

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 —). —
Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da
Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Versão impressa - LTr 5804.5

Versão digital - LTr 9209.9

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-003 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

Junho, 2017

PRESIDENTE ANAMATRA
GERMANO SILVEIRA DE SIQUEIRA

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA

Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG.
Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.
Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-MG.
Juiz do Trabalho Titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte-MG.

PROF. AVV. FABIO PETRUCCI

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della Previdenza Complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del Lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Avvocato. Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e Sociambiental".

FLÁVIA MOREIRA PESSOA

Juíza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju. Presidente da Amatra 20.
Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes.
Doutora em Direito Público. Mestre em Direito, Estado e Cidadania. Especialista em Direito Processual.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5 (biênio 2012-2014). Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (biênios 2005-2007, 2007-2009, 2009-2011, 2013-2015 e 2015-2017).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz Titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba — 9ª Região (PR).

LUCIANA PAULA CONFORTI

Juíza do Trabalho do TRT da 6ª Região, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Boa Viagem – FBV. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Boa Viagem – FBV/Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região – ESMATRA6. Mestre em Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutoranda em Direito, Estado Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPQ). Membro da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e Diretora de Cidadania e Direitos Humanos da Amatra 6 (Biênio 2016-2018).

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do curso de graduação em Direito da UNISUL — Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em cursos de pós-graduação *Lato Sensu*. Professor Convidado Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Membro da Comissão Técnico-científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2007). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão — 12ª Região (SC).

RUBENS FERNANDO CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR

Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região — Titular da 4ª Vara de Novo Hamburgo. Presidente da Amatra IV. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Direito pela PUC-RS. Professor dos cursos de pós-graduação em nível de especialização da PUC-RS, UNISINOS, FEMARGS, UNIRITTER, FEEVALE, IMED e IDC. Ex-professor da Faculdade de Direito da PUC. Autor dos livros *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e Processo do Trabalho: uma interpretação constitucional contemporânea a partir da teoria dos direitos fundamentais*.

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA

Desembargadora do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Doutora em Ciências Jurídicas e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional PUC-Rio. Professora Associada da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, vinculada ao Departamento de Direito Social e Econômico e ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, onde coordena o grupo Configurações Institucionais e Relações de Trabalho – CIRT cadastrado no diretório de grupos de pesquisas do CNPq.

SILVANA ABRAMO MARGHERITO ARIANO

Desembargadora Federal do Trabalho da 2ª Região. Diretora de Formação e Cultura da Anamatra (gestão 2015/2017). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Mensagem sobre Periodicidade</i>	11
<i>Editorial</i>	13
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças</i>	15
Doutrina	
O novo Código de Processo Civil e as prerrogativas da magistratura nacional: reflexões de um juiz <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	19
Tradição e tradução do novo CPC no sistema trabalhista <i>Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Pércles Rodrigues Marques de Lima</i>	37
Embargos de declaração: apontamentos em face do novo Código de Processo Civil e do Direito Processual do Trabalho <i>Denise Alves Horta</i>	52
As “decisões surpresa” e sua repercussão nas ações de natureza trabalhista <i>Ana Maria Aparecida de Freitas e Carolina de Freitas Silva</i>	70
O litisconsórcio no CPC/2015 e seus reflexos no processo trabalhista <i>Marcelo Rodrigues Prata</i>	81
O ônus da prova no processo do trabalho e o novo CPC: desafios e perspectivas <i>Iraú Oliveira de Souza Neto e Narbal Antônio de Mendonça Fileti</i>	97
Da força legal das instruções normativas do Tribunal Superior do Trabalho: Uma análise acerca da (in)constitucionalidade da IN n. 39/2016 — entre erros e acertos <i>Tainá Angeiras</i>	116
Teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a sua aplicação ao processo do trabalho <i>Wilker Jaymisson Gomes da Silva</i>	136
A Constituição, as normas fundamentais do processo civil e o processo do trabalho <i>João Humberto Cesário</i>	147

A importância do art. 489 do novo Código de Processo Civil na consolidação de um processo do trabalho verdadeiramente democrático e alinhado aos valores constitucionais <i>Vladimir Andrei Ferreira Lima</i>	167
O “calar” dos trabalhadores: uma análise da política de conciliação na Justiça do Trabalho frente ao “ <i>dumping</i> social” <i>Fernanda Barcellos Mathiasi</i>	184
Jurisprudência	
— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Tribunal Superior do Trabalho.....	197
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	214
Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região	220
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	231
Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	238
Adendos	
ANAMATRA visa à nulidade da IN n. 39/2016 por meio de ADI.....	251
Tribunal Superior do Trabalho.....	260
Tribunal Superior do Trabalho.....	265
Índice Geral	275

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT.....	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos)	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC.....	Código Civil
CCB.....	Código Civil Brasileiro
CDC.....	Código de Defesa do Consumidor
CF.....	Constituição Federal
CLT.....	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC.....	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC.....	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB.....	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DOE.....	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA.....	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS.....	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS.....	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira Regulamentada
OIT.....	Organização Internacional do Trabalho
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
TJ.....	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST.....	Tribunal Superior do Trabalho

Mensagem sobre Periodicidade

Caros leitores e colaboradores,

A Anamatra e a Editora LTr informam que, a partir desta edição, a *Revista Trabalhista Direito e Processo* passará a ter periodicidade semestral, sendo o presente número relativo ao segundo semestre de 2016.

Entendemos que essa é uma maneira de possibilitar que cada vez mais estudiosos colaborem com a *Revista*, bem como que possamos oferecer uma publicação que contribua com o desenvolvimento do conhecimento e evolução doutrinária, ampliando o debate e a reflexão das questões atinentes à Justiça do Trabalho.

Informamos ainda que estão disponíveis no Espaço do Associado, área restrita do portal da Anamatra, as edições digitais a partir do n. 25.

As assinaturas continuam disponíveis para associados e para o público em geral no endereço (<www.ltreeditora.com.br>).

Finalmente, reiteramos o convite para o envio de artigos, sentenças e acórdãos para as próximas edições, conforme as disposições dos editais publicados periodicamente no portal da Anamatra (<www.anamatra.org.br>).

Cordialmente,

Conselho Editorial

Editorial

O Brasil vive um dos piores momentos de sua história republicana. As acusações de corrupção nos centros dos Poderes Legislativo e Executivo Federais — e também de alguns Estados — leva ao descrédito dessas instituições, ao repúdio dos cidadãos à classe política e acentua as crises ética e de legitimidade política, atingindo os pilares do Estado de direito democrático.

Sem embargo do atual estágio da vida política nacional, o Poder Executivo da União, com o apoio de parte de sua base de sustentação no Congresso Nacional, insiste em manter a votação das reformas trabalhista e previdenciária, sob o argumento de que são indispensáveis à criação de empregos e à garantia das aposentadorias presentes e vindouras.

Contrariamente ao procedido quando das reformas do Código Civil e do Código de Processo Civil, cujo iter não prescindiu da instalação de comissões de notáveis e de amplo debate pela sociedade e pelas duas Casas do Congresso Nacional, a reforma trabalhista — para ficar apenas nesta — atinge não apenas o direito material do trabalho, mas é contemplada também no campo do direito processual do trabalho, ciência que disciplina o instrumento que faz valer os direitos dos trabalhadores.

Consoante avaliação de várias entidades e personalidades ligadas ao mundo do direito do trabalho, mantida nos patamares atuais, essa reforma vai de encontro às lutas seculares dos trabalhadores e deságua em inequívoco retrocesso, contrariando o princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso social, plasmado na Constituição Federal de 1988 pelos princípios do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano; fragiliza o sistema sindical; e enfraquece a Justiça do Trabalho.

Para ficarmos circunscritos a alguns pontos polêmicos e que causarão retrocesso dos direitos material e processual do trabalho — portanto alguns de discutível constitucionalidade — citam-se: a) prevalência do negociado sobre o legislado; b) reconhecimento da prescrição intercorrente a partir de dois anos; c) tarifação do dano extrapatrimonial (o que não se vê sequer no campo do direito civil); d) terceirização também da atividade-fim; e) permissão para o trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre mediante apresentação de atestado médico; f) restrição do instituto da justiça gratuita; g) eliminação da execução *ex officio*, quando a parte não estiver representada por advogado (procedimento salutar utilizado na Justiça do Trabalho desde a entrada em vigor da CLT, na década de 1940, e agora encampada pelo CPC de 2015).

Todos estes pontos da reforma trabalhista estão sendo combatidos pela Anamatra por meio de campanha virtual de esclarecimento da sociedade e de convencimento daqueles que decidirão sobre ela nos fóruns competentes.

Além disso, essas reformas serão objeto da edição n. 57 desta Revista, para a qual já convidamos os leitores a contribuir com o debate.

Esta edição, por outro lado, ainda enfatiza o processo do trabalho sob o enfoque do CPC de 2015, matéria que somente será sedimentada em alguns anos ainda.

Para tanto, ela contém artigos que tratam do processo do trabalho sob o prisma do novo CPC e seus institutos, tais como a “decisão surpresa”, as teorias do encargo probatório, os embargos de declaração e a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, além de escritos sobre direito material do trabalho e sobre as prerrogativas da magistratura nacional. Traz, ainda, julgados selecionados do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Juízes do Trabalho.

Que a leitura seja profícua.

Outono de 2017.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. DA FINALIDADE

1.1. A Revista Trabalhista Direito e Processo tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

O n. 55 da Revista terá como tema “O direito do trabalho e o novo Código de Processo Civil”.

2. DA COMISSÃO EDITORIAL

2.1. Caberá ao Conselho Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados;

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. DO ENCAMINHAMENTO

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente, em formato Microsoft Word, apenas para o endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica;

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora;

3.3. Da mensagem eletrônica deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. DAS SENTENÇAS E DOS ACÓRDÃOS — REQUISITOS

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação deverão guardar relação com o tema da Revista;

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por juiz, desembargador ou ministro;

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos;

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS — REQUISITOS

5.1. Os artigos científicos devem ser, preferencialmente, inéditos no Brasil;

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico;

5.3. Para a manutenção da qualidade científica da Revista, os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. Conterão entre cinco e trinta páginas, **preparados em formato Microsoft Word**;

5.3.2. Os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português e inglês (ver subitem 7.6), com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. A referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. Para fins de qualificação da revista no sistema QUALIS/CAPES, o autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no *site* do CNPQ (<www.cnpq.br>);

5.3.4. As citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. As referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. As citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. Com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho;

5.3.8. O Conselho Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “5.3.2”.

6. DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS

6.1 - Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2);

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério do Conselho Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor;

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento;

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores;

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial;

7.6. Caso o artigo seja encaminhado sem resumo na língua inglesa, o autor automaticamente autoriza o Conselho Editorial a providenciar a tradução do resumo para o inglês.

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

O novo Código de Processo Civil e as prerrogativas da magistratura nacional: reflexões de um juiz^(*)

Guilherme Guimarães Feliciano^(**)

Resumo:

- ▶ O presente artigo apresenta, em primeira abordagem, os principais eixos críticos que devem se estabelecer sobre o texto da Lei n. 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), no que diz respeito à independência judicial e ao processo do trabalho.

Abstract:

- ▶ This paper presents, as a first approach, the most critical axes should be set on the text of Federal Act n. 13.105 (new Civil Procedure Code), in respect of judicial independence and the labor process.

