecida do Juízo *ad quem*, de ofício, como a in-

competência absoluta, a coisa julgada, a litispendência, exemplificativamente. Tal entendimento porém, implicaria excluir pura e simplesmente de apreciação do Juízo *ad quem* a inconformidade do recorrente adesivo, sem sequer perquirir da possibilidade de ele ter razão em ver reapreciadas as questões que colocou.

Uma terceira solução seria admitir o caráter condicional do recurso adesivo, mesmo sem requerimento expresso, pela presunção de conformidade com a decisão principal, se aquela fosse mantida. Não tendo havido o recurso ordinário, adquire aquele a condição de efetiva acessoriedade com a solução do processo principal, ou seja, se não acolhida a insurgência da parte adversa (recorrente principal) contra a sentença revisanda, prejudicado ficaria o exame do recurso adesivo. Os que defendem esta tese aplicam analogicamente o art. 289 do CPC, que admite o princípio da eventualidade na defesa do processo de conhecimento, entendendo que ele deu origem ao recurso adesivo e dele se torna inseparável quando a matéria deduzida possa vir a gerar eventual inversão na ordem do julgamento, com violação à regra do artigo 500 do mesmo diploma processual.

Na prática dos Tribunais Trabalhistas verifica-se que a solução mais adotada tem sido a primeira. Qualquer matéria deduzida é examinada em sede de recurso adesivo, mesmo que ele transmude ou se transforme para principal diante da necessidade de exame de suas questões antes da análise do recurso principal, ainda que possa impedir que dele se conheça meritoriamente, se, como na hipótese formulada inicialmente, a própria validade da decisão não for reconhecida com sua declaração de nulidade por cerceamento

de prova, em razão do acolhimento da tese do recurso adesivo.

Parece-nos que a terceira solução seria a mais adequada, diante da intenção do legislador processual ao criar a possibilidade de a parte recorrer adesivamente, pois, embora não fique adstrito à matéria deduzida no recurso principal, não se pode esquecer que o recorrente-adesivo já havia aceito a decisão atacada como boa e justa. Necessário que, sem limitar o exame de todas as questões apreciadas pelo Juízo *a quo*, pelo menos não se permita a involução da inconformidade a ponto de tornar a parte conformada em principal inconformada. Lembra-se, por oportuno, que, a qualquer tempo, o recorrente primeiro ou principal pode desistir de seu recurso e restar prejudicado o recurso adesivo. Por tal motivo, por si só, justifica-se a admissão sempre com caráter condicional das alegações do recorrente adesivo quando a matéria deduzida em seu recurso importe em inverter a ordem de exame dos recursos, sob pena de ferir o princípio da acessoriedade do recurso adesivo.

2. Horas Extras. Integração do Salário. Percepção por no Mínimo Dez Anos

A matéria já foi objeto do Enunciado 76 do TST, que resultou substituído pelo de nº 291. Tratam ambos da situação do empregado que, desde a admissão ou nos últimos dois anos, trabalhasse e recebesse horas extras de forma habitual e o empregador as suprimisse. O primeiro, já cancelado, reconhecia a natureza salarial das horas extras e seu fator de agregação em definitivo à remuneração, na hipótese de que o empregador tenha exigido do empregado desde sua contratação o trabalho em jornada suplemen-

tar ou por mais de dois anos antes da supressão. A presunção era de que tal quantia representasse parcela indissociável de seu salário e com ela o empregado já contasse no orçamento pessoal, a ponto de infringir o art. 468 da CLT, se retirada de forma abrupta.

Tal entendimento foi substituído pela indenização proporcional ao tempo em que o empregado vinha trabalhando nestas condições, surgindo o Enunciado 291 do TST. Ele passou a ser aplicado, diariamente, sem convicção de que fosse uma justa solução, pelos julgadores das instâncias inferiores, mas unicamente para não criar vãs expectativas para os reclamantes no caso de apreciação em recurso de revista no TST. No entanto, esta solução indenizatória criada pela mais alta Corte Trabalhista pode ser amenizada, sem solução para todos os casos, com a aplicação analógica do princípio do Precedente 45 da SDI daquele mesmo Tribunal, cuja ementa é no seguinte sentido: “ Gratificação de função percebida por 10 ou mais anos. Afastamento do Cargo de confiança sem justo motivo, Estabilidade Financeira. Manutenção do pagamento.”

Assim, todo empregado que tenha trabalhado em horas extras habituais por 10 ou mais anos para seu empregador não pode ter suprimida, de forma abrupta e injusta, a paga

a elas relativa, pois isto acabaria com a estabilidade financeira daquele contratante. Pode o empregador não mais exigir a prestação de serviços extraordinários, e isto está no seu *jus variandi*, mas não pode deixar de remunerá-lo, assim como, naquela situação do cargo de confiança, pode retirar do empregado a condição de sua especial fidúcia. No entanto, fica fora de seu alcance a diminuição salarial pela retirada da gratificação atinente ao cargo até então ocupado pelo empregado na hierarquia funcional. Veja-se que a solução proposta tem em mira aquele empregado que preste serviços ao mesmo empregador há, pelo menos, 10 anos, o que é muito tempo, e em jornadas extras, dia após dia, não se encontrando nos princípios norteadores do Direito do Trabalho qualquer justificativa para se entender legal a supressão da remuneração de horas extras habituais prestadas por 10 anos ou mais. Não há dúvidas de que sua retribuição pecuniária passou a fazer parte da vida do empregado. O fato de a outra parte contratante, o empregador, depois de 10 anos, entender que não mais precisa daquele serviço extra e rotineiro não significa que possa se livrar desta situação fática sem qualquer responsabilidade para com o outro pactuante, mudando as condições que vinham tacitamente sendo ajustadas e renovadas mês a mês, por muitos e muitos anos.