Palavras-chave:

- ▶ Código de Processo Civil brasileiro — Lei n. 13.105/2015 — Independência judicial — Aplicação do processo comum ao processo do trabalho.

Key-words:

- ▶ Brazilian Civil Procedural Code — Federal Act n. 13.105 — Judicial Independence — Application of the common process to the labor process.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução. O anteprojeto do novo código de processo civil: aspectos positivos. A evolução no congresso nacional
- ▶ 2. Introdução crítica às razões de resistência. A questão da independência judicial

(*) Os artigos citados já estão adaptados ao teor do Novo Código de Processo Civil, como encaminhado para sanção presidencial em fevereiro de 2014 (v. Parecer n. 1.111, de 2014, datado de 17.12.2014, com a “[r]edação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 (n. 8.046, de 2010, naquela Casa)”. As exceções estão textualmente ressaltadas, pela referência ao “anteprojeto” ou ao “projeto original”.

(**) Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Livre-Docente em Direito do Trabalho pela FDUSP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Penal pela FDUSP. Coordenador da Pós-Graduação “*stricto sensu*” em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté.

- ▶ 3. O novo Código de Processo Civil: pontos críticos. Arts. 10, 15, 133, 235, 489, 927 e outros
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil: aspectos positivos. A evolução no Congresso Nacional

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato n. 379/2009 da Presidência do Senado Federal e convocado no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010 (do Senador JOSÉ SARNEY)⁽¹⁾, nasce com o propósito primeiro de atender ao princípio do art. 5º, LXXVIII, da CRFB. Nas palavras do Min. LUIZ FUX, presidente daquela comissão, “o cerne do novo CPC é o ideário da duração razoável dos processos”. Para esse efeito, entre outras medidas, elimina-se a figura da ação cautelar como entidade autônoma (excluindo-se o atual Livro III e regulamentando-se a “tutela de urgência e tutela da evidência” no Livro V), restringe-se ainda mais a utilização do agravo de instrumento e cria-se o “incidente de resolução de demandas repetitivas” (arts. 976 a 987). Por outro lado, perde-se grande oportunidade de adequar a norma-base do processo civil brasileiro ao novo paradigma digital, estabelecendo o diálogo com a Lei n. 11.419/2006 (o que há, p. ex., na Seção II do Capítulo I do Título I do Livro IV da Parte Geral, ou na Seção VIII do Capítulo XII do Título I do Livro I da Parte Especial, é francamente insuficiente). A omissão, ao que parece, foi intencional, tendo em conta que a inclusão digital ainda não alcançou todo o Poder Judiciário, nem tampouco todos os quadros da advocacia.

Nada obstante, o novo texto já era gestado sob severas críticas. Dizia-se dele, por exemplo,

ser de duvidosa necessidade, na medida em que simplesmente revisita, em variegadas matérias, o que hoje já dispõe o Código de Processo Civil de 1973 (cerca de 80% dos dispositivos do novo código — num total de 970 — reproduzem *ipsis litteris* os artigos do Código Buzaid). Sugeriu-se, por isso, que melhor seria prosseguir com a estratégia das minirreformas, hábil a produzir iguais efeitos de renovação, sem todavia impactar o meio forense com a revogação integral de um texto legislativo já consagrado e curtido nas caldeiras do tempo, pela obra da doutrina e da jurisprudência.

Mais pontualmente, certo segmento da doutrina apontou retrocessos em aspectos que dizem com a instrumentalidade do procedimento e com os poderes instrutórios do magistrado, pela perda de referenciais seguros e pela possível contradição com princípios constitucionais como os do contraditório e da ampla defesa. Tal crítica exsurgiu bem condensada, p. ex., pela pena de COSTA MACHADO⁽²⁾:

E agora, para finalizar este pequeno e desprezioso artigo, elencamos as propostas que, a nosso ver, desqualificam o anteprojeto do CPC: 1) o poder atribuído ao juiz para “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito” (art. 107, V); “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e ampla defesa, promover o necessário ajuste” (art. 151, § 1º); 2) a eliminação do efeito suspensivo da apelação (“os recursos, salvo disposição legal

(1) Adiante, referiremos indistintamente “projeto” e “anteprojeto de lei”, remetendo sempre ao mesmo texto, uma vez que o PLS n. 166/2010 correspondia quase integralmente ao anteprojeto de lei apresentado pela Comissão de Juristas, sem alterações relevantes.

(2) COSTA MACHADO, Antonio Claudio da. Um Novo Código de Processo Civil?. In: *Jornal Carta Forense*, São Paulo, Stanich & Maia, 5 jul. 2010 (*Legislação*). A referência faz-se, por óbvio, aos artigos como numerados no texto que então tramitava pelo Parlamento.

em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão” — art. 908, *caput*); 3) o poder concedido ao relator para atribuir o efeito suspensivo à apelação (art. 908, §§ 1º e 2º); 4) a eliminação dos embargos infringentes; 5) fixação de nova verba advocatícia pela instância recursal quando o tribunal não admitir recursos ou negar provimento por unanimidade (arts. 73, § 6º e 922); 6) a previsão de que “os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados” (art. 847, II); 7) a concessão generalizada de liminares sem exigência de *periculum in mora* quando “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca” (art. 285, III); 8) disciplina da multa cominatória sem estabelecimento de limite de tempo e de valor (art. 503 e parágrafos); 9) eliminação do direito da parte a um certo número de testemunhas; 10) o levantamento de dinheiro depositado a título de segurança do juízo pelo credor (art. 829).

De se ver, pelo excerto, que muitas das críticas pontuais diziam com aquilo que justamente representava o maior sopro de novidade desse novo regramento: a **subordinação do procedimento às necessidades do direito material**⁽³⁾

(3) O que está decerto conforme à melhor doutrina. Por todos, confira-se, com MARINONI: “a norma constitucional que afirma a ação institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de influir sobre o convencimento judicial, assim como a possibilidade do uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta. [...] O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode

(art. 107, V, do anteprojeto — a que equivale, p. ex., o “princípio da adequação formal” art. 265º-A do Código de Processo Civil português⁽⁴⁾), caminhando para um conceito de, i.e., de jurisdição como estrita *função de tutela de direitos materiais*⁽⁵⁾. Para esse fim, (v., e.g., os arts. 151, § 1º, e 285, III, do anteprojeto), aproximando-se do chamado “modelo de Stuttgart” — e, por essa via, consubstanciando um importante passo qualitativo no sistema processual brasileiro, a romper com certa visão formalista, mecanicista e positivista do processo que ainda impregnava o próprio Código Buzaid. Lamentavelmente, porém, o princípio da adequação formal foi suprimido durante a tramitação. Já os poderes instrutórios gerais seguem reproduzidos, com pequenas alterações, no art. 139, incisos VI — com conseqüências típicas do princípio da adequação formal, conquanto dele não exaurientes — e IX do Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Fosse mantida a redação originária do PLS n. 166, a Magistratura nacional ganharia com a edição do novo Código de Processo Civil. Ganharia em termos de instrumentalidade processual, em termos de ductibilidade procedimental e em termos de eticidade do discurso. E também ganharia, por consequência, em matéria de prerrogativas, notadamente em relação àquelas prerrogativas que só se exercem *no processo*: a prerrogativa de (arts. 125, 445 e 446 do CPC de 1973) e a prerrogativa de e a causa conforme o seu livre convencimento motivado (arts. 130 e 131 do CPC de 1973), o que é especialmente relevante em sede processual trabalhista, mercê dos amplos poderes de instrução historicamente acometidos aos

ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo” (MARINONI, Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. I. pp.285-291 — g. n.).

(4) “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

(5) MARINONI, *op.cit.*, p.176.

juízes do Trabalho (art. 765 da CLT). Tudo isso significava, em última análise, prestigiar a ação e a decisão em primeiro grau de jurisdição.

Nada obstante, a intensa oposição e os próprios *lobbies* da advocacia no Congresso Nacional levaram à desnaturação desse texto original. O texto aprovado e sancionado em 16.3.2015 é, em larga medida, *manietador* da independência judicial, ao mesmo tempo em que “normaliza” uma série de procedimentos (como os de desconsideração da personalidade jurídica) e arma os advogados com instrumentos que hoje não existem.

Por outro turno, o texto final tencionou *innovar* em alguns contextos, a ponto de invadir matérias privativas de lei complementar (art. 93, *caput*, da CRFB), ou de legislar em desacordo com o desiderato constitucional maior de incolumidade da independência judicial. Nisso, inova mal. Vejamos a seguir.

2. Introdução crítica às razões de resistência. A questão da independência judicial

Como é sabido, magistrados devem gozar de plena, para instruir e julgar, e de no exercício do mister jurisdicional. Sua liberdade de convicção não pode ser arrostada sequer pela instância superior (tanto que lhe é dado *ressalvar* o próprio entendimento, no primeiro grau ou nos órgãos colegiados, ainda quando se curve ao entendimento dissidente). E, por conseguinte, *não pode ser punido administrativamente pelas teses jurídicas que perfilhar ou externar*, ainda que incomuns ou minoritárias. Não fosse assim, teríamos “não-juízes”: servidores autômatos que, em primeiro grau de jurisdição, limitar-se-iam necessariamente a repetir as teses do segundo grau e a reproduzir as emendas das súmulas dos tribunais superiores. Essa certamente não seria uma Magistratura democrática. O que significa dizer, “*a contrario sensu*”, que a dos magistrados, ambas radicadas na base axiológica das normas-regras constitucionalizadas no art. 95,

I a III, da Constituição, perfazem verdadeira para um Estado Democrático de Direito.

“*Hierarquia judiciária*” — ainda muito comum nos regimentos internos dos tribunais — e da própria normativa a ela relacionada. Não convém confundir, como são aquelas exercidas pelos tribunais para a revisão das decisões de primeiro grau, com, conceito admissível e até mesmo natural em algumas instituições (como, p. ex., nas Forças Armadas, a ponto de se excepcionar a regra da limitação das prisões aos casos de flagrante delito e mandado judicial — veja-se, e. g., o art. 5º, LXI, *in fine*, da CRFB), mas *absolutamente impróprio* para definir a natureza das relações entre juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição (ou entre esses e os juízes dos tribunais superiores). Não se discute, nos limites do sistema processual, o poder de revisão dos tribunais, imanente ao próprio “*procedural due process of law*” (art. 5º, LIV, da CRFB); nem tampouco o dever intraprocessual de respeito às decisões judiciais de grau superior, no plano jurídico-decisório (o que não significa, entenda-se bem, capitulação no plano jurídico-argumentativo); mas tudo isso *nos limites subjetivo-objetivos do processo* (ou toda súmula de jurisprudência seria necessariamente vinculativa). Nada mais que isso. O magistrado de primeiro grau *pode* discordar das subsunções jurídicas e das razões de fato e de direito do “*decisum*” de segundo grau ou até mesmo das instâncias superiores; pode, por isso mesmo, *ressalvar* seus entendimentos; e, em casos excepcionais, pode inclusive *se escusar* de julgar, por entender malferida a sua independência funcional, em razão do tipo de decisão a que terminou “confinado” em razão de decisões superiores (valendo-se, para tanto, do art. 135, parágrafo único, do CPC de 1973; ou, agora, do art. 145, § 1º, do NCPC)⁽⁶⁾.

(6) Assim, p. ex., o magistrado que se vir instado a decidir litígio para o qual se julga legalmente suspeito (art. 145 do NCPC), por ter o tribunal, em mandado de segurança, entendido o contrário. Não se trata de hipótese acadêmica, havendo precedentes na própria Justiça do Trabalho.

Apenas não pode *rever* intraprocessualmente o que foi decidido nas instâncias superiores, ainda que violentem o seu convencimento. Quanto ao mais, porém, *não há hierarquias*. Leia-se, por todos, em NERY DE OLIVEIRA:

A tal modo, se resulta lógico que a administração centralizada nos Tribunais pressupõe uma obediência aos comandos de gestão e administração por tais Cortes enunciadas, logicamente tais atos administrativos não ensinam qualquer perda dos atributos de independência do juiz, notadamente na sua atividade-fim, mas também indiretamente qualquer ingerência que possa pretender vir a perturbar aquela, ainda que emanada de órgãos internos do Judiciário. Para que assim fosse, o art. 95 haveria de comportar exceções, e tais não existem para permitir que juízes de Cortes superiores sejam maiores que outros.

Na verdade, todos os juízes são iguais, mesmo aquele magistrado da comarca mais humilde e longínqua do País em relação ao ministro do Supremo Tribunal Federal — o que os distingue, basicamente, são as competências jurisdicionais distintas, que confere a uns e outros, em dados momentos, maior *status* social (e não pouco é lembrar que muitas vezes o juiz da comarca do interior, quase esquecida por todos, é muito mais prestigiado na sua localidade que qualquer ministro do STF, pois são as suas decisões que influem diretamente no cotidiano daquela comunidade).

Ainda que possa parecer absurdo, a inexistência de qualquer hierarquia entre os Juízes vem capitulada no art. 6º da Lei 8.906/94, exatamente o Estatuto da Advocacia, quando assevera que “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”, havendo que se ponderar que tal dispositivo não se dirige apenas à inexistência de subordinação e hierarquia dos

advogados em relação a juízes e membros do Ministério Público, mas também entre estes, sob pena também da regra primeira acabar desvirtuada”⁽⁷⁾.

Ainda, no escólio de GOMES DA CRUZ⁽⁸⁾:

Temos feito várias referências à independência do magistrado, salientando que as garantias constitucionais se voltam para preservar tão fundamental atributo da magistratura. Logo, todo juiz deve agir com independência, até em relação à instância superior, sabido que esta só possui, em relação ao órgão de grau inferior, competência de derrogação. Claro, não se exclui o poder disciplinar, mas não interferindo diretamente na atuação do juiz em matéria processual.

Mais além, em plagas europeias — e há décadas —, o insuperável GOMES CANOTILHO⁽⁹⁾ identificou, no (consagrado na Constituição portuguesa de 1976 e inerente a todos os Estados Democráticos de Direito), três corolários: o da (donde a impraticabilidade das nomeações interinas e das transferências, suspensões, aposentações e demissões à margem da lei ou *em razão das decisões emanadas*), o da (autonomia da judicatura — inclusive orçamentária — em relação aos demais poderes da República) e o da Quanto a essa última, asseve que:

“é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência. Significa ela que o juiz está apenas submetido à lei

(7) OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Hierarquia e subordinação judiciárias. Inconstitucionalidade. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>>. Acesso em: 17 jun. 2010 — g. n.). O autor, não por acaso citado, é desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

(8) CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional interpretada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 44 (g. n.).

(9) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 617-618 (g. n.).

— ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas — no exercício da sua função jurisdicional.”

Consequentemente, o juiz de primeiro grau *súmulas vinculantes* exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, mercê da norma ínsita ao art. 103-A da CRFB). Está, sim, obrigado a acatar o *resultado* dos arestos que lhe reformam as decisões. Não mais do que isso. Não se obriga, p. ex., a *reproduzir*, em nova sentença, os conceitos, as teses e as convicções perfilhadas pelo relator na fundamentação do voto. Nem a seguir a súmula de jurisprudência dos tribunais aos quais se vincula, se o entendimento ali vazado violenta-lhe a convicção. E, por isso mesmo, andou mal o Conselho Nacional de Justiça ao erigir a “obediência a súmulas” como um requisito objetivo de aferição do “merecimento” do magistrado ao tempo da sua promoção (cfr. art. 93, II e III, da CRFB c.c. art. 5º, “d” e “e”, da Resolução CNJ n. 106/2010⁽¹⁰⁾).

Nesse sentido, aliás, tem se pronunciado iterativamente o próprio Conselho Nacional de Justiça, *excluindo* a possibilidade de se recorrer à instância administrativa disciplinar e/ou revisional para “corrigir” ou “punir” os assim chamados “*erros in judicando*” (*i. e.*, erros de julgamento — que nada mais são que convicções jurídicas derrubadas em superior instância). Veja-se:

A Revisão Disciplinar não se presta à indagação de *quaestionis juris*, nem ao ataque do *error in judicando* do magistrado. A pretensão de incursão em atos judiciais proferidos em juízo constitui matéria que se posta fora do âmbito de competência do CNJ. Essa atuação no plano judicial só se revê através dos meios

(10) Aliás, quanto à alínea “d”, restaria a esclarecer — e isto tanto poderia ser tentado mediante sucessivas incursões nos recônditos da Filosofia do Direito como ainda, mais intimamente, mediante sucessivas visitas ao divã do psicanalista, tal a extensão e as possibilidades da ideia contida — o que vem a ser a “pertinência” da doutrina ou da jurisprudência citada. Com toda vênua, conceito assim aberto jamais poderia ser eleito como “critério objetivo” de promoção de magistrados.

postos na legislação processual, pela via do recurso judicial cabível, sendo inadequada e incabível a Revisão Disciplinar para essa finalidade” (CNJ, REVDIS n. 200810000005120 e REP n. 200810000005118, rel. Cons. RUI STOCO, 65ª Sessão, j. 24.6.2008, *in* DJU 5.8.2008 — g. n.).

1) O CNJ não é instância de revisão de decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário no exercício da típica atividade jurisdicional. 2) Os fatos trazidos aos autos pelo reclamante não apresentam cometimento de infração funcional. Recurso a que se nega provimento” (CNJ – RD 391 – Rel. Cons. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, 69ª Sessão, j. 9.9.2008, *in* DJU 26.9.2008 — g. n.).

O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente” (CNJ, RD n. 200830000000760, rel. Cons. ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 80ª Sessão, j. 17.3.2009, *in* DJU 6.4.2009 — g. n.).

E — antecipo-me — se é assim no plano administrativo disciplinar, não há como ser diferente no plano jurídico-civil ou jurídico-penal, nem se justifica eticamente que se haja de modo diverso no plano administrativo promocional (*i. e.*, na consideração do “merecimento” do agente público para efeito de promoção ou de percepção de vantagens quaisquer).

Aliás, a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79) prevê, em seu art. 41, que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões

que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo no caso de impropriedade ou excesso de linguagem. *In verbis*:

Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

E, na mesma alínea, a LOMAN dispõe, no seu art. 40, que a atividade censória dos tribunais *não pode cercear a independência* ou *malferir a dignidade* do magistrado. *In verbis*:

A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado.

Se tudo isso é verdadeiro no plano judicial e administrativo, entre magistrados dos diversos níveis da carreira da Magistratura e dos tribunais superiores, não pode ser menos verdadeiro em relação a: se o magistrado instrui e julga de acordo com a sua convicção, reportando-se à Constituição da República e às leis do país (da maneira como as lê, inclusive em perspectiva sistemática e/ou teleológica), e se assim *fundamenta* a sua decisão (porque é exatamente aqui — na, não na positividade das leis infraconstitucionais — onde tem assento, nos Estados Democráticos de Direito, a *maior garantia do jurisdicionado* contra as possíveis arbitrariedades do próprio Poder Judiciário), não pode ser responsabilizado, seja no campo administrativo, seja no campo cível, seja ainda — e com maior razão — no campo criminal. Pregar o contrário é pregar uma jurisdição *co-varde*, porque a decisão judicial preocupar-se-á primeiramente com a indenidade do próprio prolator e somente depois com a justiça do caso concreto. É pregar, ainda, uma jurisdição tacanha, repetidora de verbetes que não raro se empedram no tempo. É pregar, por fim, uma jurisdição eficientista (mas não eficaz), que se ocupa de decidir mais e mais rapidamente, produzindo números, resultados e relatórios; mas que, ao cabo e ao fim, já não produz justiça social.

Mas é precisamente neste ponto que peca o novo Código de Processo Civil. Eis o que diremos na sequência.

3. O novo Código de Processo Civil: pontos críticos. Arts. 10, 15, 133, 235, 489, 927 e outros

Na linha do quanto exposto acima, o novo CPC apresentará desconformidades *formais* e *materiais* na perspectiva das prerrogativas da Magistratura nacional, ainda que poucas. Por isso, seria útil repará-las antes de eventual promulgação do diploma. Dois dispositivos do Novo Código de Processo Civil chamam a atenção, em particular, pela referida desconformidade. Vejamo-los:

- Art. 10:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

- Art. 235:

Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

§ 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato.

§ 3º Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.⁽¹¹⁾

Pois bem.

No que diz respeito ao art. 10, impende registrar que, a despeito de suas excelentes intenções (na esteira do art. 5º, LV, da CRFB), termina consumando um *retrocesso* no plano da aplicação judiciária da norma jurídica, notadamente quando se trata (do que) se invariavelmente se revestem as chamadas “objeções processuais”, às quais se reporta o art. 10. É da tradição do processo — em especial no âmbito do processo penal e dos mecanismos processuais de tutela de direitos fundamentais — a parêmia latina “*iura novit curia*”, a significar que o juiz pode aplicar o Direito em conformidade com a configuração factual que se lhe apresenta, desde que nisso não desborde dos limites objetivos e subjetivos da lide (a que DINAMARCO denomina *princípio da correlação entre a demanda e a sentença*); ao desbordar — aí sim — seria imprescindível a imediata dilação adversarial para efeito de contraditório (como se dá, no processo penal,

com a chamada “*mutatio libelli*” — art. 384 do CPP). Com mesma ou maior razão, não há necessidade de se limitar o poder decisório do juiz, quando à mercê de objeções processuais, a um procedimento contraditório prévio. O princípio do contraditório (art. 5º, LV, CRFB) já estará atendido com a inarredável possibilidade de revisão do “*decisum*”, em sede de recurso, caso uma das partes se entenda “surpreendida” ou contrariada com a subsunção jurídica que o magistrado imprimiu a determinado fato ou circunstância (decadência, coisa julgada, litispendência, carência de ação etc.). Desse modo, obrigar o juiz a abrir contraditório sempre que pretenda decidir com base em normatividade cogente e cognoscível “*ex officio*” é limitar a extensão do seu poder de direção processual, circunscrevendo-o a limites que hoje não se impõem e que, inexistentes, nem por isso têm suscitado discussões de fulcro constitucional; e, num certo sentido, é comprometer o próprio princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).

Não bastasse, a própria sistemática do novo CPC parece transigir com a saudável e necessária possibilidade de decisão imediata com base em matéria de ordem pública, sem prejuízo de eventual contraditório diferido. Vejam-se, por exemplo, os casos do art. 278, parágrafo único (quanto às nulidades absolutas, cognoscíveis de ofício), do art. 285, parágrafo único (quanto à decisão de mandar anotar “*ex officio*” as reconvenções, as intervenções de terceiros ou quaisquer hipóteses de ampliação objetiva do processo), do art. 292, § 3º (quanto à correção “*ex officio*” do valor da causa, pelo juiz, “quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes”), do art. 370, *caput* (quanto à determinação “*ex officio*” de produção de quaisquer provas que julgar necessárias para o julgamento da lide), do art. 300, § 1º (quanto ao condicionamento das medidas acautelatórias à prestação de caução) e, por fim, do art. 297 (quanto às “medidas

(11) Compare-se, a propósito, com o teor do art. 192 do projeto original (muito mais próximo do art. 198 do CPC de 1973): “Qualquer das partes ou o Ministério Público poderá representar ao presidente do tribunal de justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. § 1º Distribuída a representação ao órgão competente, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade. § 2º O presidente do tribunal, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, remetendo-os ao substituto legal do juiz contra o qual se representou, sem prejuízo das providências administrativas.” Na prática, o NCPC constrói uma possibilidade ainda mais temerária de o corregedor do tribunal e/ou o relator da representação no Conselho Nacional de Justiça — e já não o presidente do tribunal — interferirem com a distribuição e obliquamente malferirem a garantia do juiz natural. Melhor seria que, não praticado o ato no prazo assinado, houvesse um *incidente processual* de deslocamento da competência funcional, a ser decidido pelo tribunal (ainda que sob rito breve), assegurando-se a garantia do contraditório às partes litigantes. Não uma medida de *intervenção administrativa* que, relativamente àquele modelo outrora definido pelo Código Buzaid, torna-se agora ainda pior.

que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”). Ao que se lê nas redações desses preceitos — que sempre preordenam, em alguma medida, “decisão” judicial nos autos —, poderá o magistrado, em qualquer daqueles casos, (para declarar a nulidade, anotar a intervenção, produzir a prova, substituir ou conceder a medida de urgência etc.), *independentemente* de oitiva do “*ex adverso*”. Ou acaso se sustentará que, por força do art. 10, deverá o juiz, *em todos esses casos*, ouvir antecipadamente a(s) parte(s)? Indagará ao réu o que acha ele, réu, da medida acautelatória que ao juiz parece mais adequada para evitar justamente o perecimento do direito litigioso por ação do mesmo réu? A ser assim, a hermenêutica sacrificaria amiúde a duração razoável do processo; e, para mais, o próprio *escopo* dos preceitos legais que regulam as tutelas de emergência e evidência. Em alguns casos, o contraditório prévio seria inclusive contraproducente, quando não impeditivo dos efeitos pretendidos (assim, *e.g.*, nas hipóteses de cautelaridade; neste sentido, aliás, bem previam, na redação do projeto original, o art. 284, 1ª parte — *excepcionalidade* da urgência — ou do art. 258, *caput*). Ora, se é dado ao juiz, ao menos nessas situações específicas, decidir “*inaudita altera parte*”, por que não poderia fazê-lo quando estiverem presentes as mesmas razões que aqui justificarão o diferimento do contraditório (a saber, a *defesa da ordem pública* e/ou a *preservação da utilidade e da celeridade do processo*)? “*Ubi eadem ratio ibi idem ius*”. A bem da interpretação sistêmica, aliás, convirá reconhecer que, no próprio texto do NCPC, encontram-se alinhavados os casos em que a atuação “*ex officio*” pressupõe a necessária oitiva *prévia*; assim, p. ex., no art. 493⁽¹²⁾. Nada obstante, a redação “*peremptória*” do art. 10

(12) “**Art. 493.** Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, cabará ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. **Parágrafo único.** Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir” (g. n.).

do NCPC ensinará, infelizmente, inúmeras polêmicas a esse propósito.

Pois bem. Pela perspectiva constitucional (art. 5º, LV), parece-nos claro que, a depender do caso concreto, o juiz entremear o contraditório, com proporção e utilidade, entre a identificação de objeções processuais incidentes e a sua decisão a respeito; o, porém, refere-se ao contraditório “*a se*”, não necessariamente ao seu momento. É o que se dá, aliás, com as próprias nulidades absolutas, que demandam contraditório; e, nada obstante, o novo *codex* autorizará o seu decreto de ofício (art. 278, parágrafo único), aparentemente sem necessidade de prévia manifestação das partes (a não ser, insista-se, que se pretenda aplicar o art. 10 à hipótese do art. 278, parágrafo único; mas, sendo assim, haveremos de aplicá-lo também às hipóteses do art. 297 do NCPC, ainda que isso prejudique a finalidade da norma?). Vê-se, pois, que a melhor sistemática será sempre *deixar a critério do magistrado*, na direção do processo em cada caso concreto, decidir sobre a *necessidade* (no aspecto técnico-jurídico, i.e., quanto à constitucionalidade/legalidade de eventual mitigação ou diferimento) e também sobre a *conveniência* (aspecto político-processual) do contraditório prévio. É, aliás, o que naturalmente decorreria da excelente norma inserta no art. 107, V, quanto à *adequação das fases e dos atos processuais às especificações do conflito*, de modo a “*conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico*” (mas que, viu-se, foi lamentavelmente manietada para, no atual art. 139, VI, admitir tão-só a *dilatação dos prazos processuais legais* e a *alteração da ordem de produção dos meios de prova*, como recursos de adequação do procedimento às necessidades do conflito). Daí porque, ao que sentíamos — e assim nos manifestamos em parecer solicitado, à época, pela Diretoria de Assuntos Legislativos da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (então sob os cuidados do juiz GERMANO SILVEIRA DE SIQUEIRA) —, melhor teria sido do projeto o atual art. 10 do NCPC, a bem da preservação dos

poderes de direção do juiz no processo e do seu próprio livre convencimento motivado. Infelizmente, assim não se fez.

Deve-se, a propósito, debelar os preconceitos que ainda existem quanto à figura do Fiel às lições do grande OVÍDIO BAPTISTA⁽¹³⁾, é mister reconhecer que a dignidade e a urgência do bem da vida perseguido (i.e., do “direito material”) não apenas justifica como muitas vezes *impõe* um procedimento contraditório diferenciado, sem que isso represente qualquer violência à cláusula constitucional vazada no art. 5º, LV, da CRFB. Desse modo, pode bem o juiz, deparando-se com objeções processuais ou outras matérias de que deva conhecer “*ex officio*”, de plano, mercê do princípio do livre convencimento motivado, quando for essa a melhor solução para a preservação da utilidade do processo e/ou para a sua duração razoável (mais: a depender do bem da vida em jogo e das circunstâncias do caso, *terá* de fazê-lo). E o fará *sem prejuízo* do contraditório, que todavia será diferido (mas nem por isso mitigado: mesmo no processo do trabalho, mais infenso a incidentes processuais, a parte insatisfeita poderá registrar seus protestos, na audiência ou no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, com vistas à ulterior impugnação em sede de recurso ordinário⁽¹⁴⁾; e, no processo civil — mesmo neste que agora se anuncia —, haverá sempre a possibilidade dos agravos⁽¹⁵⁾).

Podem-se, ademais, antecipar possíveis gargalos de interpretação com outros preceitos do anteprojeto que reproduzem ou revisitam essas mesmas idéias de “audição prévia e necessária das partes” antes de qualquer ato judicial decisório, mesmo naquilo que o juiz tenha de conhecer de ofício. Entretanto, a bem de

uma abordagem sintética e com o propósito de não comprometer o foco da crítica — que deve mesmo privilegiar as questões principais (*supra*) —, encerramos aqui esta incursão.

No que diz com o novel art. 235 e com a “responsabilidade” disciplinar dos magistrados pelos excessos de prazo (que já tinham regulação legal, no CPC de 1973, e também administrativa, no Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça), o problema é similar. Como é de sabença geral, o regime disciplinar da Magistratura não pode ser objeto de lei ordinária federal (como é, sabidamente, o NCPC). As normas de conduta da Magistratura nacional e o respectivo regime disciplinar são — e devem ser — objeto do que hoje tem corpo na Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN). E, não bastasse a questão do quórum especial (art. 69 da CRFB), é certo que, para tanto disciplinar, a iniciativa legislativa jamais poderia ser de um senador da República. Haveria de ser do Supremo Tribunal Federal. É o que dita o próprio art. 93, *caput*, da Constituição Federal:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios [...] (g. n.).

Nessa alheta, tornam-se de duvidosa constitucionalidade (ante os indícios de *inconstitucionalidade formal*, por vícios de espécie e de iniciativa) as normas vazadas no novel CPC que pretendam regular a *responsabilidade disciplinar* do magistrado pelo excesso dos prazos legais, inclusive com um arremedo de *rito* para essa específica finalidade (distribuição ao órgão competente, instauração do procedimento disciplinar sem prévia oitiva do acusado, advocação discricionária dos autos em que se der o atraso para efeito de remessa a substituto legal — o que põe em xeque, teoricamente, a própria garantia do juiz natural⁽¹⁶⁾ — etc.). Com efeito, os *deveres dos magistrados* estão atualmente dispostos no art. 35 da LOMAN (sendo certo

(13) BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 112 e ss.; p. 128-129.

(14) Ver art. 795 c. c. art. 893, § 1º, da CLT.

(15) Ver, no CPC de 1973, os arts. 522 a 529. No NCPC, vejam-se os arts. 1015 a 1020.

(16) Cfr. art. 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV da CRFB. Veja-se ainda, *supra*, a nota n. 12.

que o excesso de prazos está contemplado já no inciso segundo, com a modulação necessária do advérbio “*injustificadamente*” — que sequer aparecia no art. 192 do PLS n. 166/2010, mas foi oportunamente devolvido ao atual art. 235 do NCPC). Por sua vez, a *responsabilidade disciplinar* do juiz pela inobservância desse dever está regulada entre os arts. 40 e 48 da mesma LOMAN, sendo certo que, para o caso em testilha — que importa em “*negligência no cumprimento dos deveres do cargo*” (desde que os excessos sejam *injustificados*) —, a lei prevê penas de (nas situações isoladas) e de (no caso de reiteração), quando aos juízes de primeiro grau (*ut* arts. 42, parágrafo único, 43 e 44), sendo discutível a natureza da sanção quando se tratar de juízes de segundo grau (vez que, por um lado, não se justificaria aplicar-lhes pena mais grave que a reservada para juízes de primeiro grau; mas, por outro, tampouco seria juridicamente aceitável que estivessem ao abrigo de qualquer responsabilidade disciplinar em semelhantes casos). Em nenhum caso, prevê-se como sanção disciplinar a “perda da competência”; e nem se poderia prever.

Ademais, o *rito* para a aplicação de sanções disciplinares a magistrados está igualmente esboçado pela lei em vigor, ao menos para os casos mais graves, nos termos de seus arts. 27 c.c. 46 da LOMAN (recepcionada que foi, às sabenças, como lei complementar). Não poderia a lei ordinária federal fazê-lo, ainda que residualmente, mesmo para os casos mais singelos, até porque a delegação legislativa, nesse particular, foi textualmente acometida aos regimentos internos dos tribunais (art. 48), para salvaguardar as peculiaridades locais (o que, diga-se, é de duvidosa recepção constitucional); e, no plano nacional, ao regimento interno do próprio CNJ, por força do art. 103-B, § 4º, da CRFB. Por conseguinte, qualquer tentativa de regular matéria disciplinar afeta à Magistratura nacional no Código de Processo Civil — que perfará lei ordinária federal — tende a *não resistir* a um exame escrupuloso de constitucionalidade.

Nesse diapasão, e em casos muito semelhantes, pronunciou-se outrora o Excelso Pretório, em variegadas ocasiões (nalgumas, inclusive, por provocação de associações de magistrados, como a Associação dos Magistrados do Brasil e a própria Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Vejam-se, por amostragem, as seguintes ementas (de três casos distintos, envolvendo a criação ou o regramento de infrações disciplinares fora do Estatuto da Magistratura, o regramento dos consequentes procedimentos e a competência legalmente delegada aos regimentos internos):

Ad quem pro iudicato⁽¹⁷⁾

Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º do Provimento n. 001, de 31 de julho de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim.⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

Do ponto de vista estritamente hermenêutico — dizendo, pois, menos com as prerrogativas da Magistratura nacional e mais com a própria atividade judicante diuturna do juiz do Trabalho —, o art. 14 do PLS n. 166/2010 (original), a que corresponde o *art. 15* do NCPC, deverá causar alguma perplexidade, abalando talvez o próprio edifício jurisprudencial que ao longo dos anos se construiu, na Justiça do Trabalho, em torno do art. 769 da CLT. Por isso mesmo, convirá desde logo para que, no futuro, sua redação não justifique arroubos de

(17) STF, ADI n. 2.885/SE (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA vs. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região), Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.10.2006, in DJ 23.2.2007, p.16 (g. n.).

(18) STF, ADI n. 3.053/PA (Associação dos Magistrados do Brasil – AMB vs. Corregedoria de Justiça das Comarcas do Interior do Estado do Pará), Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.11.2004, in RTJ 193/129 (g. n.).

(19) STF, ADI n. 2.580/CE (Procurador-Geral da República vs. Assembleia Legislativa do Estado do Ceará e Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará), rel. Min. Carlos Velloso, j. 26.09.2002, in DJ 21.2.2003, p. 27 (g. n.).

interpretação incoerentes com a sistemática e a principiologia da Consolidação das Leis do Trabalho (ou do diploma legislativo que venha a substituí-la no plano processual), aptos a causar, nos jurisdicionados, polêmica e assombro — e, por essa via, mais demandas em corregedorias.

É que o preceito estava assim vazado:

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente (g. n.).⁽²⁰⁾

Ditada desta maneira, a norma termina por ignorar o clássico *binômio clausular de subsidiariedade* que a jurisprudência e a doutrina processual trabalhista construiu a partir do art. 769 da CLT: para que a norma de direito processual comum (i.e., o *Direito Processual Civil*, ao menos pela interpretação hoje corrente⁽²¹⁾) possa ser aplicada ao processo do trabalho, há que ter **omissão** (da legislação processual trabalhista) e **compatibilidade** (entre a norma importada do processo comum e a própria sistemática/principiologia do processo do trabalho). Bem se vê que o art. 15 ignora, ao menos textualmente, o segundo elemento do binômio (i. e., a *compatibilidade*). Dir-se-ia que a inferência é óbvia. Mas, se tão óbvia fosse, não constaria expressamente do texto celetário de 1943 (“*exceto naquilo em que for incompatível*”).

Mantida nesses termos, e lida sem o devido cuidado, o preceito pareceria permitir, por exemplo, que um juiz do Trabalho viesse a

admitir agravo de instrumento contra decisão liquidatória de sentença (art. 1015, parágrafo único, do NCPC⁽²²⁾), já que a Consolidação das Leis do Trabalho hoje é omissa a respeito dos métodos de liquidação sentencial (exceto quanto à liquidação por cálculos, “*ex vi*” do art. 879, mas sem qualquer referência aos respectivos modos de impugnação). Poder-se-ia, mais, entender que, diante do silêncio da CLT, o “incidente de desconsideração da personalidade jurídica” previsto entre os arts. 133 e 137 do NCPC seria integralmente aplicável ao processo do trabalho, inclusive quanto ao “prazo comum” de quinze dias (maior que qualquer dos prazos celetários em fase de conhecimento) para que terceiros e pessoas jurídicas manifestem-se previamente e requeiram a produção de provas, até prolação de decisão final, a desafiar agravo de instrumento (arts. 135 e 1015, IV, do NCPC). Tais exegeses, se levadas a cabo na esfera do processo laboral, representariam odiosos retrocessos (notadamente nas execuções trabalhistas). Isso porque, sem sombra de dúvidas, essas interpretações — que decorreriam da mera *omissão* da CLT a respeito — estariam em desacordo com a, notadamente em razão dos princípios da celeridade processual, da concentração dos atos processuais, da oficialidade da execução e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (*ut* art. 893, § 1º, da CLT). Em outras tantas matérias, dúvidas similares poderiam ser levantadas, especialmente por aqueles que pretendessem advogar já não ser mais a *compatibilidade principiológica* um daqueles pressupostos de aplicação subsidiária das normas de processo comum ao processo do trabalho (o que significaria dizer, na prática, que o art. 15 do NCPC estaria a *derrogar* a norma do art. 769 da CLT).

Em verdade, nalgumas falas públicas, o próprio presidente da Comissão de Juristas, Ministro LUIZ FUX, deixou transparecer tal

(20) Em relação à redação original do PLS n. 166, o texto final do NCPC excluiu apenas os *processos penais*. Desnecessariamente, a nosso ver. Veja-se a nota subsequente.

(21) Com a qual, diga-se, não concordamos. A rigor, tanto o *processo civil* quanto o *processo penal* poderiam ser considerados, em um sentido mais amplo, “direito processual comum”. Quanto a isso, v. *Fênix — por um novo processo do trabalho: a proposta dos juizes do Trabalho da 15ª Região para a reforma do processo laboral (comentada pelos autores)*, de nossa lavra, em coautoria com os juizes Gerson Lacerda Pistori, Jorge Luiz Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho (São Paulo: LTr, 2011).

(22) A que corresponderia, “*mutatis mutandi*”, o art. 475-H do Código de Processo Civil de 1973.

pretensão, no evidente propósito de auxiliar o operador do Direito Processual do Trabalho, às voltas com um diploma legislativo que caminha para o seu septuagésimo aniversário (já inapto, pois, a atender às demandas da modernidade). Mas o fato é que, *sem* o indispensável pressuposto da compatibilidade principiológica, a norma do art. 15 do NCPC trará muito mais confusões do que equacionamentos, ao menos em seara processual laboral.

Para evitar semelhantes dificuldades, que no limite fariam vir abaixo todo o pórtico de inteligência jurisprudencial já erigido sobre o art. 769 consolidado, era de toda conveniência a redação do preceito, para que fosse promulgado com o seguinte texto:

Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente.

É o que propuséramos originalmente. Com isso, já não restariam dúvidas de que, tanto no processo do trabalho como nos demais ramos da processualística contemporânea (processo administrativo, penal, penal militar, eleitoral etc.), a norma processual civil só poderia ser “importada” quando não conflitasse com os princípios e a sistemática própria de cada um daqueles ramos. No caso específico da Justiça do Trabalho, preservar-se-ia a jurisprudência já construída para a matéria (e, com isso, incrementa-se, num primeiro momento, a segurança jurídica, tão importante nos períodos de transição legislativa), sem prejuízo da renovação que decerto advirá dos novos princípios e regras positivados pelo NCPC (especialmente em seu art. 139). E, diga-se, *nem poderia ser outra a interpretação correta do preceito*. Mas, para prevenir arroubos colonizadores do processo civil, conviria ressaltar.

Entretanto, *não se ressaltou*. Ao final, para tentar evitar tal hermenêutica desconstrutiva, a própria ANAMATRA chegou a propor destaque supressivo para que, à maneira do processo penal, o processo do trabalho fosse *excluído*

do art. 15. Outra vez não houve êxito. Resta, agora, a *hermenêutica* minimamente razoável.

Com efeito, entendemos que, na tensão entre o art. 15 do NCPC e o art. 769 da CLT, *as linhas mestras deste último devem sobressair-se*. Vejamos uma aplicação concreta: a possibilidade de aplicação, ao processo do trabalho (porque “omissa” a CLT), do *incidente de desconsideração de personalidade jurídica*, tal como previsto entre os arts. 133 e 137 do novel CPC. Seria defensável? A nosso ver, definitivamente tal incidente é absolutamente *incompatível* com o processo do trabalho, por ao menos quatro razões fundamentais:

- pelo histórico caráter *oficial* do processo laboral na fase executiva (muito antes do “processo sincrético” civil, diga-se), a dispensar qualquer exigência de “*pedido da parte ou do Ministério Público*”, como se lê no art. 133, *caput*, do NCPC;
- pela *irrenunciabilidade “a priori”* dos créditos exequendos (o que autoriza, “*in casu*”, a relativização do princípio dispositivo — como aliás igualmente o autoriza, “*mutatis mutandis*”, no exercício do direito de defesa, quando se trata de processo penal, pelas mesmas e óbvias razões: ainda que o réu *não queira* se defender, terá designado para si um defensor);
- pela *natureza monolítica* do processo laboral, que não se compadece com “incidentes” autônomos ou com “exceções rituais”; tudo se incorpora ao rito de fundo, como se dá com a exceção de incompetência “*ex ratione loci*”, com a impugnação ao valor da causa (*vide* a Lei n. 5.584/1970) e com os próprios embargos à execução (sempre entendidos pela doutrina nacional como um mero incidente endógeno não-autônomo, enquanto os processualistas civis nele sempre viram uma ação autônoma incidental), e assim por diante; e
- pelo *princípio da simplicidade das formas*, que é inerente ao processo do trabalho (veja-se, *e. g.*, o art. 840, § 1º, da CLT) e

não se compadece com a necessidade de requerimentos formais, de “demonstração” textual exauriente do preenchimento dos pressupostos legais específicas da “disregard”, de citações prévias ou de prazos dilatados para “responder” e “instruir” etc.

Idêntico ou similar raciocínio pode-se aplicar, judicialmente, a todas as demais propostas de “integração” do processo do trabalho com novidades do NCPC, como o incidente de coletivização de demandas (ou “conversão da ação individual em ação coletiva”, *ut art. 333 a do NCPC*) — a nosso sentir aplicável, em termos, ao processo laboral — ou a repartição dinâmica do ônus da prova (art. 373 do NCPC) — a nosso ver aplicável, integralmente, ao processo laboral.

Logo, mesmo com a redação sancionada, temos por inexorável a conclusão de que, nos processos trabalhistas, que não foi nem derrogado, nem tampouco ab-rogado pelo novel *codex* processual civil.

Vale ainda uma palavra quanto à das decisões judiciais, em especial nas hipóteses de liminares em tutelas de urgência e de evidência, no âmbito do Anteprojeto de Código de Processual Civil. Em certas passagens, o descumprimento de ordens judiciais é tratado como *crime de desobediência* (atualmente, o art. 330 do Código Penal⁽²³⁾). Assim ocorre com o art. 536, § 3º (quanto ao descumprimento de providência mandamental dada em sentença de cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer), como também no art. 403, parágrafo único, do NCPC (quanto ao descumprimento de ordem de exibição de documento). Leiam-se:

- Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver.

(23) “**Art. 330.** Desobedecer a ordem legal de funcionário público: **Pena** – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos”.

- Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetividade da decisão. (g. n.)⁽²⁴⁾

Normas desse cariz, vazadas nesses termos, podem comprometer a própria autoridade do julgador. O crime de desobediência é delito de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95, na redação da Lei n. 11.313/2006); logo, sequer admite prisão em flagrante, se o acusado assumir o compromisso de comparecer

(24) No projeto original, havia ainda o preceito do art. 503, “*in verbis*”: “**Art. 503.** A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário. § 2º O requerimento de execução da multa abrange aquelas que se vencerem ao longo do processo, enquanto não cumprida pelo réu a decisão que a cominou. § 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. § 4º A multa periódica incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. § 5º O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa. § 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente. § 7º O disposto no § 5º é inaplicável quando o devedor for a Fazenda Pública, hipótese em que a multa será integralmente devida ao credor. § 8º Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência (g. n.)”.

perante a autoridade judiciária penalmente competente (art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95). A depender da hipótese — imagine-se, por exemplo, a recente decisão prolatada pela 2ª Vara do Trabalho de Paulínia no rumoroso caso do “Recanto dos Pássaros”, impingindo gastos de grande expressão a multinacionais (SHELL e BASF)⁽²⁵⁾ —, o *staff* corporativo poderá até mesmo compreender ser “vantajoso” o descumprimento de uma ordem judicial exarada com efeitos imediatos, pois a consequência mais grave da desobediência seria a mera lavratura de um termo circunstanciado contra preposto da empresa (sem considerar a natural dificuldade de individualização de condutas em casos desse jaez). Por outro lado, se o órgão do Ministério Público pretender subsumir a conduta em questão a delito mais grave, poderá encontrar inusitada resistência pelo viés do princípio da estrita legalidade penal (*“lex certa et stricta”*), já que a lei federal posterior (*i. e.*, o NCPC) terá vinculado tal conduta ao tipo penal do art. 330 do CP, sem ressalvas.

Para evitar semelhantes subterfúgios, importaria *ressalvar* a responsabilidade por crime mais grave, estabelecendo textualmente o caráter *subsidiário* do crime de desobediência. Daí a sugestão feita, no devido tempo, para o *acréscimo*, à parte final desses preceitos, a tradicional locução *“se o fato não constituir crime mais grave”*, tantas vezes utilizada pelo Código Penal em vigor (*e. g.*, art. 132, art. 163, parágrafo único, II, art. 238, art. 307, art. 314 etc.). Mas tampouco nisto se caminhou.

Por fim, caberia tecer a necessária crítica aos parágrafos do art. 489 do NCPC, no que — ainda uma vez — limitam indevidamente

a atividade jurisdicional, “modulando” o princípio do livre convencimento motivado, com excesso insuperável. Nesse particular, as próprias associações nacionais de juízes — a ANAMATRA, a AMB e a AJUFE — apresentaram pedidos de veto à Presidência da República. E foram, por isso, criticadas por parte da doutrina. Quanto a isto, porém, basta-nos a *nota pública* da ANAMATRA, de 9.3.2015, à qual aderimos integralmente:

“Relativamente às diversas manifestações críticas dirigidas às propostas de veto encabeçadas pelas três associações nacionais de Magistrados para alguns artigos do novo Código de Processo Civil (NCPC), todas elas publicadas no sítio eletrônico do CONJUR e em outros órgãos de comunicação social, vem a público externar o seguinte:

Diversamente do que — até levemente — afirmaram alguns poucos dentre os muitos juristas ouvidos, os vetos propostos não têm por finalidade “diminuir o trabalho dos juízes”, mas preservar-lhes a independência funcional e assegurar mínima concretude a um dos princípios norteadores do NCPC e de todos os Pactos Republicanos para o Judiciário até aqui: a duração razoável do processo. Embora esperado o ataque de setores da advocacia, lamentavelmente ele veio antes mesmo de serem conhecidas as razões alinhavadas por ANAMATRA, AMB e AJUFE. Preferiu-se, pois, o julgamento às cegas.

No centro da polêmica, os vetos propostos aos parágrafos do art. 489 do NCPC guiaram-se por uma lógica jurídica comezinha: o legislador não pode restringir desarrazoadamente o conceito constitucional de fundamentação (art. 93/CF), como tampouco pode obliquamente tornar “vinculantes” súmulas, teses e orientações jurisprudenciais que constitucionalmente não o sejam. O mesmo se aplica ao art. 927.

Com efeito, os §§ 2º e 3º do art. 489 e os incisos III, IV e V e § 1º do art. 927 do NCPC exorbitam do poder de conformação legislativa do Parlamento, na medida em que terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e

(25) Processo n. 000222-2007-126-15-00-6 (2ª Vara do Trabalho de Paulínia). A liminar deferida, depois confirmada com pequenas modulações (MS n. 0005200-24.2009.5.15.0000), beneficia cerca de 3,5 mil ex-empregados e parentes (a cada qual, por sentença, será devido o valor de R\$ 64,5 mil). Segundo estimativas do Ministério Público do Trabalho, cerca de sessenta e seis trabalhadores perderam a vida no local, por exposição a agentes tóxicos.

na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos (art. 5º, LXXVIII, da CRFB), que é reconhecidamente o Leitmotiv e um dos alicerces centrais do novo Código.

À vista dos termos do art. 93, IX, da Constituição da República, o legislador entendeu por bem “regulamentar” a matéria em questão, contrariando a tradição secular do processo civil brasileiro — que jamais se viu “condicionado” pelo legislador quanto àquilo que seria ou não uma fundamentação sentencial suficiente —, para agora, em pleno século XXI, tolher a construção dos tribunais e estatuir ele próprio, Poder Legislativo, quais as hipóteses em que os tribunais devem considerar as decisões “não fundamentadas” (e, portanto, nulas de pleno direito, aos olhos da Constituição).

Ao fazê-lo, o Congresso Nacional retira do Poder Judiciário a plena autonomia para a interpretação do art. 93, IX, CRFB, travestindo-se em “intérprete autêntico” de uma cláusula constitucional de garantia que foi ditada pelo poder constituinte originário, o que chama a atenção por afrontar a própria separação harmônica entre os Poderes da República (art. 2º da CRFB). O Poder Legislativo não pode ditar ao Poder Judiciário como deve interpretar a Constituição. Esse papel cabe sumamente ao próprio Judiciário; e, em derradeira instância, ao Supremo Tribunal Federal, guardião constitucional da Carta Maior (art. 102 da CRFB). O inciso IX do art. 93/CF jamais encerrou norma jurídica de eficácia limitada ou contida, mas indubitável norma jurídica de eficácia plena, que agora perde plenitude por uma interpretação legislativa enviesada.

Não bastasse, onde regulamenta impropriamente, o Congresso Nacional regulamentou de modo irritó, violando outras tantas cláusulas constitucionais. Cite-se como exemplo o inciso IV do § 1º do art. 489 (“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), que enuncia uma utopia totalitária. Esperar que o juiz — em tempos de peticionamento eletrônico e dos

impressionantes “ctrl C” e “ctrl V” — refute um a um todos os argumentos da petição inicial, da contestação e das várias peças recursais, ainda quando sejam argumentos de caráter sucessivo ou mesmo contraditórios entre si (porque será possível tê-los, p. ex., no âmbito das respostas processuais, à vista do princípio da eventualidade da defesa), tendo o juiz caminhado por uma linha lógica de decisão que obviamente exclui os outros argumentos, é exigir do agente público sobretrabalho inútil e violar obliquamente o princípio da duração razoável do processo.

De outra parte, quanto aos incisos V e VI do parágrafo único do mesmo art. 489, diga-se da sua quase esquizofrenia. Por tais preceitos, será nula a sentença que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; logo, o juiz não pode simplesmente aplicar a súmula de jurisprudência a caso que evidentemente se subsuma a ela, devendo “identificar” (enaltecer?) seus fundamentos determinantes. Mas não é só. Assim como não pode “simplesmente” decidir com base em súmula de jurisprudência de tribunais superiores, também não pode deixar de decidir conforme essa mesma súmula (o que denota, no limite, um tratamento esquizoide da matéria), porque também será nula a sentença que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. No limite, restará ao juiz reproduzir súmulas e enaltece-las — conquanto não sejam constitucionalmente vinculantes.

Essas e outras “inovações”, impostas a fórceps, de uma só canetada, a toda a Magistratura nacional, sem o necessário amadurecimento de mecanismos de democratização dos procedimentos de uniformização de jurisprudência no âmbito dos tribunais superiores, regionais e estaduais, não colhem a simpatia da Magistratura do Trabalho, como tampouco deveriam colhê-la de qualquer cidadão minimamente cômico das necessárias aptidões democráticas do Poder Judiciário. Por isso, e apenas por isso,

a ANAMATRA pediu — e segue pedindo — o veto aos referidos preceitos do NCPC, já amplamente conhecido como o “Código dos advogados”. Que diga, agora, a Presidência da República.”

4. Conclusões

Pelo quanto exposto, impende pontuar, acrescer e concluir como segue:

1. Do ponto de vista das prerrogativas da Magistratura nacional, tal como disciplinadas nos arts. 93 a 95 da Constituição Federal e na Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN), os principais cuidados que a redação de um novo Código de Processo Civil deve guardar dizem respeito à preservação da do magistrado, tanto perante os órgãos judiciais revisores (excetuada, é claro, a sua própria função revisora, que está igualmente sob a guarida da independência funcional, desde que não se desdobre em constrangimento para que o juiz de primeiro grau reproduza teses que não perfilha) como perante órgãos correicionais (inclusive quanto ao tempo concretamente razoável para a distribuição de justiça) e também perante pessoas ou entidades externas (inclusive quanto à sua imunidade pelas decisões prolatadas).
2. Violam a cláusula constitucional da independência judicial quaisquer gestões ou preceitos que priorizem prazos, números e “metas” em detrimento das necessidades instrutórias ou persecutórias concretas de cada causa, a serem aquilatadas primeira e precipuamente pelo seu juiz natural (no primeiro ou segundo graus). “Eficienticismo” descalibrado, associado à alienação gerencial do magistrado, sacrifica o conceito mesmo de ordem jurídica justa. Veja-se, no NCPC, o art. 12, § 2º, VII, 2ª parte.
3. Também violam a cláusula constitucional de independência judicial os preceitos legais que vulnerabilizam as imunidades do magistrado, sujeitando-o a sanções de qualquer ordem (criminal, civil ou administrativa) pelo mero exercício consciente

de suas convicções jurídicas, ainda quando contrárias à jurisprudência pacificada nos tribunais — o que inclui todos os enunciados de súmulas não vinculantes — ou aos modelos de gestão adotados pelos vários órgãos de administração judiciária (conselhos e administrações de tribunais). Nesse diapasão, o “excesso dos prazos previstos em lei” não pode ser causa única e isolada para a punição ou para a responsabilização do juiz, notadamente quando tal excesso se justifica pelo exercício de suas convicções quando aos efeitos jurídicos de atos ou fatos jurídicos externos (como, *e. g.*, nas hipóteses de prejudicialidade externa), quando à necessidade de dilação instrutória, quando à extensão do contraditório etc.

Que venha o novo, como deve ser. Mas que venha estribado na Constituição, na valorização do primeiro grau de jurisdição e na efetividade do processo judicial. Não em modismos de ocasião. Agora, vigente o novo Código de Processo Civil, que nos socorram, nos excessos, a devida guarida constitucional. E, no processo do trabalho, a correta compreensão do que a ele se aplicará (e do que não se poderá aplicar).

5. Referências bibliográficas

- BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade da Procuradoria Geral da República. Brasília, DJ 21.2.2003, p. 27.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Associação dos Magistrados do Brasil — AMB. Brasília, 193/129.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA. Brasília.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA MACHADO, Antonio Claudio da. Um Novo Código de Processo Civil?. In: *Jornal Carta Forense*, São Paulo, Stanich & Maia, 5 jul. 2010 (Legislação).

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional interpretada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

FELICIANO, Guilherme G., et al. *Fênix — por um novo processo do trabalho: a proposta dos juízes do Trabalho da 15ª Região para a reforma*

do processo laboral (comentada pelos autores). São Paulo: LTr, 2011.

MARINONI, Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. I.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. “Hierarquia e subordinação judiciárias. Inconstitucionalidade”. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>>. Acesso em: 17 jun. 2010 — g. n.).

Tradição e tradução do novo CPC no sistema trabalhista

Francisco Meton Marques de Lima^(*) e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima^(*)

Resumo:

- O enfrentamento das questões postas pelo novo Código de Processo Civil demanda da Justiça do Trabalho a consideração do problema da segurança jurídica, associado à exigência do direito moderno, pós-convencional, de tomada de decisões racionalmente consistentes. Mas segurança jurídica não significa previsibilidade da decisão judicial, nem certeza quanto ao conteúdo do texto normativo. A reconstrução do debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira, por ocasião do envio ao Congresso Nacional, em 1936, do projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, permite observar que as características do processo do trabalho advêm, sobretudo, de seus princípios, e não de suas regras. A leitura positivista do direito, com sua crença na suficiência das normas para a regulação das situações concretas, não atende, de forma adequada, a exigência de segurança jurídica. Os princípios se diferenciam das regras, em especial quanto à sua forma de aplicação, porque exigem um processo de densificação de seus sentidos de acordo com as peculiaridades do caso concreto. A compreensão da natureza principiológica do direito permite um tratamento diferente do problema da segurança jurídica, no que diz respeito às relações entre o processo do trabalho e o processo comum.

Abstract:

- The questions posed by the new Code of Civil Procedure demand Labour Justice to consider the problem of legal certainty, associated with the requirement of modern law, post-conventional, of making reasonably consistent decisions. Nonetheless, legal certainty does not mean predictability of the court decision, neither assurance about the content of the legislative text. The reconstruction of the debate between Oliveira Viana and Waldemar Ferreira, at the time of the submission, to the National Congress in 1936, of the project of the Organic Law of the Labour Justice, allows us to observe that the characteristics of the labour process come mainly from its principles, instead from its rules. The positivist reading of law, with its belief in the sufficiency of law norms for the regulation of specific situations, does not answer properly the requirement of legal certainty. The principles are different of rules, in particular in their application form, because they require a process of densification of its senses according to the peculiarities of the concrete case. Understanding

(*) Desembargador do TRT-22. Prof. Titular da UFPI. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. Doutor em Direito Constitucional pela UFMG.

(**) Auditor Fiscal do Trabalho. Graduado pela UFC. Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

the nature of law, composed by principles in special, permits a different approach to the problem of legal certainty, with regard to the relationship between the labour process and the common process.

Palavras-chave:

- ▶ Novo Processo Civil — Exclusão social — Processo do Trabalho — Acesso fácil — Diferenças ontológicas — Fontes formais.

Key-words:

- ▶ New Civil Procedure — Social exclusion. Labor Process — Easy access — Ontological differences — Formal sources.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A centralidade do Código de Processo Civil x o sistema trabalhista
- ▶ 3. A volta do pêndulo ou a Lei do Eterno Retorno
- ▶ 4. O trabalhador merece o preço que vale
- ▶ 5. Continuando as diferenças originárias ontológicas
- ▶ 6. Diferenças legais básicas entre o sistema do trabalho e o do direito comum
- ▶ 7. Diferenças básicas no emprego da equidade e dos princípios
- ▶ 8. Discrepâncias fundamentais entre os dois sistemas processuais
- ▶ 9. A peculiaridade do processo coletivo do trabalho
- ▶ 10. Um magistrado diferente
- ▶ 11. Notas conclusivas
- ▶ 12. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente artigo pretende identificar as cerquinhas que delimitam o território do processo do trabalho, criado para atender às peculiaridades do sistema de direitos trabalhistas, bem como apontar as necessárias porteiras por onde o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 será convidado a suplementar e adjuturar esse sistema.

Entenda-se por tradição a entrega do novo CPC e por tradução o modo como ele deve ser recebido.

Nossas primeiras impressões indicam que o novo Código de Processo Civil é entregue aos brasileiros como o marco de um novo tempo em matéria processual civil, servindo de pano

de fundo de todos os subsistemas processuais, inclusive o trabalhista. Nada de estranho. É assim que ele chega, trocando o pano de fundo, sem abalar as especialidades.

E deve ser traduzido segundo quem o recebe. O sistema obreiro é um velho moderno e sábio. Conquanto de caráter forte e determinado, está sempre aberto à constante oxigenação pelo novo. Dessa forma têm se comportado, desde o início, todos os cultores do direito e do processo do trabalho.

Nessa tradução, primeiro, há que se respeitar a autonomia do sistema trabalhista; segundo, na adoção de regras do novo CPC, há que se atentar para a compatibilidade com os princípios laborais e a adaptabilidade dos

preceitos importados, pois nada que chega e se mistura permanece como antes. O que chega provoca um abalo no ambiente, mas também sofre transformação. Terceiro, o que tem que ser regulado e o sistema trabalhista for omissivo, impõe-se invocar as normas do novo Código, supletivamente. Quarto, aquilo que representa maior efetividade do processo, salvo quando absolutamente incompatível, deve ser recebido pelo sistema obreiro.

O novo CPC deve ser evitado nos procedimentos de rotinas trabalhistas, como audiência, notificação, prazos, partes e suas representações, dissídios coletivos, estabelecidos por lei ou pelos costumes judiciais. Já quanto aos trâmites dos processos nos tribunais, salvo quando houver previsão na lei trabalhista, o CPC passa a ser o instrumento legal aplicável, com as adaptações aos rituais do processo do trabalho. As tutelas provisórias também são bem vindas, também com as adaptações ao rito trabalhista. Da mesma forma, o incidente de demandas repetitivas e muitas novidades no cumprimento da sentença e na execução representam instrumento novo de imprimir maior eficácia ao julgado, que é o fim último do processo.

Destarte, o Direito do Trabalho foi desmembrado do Direito Civil e o Processual do Trabalho destacado do Código de Processo Civil de 1938, este e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) editados pelo mesmo regime e mesmo governo Vargas (1930-1945), revelando desvelada vontade política de conceber o sistema trabalhista como algo diferente do direito até então praticado no Brasil. O CPC de 1938 foi substituído pelo de 1973 e o processo trabalhista se manteve incólume, sem prejuízo de adotar os pontos positivos do então novo CPC.

Agora, vindo à luz o novo Código de Processo Civil, pela Lei n. 13.105/2015, reacende a velha tentativa de invasão da cidadela trabalhista, o que não ocorrerá, por incompatibilidade das regras desse Código com as

necessidades obreiras. Com efeito, o cunho cada vez mais formal do CPC de 2015 alarga a distância entre o povo e a Justiça, por ser um processo excludente e, consequentemente, mais incompatível que antes com o sistema do Trabalho, bastando destacar que, no direito comum, é maior o formalismo da representação das partes sucessoras no processo, a substituição processual restritíssima, total vacância normativa sobre dissídios coletivos e a ausência de *jus postulandi* das partes. As fontes formais do direito do trabalho são mais expressivas, incluindo o contrato individual e o coletivo entre as fontes primárias, e a equidade e a jurisprudência entre as secundárias, conferindo-se aos princípios de direito do trabalho, dentre outras funções, a de barreira contra a invasão do direito comum.

2. A centralidade do Código de Processo Civil x o sistema trabalhista

O novo Código de Processo Civil é formalmente alinhado com a Constituição Federal de 1988, porém, materialmente dela se distancia. Sua requintada forma o torna absolutamente inacessível ao povo e mesmo aos bacharéis não especializados. Torna, assim, mais difícil o acesso ao processo e à justiça. É, digamos, um pavão entre galinhas, como veremos. Enquanto isso, o processo do trabalho compõe o complexo dos direitos trabalhistas, obedecendo às regras gerais deste, conforme o art. 8º consolidado, dando abrigo à equidade, à jurisprudência e ao direito comparado, permitindo, com isso, o tratamento desigual aos desiguais. Ou seja, o novo (CPC) nasce velho e o antigo (CLT) continua novo.

Indubitavelmente, o Código de Processo Civil, vindo à luz pela Lei n. 13.105/2015, marca uma nova era. É o primeiro código processual federal concebido e aprovado sob o regime democrático de governo, com pretensão de dar funcionalidade aos princípios constitucionais do processo, conforme prenuncia no seu art. 1º, muito embora este contenha um grave erro

de redação, quando parece subverter os valores e as normas fundamentais da Constituição aos seus comandos:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Poderia ter economizado a última frase. Ou mesmo todo o preceito, pois diz o óbvio, ou chove no molhado. Mas dá para entender. A *ratio legis* revela que os valores e as normas fundamentais da Constituição direcionam a interpretação e a aplicação do novo Código de Processo Civil. É uma repetição estratégica, certamente para criar uma cultura, como quem rega diariamente a muda de planta, para ela pegar.

Olhando por esse prisma, o novel instrumento legal revela-se da maior importância, visto constituir o eixo central do sistema processual e procedimental do País, uma vez que todos os processos especiais constituem subsistemas, que lhe tomam a orientação principal, quando não textual, seguramente axiológica.

Pelo novo Código, o processo ganha relevo material, assumindo caráter de verdadeiro direito fundamental do cidadão. Há muito, Willis Guerra vaticina que um fenômeno se constata a partir da Constituição de 1988: a procedimentalização do direito material e a materialização do direito processual⁽¹⁾ para um feliz encontro de garantias efetivas ao cidadão.

O art. 13 desse Código patenteia-lhe a centralidade do sistema⁽²⁾ processual civil brasileiro.

(1) GUERRA FILHO, Willis Santiago. Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional. *Revista de Processo*, vol. 16, n. 62, 1991.

(2) Sistema — “significa um conjunto de objetos, elementos ou partes de uma realidade, apreensíveis na sua articulação recíproca, cuja significação apenas é decifrável no contexto do todo. O conceito de sistema sugere, antes de mais, a noção de totalidade. Primeiramente, não é a simples adição de seus elementos; assim, S. opõe-se ao mero agregado (este reúne elementos independentes uns dos outros): os elementos de uma totalidade são interdependentes

E, como diz Ada Pellegrini, tudo o que não é penal é civil, o processo do trabalho, o eleitoral e o administrativo são suplementados pelas suas normas, conforme preceitua o art. 15.

Isso, no entanto, não implica descaracterizar a autonomia dos subsistemas processuais, ao contrário, reafirma-os, conforme deixa muito claro o art. 1.046:

§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

Até porque, não tendo revogado, expressa ou tacitamente, o art. 763 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o subsistema processual trabalhista continua invicto:

O processo da Justiça do Trabalho, no que concerne aos dissídios individuais e coletivos e à aplicação de penalidades, reger-se-á, em todo o território nacional, pelas normas estabelecidas neste Título.

O citado Título vai dos arts. 763 a 910. No art. 769 abre a possibilidade de suplementação pelas normas do processo comum, desde que não incompatíveis com os princípios trabalhistas.

Não sei por que tanto alvoroço na arena trabalhista com a entrada em vigor do novo CPC, visto que este, no que pese compor a centralidade do processo civil, deixa bem claro que foi concebido para reger os processos na Justiça Comum — Federal e Estadual. Em nenhum momento se refere a tribunal do trabalho, eleitoral ou militar, nem a seus membros, ministros e desembargadores.

Decerto, o art. 15 do novo CPC prevê sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo

(ex., a série dos números inteiros) e a modificação de um dos seus elementos arrasta consigo a modificação do conjunto. Depois, a totalidade não é apreensível a partir de elementos isolados. Aliás, o estudo isolado destes, por si, não permite apreender a unidade interna do todo: sistema remete geralmente para um campo fechado — um *corpus*. Por outro lado, o sistema reage globalmente, como um todo, às pressões do exterior. (...). Acílio da Silva Estanqueiro Rocha. In: *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: VERBO, 1992.

do trabalho, o que não significa revogação do art. 769 da CLT, que exige o requisito da compatibilidade da regra invasora com o sistema especial. Aliás, esse preceito do Novo CPC, antes de representar uma intromissão no sistema trabalhista, reafirma-o.

Tentando espantar muitas dúvidas, acabando por criar outras tantas, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 39/2016, recomendando aplicar-se este ponto, não aplicar aqueles outros e aplicar com adaptações aqueles outros, além de silenciar sobre outros tantos. Foi muito bem no ponto em que reafirma a autonomia do processo do trabalho. Porém, alguém tinha dúvida disso? Também choveu no molhado.

Com efeito, a técnica multirrequentada do direito comum conferiu-lhe duas virtudes sedutoras dos praticantes de qualquer ramo do Direito: apresentação em códigos esquematizados e estrutura lógica de fácil operacionalidade, no que pese a sua pouca utilidade prática e a incompreensibilidade pelo povo. Essa disposição pretensamente lógica e sistematizada induz à indolência pensante dos bacharéis e oferece certo conforto e segurança aos intelectualmente acomodados. Ora, que tolíce, na verdade, a (pseudo)técnica apurada, não passa de broquel rococó jurídico, neoexpressionista, que serve a duas desvirtudes: a) excluir os incultos e os pobres, mais de 90% da população; e b) urdir verdades artificiais (a fabricada nos autos), dando suporte à estrutura dominante que se encastela no Brasil, inclusive e principalmente mediante a alienação do próprio operário do processo (o pretenso jurista), que, pelo simples fato de entender da boba arte de prestidigitar regras processuais, posa de doutor e autoridade.

O sistema trabalhista, por sua vez, é o embrião de uma nova forma de pensar o direito, a partir da perspectiva de tratar verdadeiramente desigual os desiguais, de pensar o homem na sua *real* dimensão econômica e social. É um direito de apenas uma geração, dotado de

alma operária, simples, rústico e pragmático. É como o regato, claro e transparente por ser pouco profundo. A interpretação desse sistema exige, portanto, mais atenção aos princípios de direitos verdadeiramente humanos, não somente na própria tomada de decisões, como se verá, mas também na pesquisa que a precede, uma interpretação criativa, construtivista, ativa e ativista, porque no âmbito legal só se tem o arcabouço do monumento jurídico, que se ergue na pena de cada prática judiciária.

3. A volta do pêndulo ou a Lei do Eterno Retorno

Ilusões à parte, vivemos uma reviravolta do progresso social. A caçamba ainda nem estava cheia e já começa a se erguer a parte dianteira para a despeja das conquistas sociais. Poder-se-ia dizer que está acontecendo um fenômeno do “volver à direita”. Tudo conspira para isso: um Congresso de ampla maioria empresarial, um Executivo forjado nos movimentos à direita, uma Suprema Corte colhida das elites, a Ordem dos Advogados do Brasil se distanciando das lutas populares, outras instituições de grande peso tomando a mesma distância, o dirigente da Corte Superior do Trabalho com esse viés, o Presidente eleito dos Estados Unidos, Trump não esconde sua preferência antissocial.

Posto no Movimento Pendular da sociedade, o pêndulo das conquistas sociais está em franco retorno, desenfreada e desgovernadamente descendo, esmagando, retorcendo e degolando os hipossuficientes, confirmando a frase de Nietzsche, segundo a qual o destino dos fracos é ser destruído pelos fortes.

Por outra vertente do pensamento filosófico, verifica-se um retrocesso veloz e atroz, como um trem desgovernado que vem atropelando a massa dos desvalidos, confirmando a Lei do Eterno Retorno: viemos de 400 anos de escravidão, seguidos de 40 de servidão. Quando o pesadelo estava virando sonho, retorna a agonia e se reinstala o Campo de Concentração

no Brasil, que se pode traduzir nas palavras de Nietzsche em *Gaia Ciência*:

E se um dia ou uma noite um demônio se esgueirasse em tua mais solitária solidão e te dissesse: “Esta vida, assim como tu vives agora e como a viveste, terás de vivê-la ainda uma vez e ainda inúmeras vezes: e não haverá nela nada de novo, cada dor e cada prazer e cada pensamento e suspiro e tudo o que há de indivisivelmente pequeno e de grande em tua vida há de te retornar, e tudo na mesma ordem e sequência — e do mesmo modo esta aranha e este luar entre as árvores, e do mesmo modo este instante e eu próprio. A eterna ampulheta da existência será sempre virada outra vez, e tu com ela, poeirinha da poeira!”. Não te lançarias ao chão e rangerias os dentes e amaldiçoarias o demônio que te falasses assim? Ou viveste alguma vez um instante descomunal, em que lhe responderias: “Tu és um deus e nunca ouvi nada mais divino!” Se esse pensamento adquirisse poder sobre ti, assim como tu és, ele te transformaria e talvez te triturasse: a pergunta diante de tudo e de cada coisa: “Quero isto ainda uma vez e inúmeras vezes?” pesaria como o mais pesado dos pesos sobre o teu agir! Ou, então, como terias de ficar de bem contigo e mesmo com a vida, para não desejar nada mais do que essa última, eterna confirmação e chancela?”

Esse movimento de retorno se materializa mediante um conjunto articulado de medidas, como deposição do poder dos Partidos que lutam pelo social; revogação de direitos previdenciários que atingem o povão; revogação de direitos trabalhistas; limitação dos investimentos públicos por duas décadas; transferência do Estado para o setor privado etc. no entanto, não se fala de corte de tributos e congelamento destes. (...) E, nesse conjunto da obra, ou da ópera, o novo Código de Processo Civil, que redistancia do povo o acesso ao processo e à justiça, elitizando sobremaneira o procedimento

e encumieirando a judicatura nos tribunais superiores, aonde, graças a Deus, também só chegarão as causas dos bem medalhados advogados.

Este bem elaborado Código processual, como se disse, é um pavão entre galinhas, ignorando o nível cultural, social e econômico do nosso povo, desprezando-lhe absolutamente as práticas jurídicas.

Contudo, não nos desesperemos, pois, segundo a Lei do Movimento Pendular, quando o pêndulo retorna, volve para trás, não vai até o ponto de onde houvera partido na última vez. Nem tudo será destruído. Algo do progresso restará. E quando o pêndulo voltar a avançar, irá para adiante de onde esteve da última vez. Assim é o progresso social, subindo em espiral.

O certo é que ainda persistem, quicá, se agigantaram, as diferenças que conduziram à opção política por uma Justiça especializada, com um processo próprio, ainda na década de 1930, corporificada no Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho.

Continua o fosso social, aumenta a concentração de renda e se acentua exclusão social, conseqüência dos desníveis alarmantes na educação entre ricos e pobres, na diferença entre a cobertura do sistema de saúde privada e a pública, as grandes disparidades salariais e a grande massa de desempregados, de subempregados e de contratados a título precário. E, pelo movimento pendular descendente, que não se sabe até aonde vai para além do zero, as desigualdades sociais, irreversivelmente, irão disparar. Pena que a resposta social a tudo isso será, inevitavelmente a violência generalizada. Se hoje já se vive uma guerra civil velada, o que virá será ostensivo.

Com efeito, o cidadão que compõe a ciranda dos desvalidos não encontra abrigo no sistema formal do processo comum, que não foi formatado para as questões sociais, mas para as questões entre supostamente iguais. Decerto, nesse sistema de exclusão, pontificam com força

apenas retórica os juizados especiais. Mas, até nestes, os trabalhadores não encontrariam o apoio adequado para o seu direito, visto que, conquanto se proponham à informalidade, falta aos magistrados e servidores que o compõem, no primeiro grau e nas instâncias recursais, a devida formação para questões dessa natureza.

4. O trabalhador merece o preço que vale

Por outro lado, o trabalho, de todos os matizes, compõe a centralidade do sistema capitalista, merecendo o preço que vale.

Interessante notar que, contraditoriamente, essa massa de trabalhadores de todos os níveis salariais e sociais, muito mais dos mais baixos salários, são os verdadeiros protagonistas da Ordem Econômica do País, abastecendo os cofres públicos e subsidiando os maiores programas sociais, políticos e econômicos do governo.

Mesmo o trabalho informal proporciona ao trabalhador o reconhecimento como agente social moralmente aceito e o mantém a serviço dos objetivos capitalistas. Organista⁽³⁾ comenta esse tema e transcreve o seguinte trecho da entrevista ao camelô Fernando, 34 anos, casado, cinco filhos, 2º grau completo. Disse que “o trabalho, para ele, é distração, alegria, relacionamento com os amigos, fregueses etc. ... O trabalho, para ele, é tudo, não só dinheiro, é uma vida, faz parte da vida, do ciclo da vida, tem que ter o trabalho para ser um ser vivo, quem não trabalha é um ser morto (...) quem não trabalha não pensa no amanhã, o futuro não existe, só vive o presente”. Assim, como ponto nodal e central do modelo capitalista, o sistema trabalhista contempla todas as especialidades acadêmicas e técnicas e todos os primitivismos.

(3) ORGANISTA, José Henrique Carvalho. *O debate sobre a centralidade do trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

Com efeito, o trabalho é um complexo de valores econômicos, sociais, culturais, antropológicos e psicológicos que formam a base de subsistência e de existência da sociedade e do Estado.

O Direito do Trabalho na Constituição, diz Washington Albino Peluso, integra o Título Da Ordem Econômica. De fato, não se concebe nenhum modelo econômico sem o destaque para o trabalho. Por isso, além das leis estritamente trabalhistas, compõem o sistema um emaranhado de leis de natureza econômica, financeira, fiscal e contábil, a regulamentar os gigantescos Fundos que nutrem a economia do país: o FGTS, com mais de 300 bilhões de reais, financiando toda a construção civil e o saneamento básico; os fundos de pensão, com a cifra de um trilhão de reais, movimentando as bolsas de valores; o FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador, com patrimônio de 200 bilhões de reais, custeando o seguro-desemprego e outros serviços; o Imposto de Renda gerado dos salários corresponde a 30% deste que é o maior tributo federal; o ISS extrai do trabalho autônomo o sustento das municipalidades; o maior sistema de qualificação de mão de obra do mundo agasalha-se nos Serviços Sociais – Sistema S; a maior assistência judiciária do mundo é prestada pelos sindicatos. É, portanto, o produto do trabalho o suporte principal da economia. Trata-se de um sistema, diríamos, autopoietico, que se autoalimenta.

Pelo ângulo político, o sistema sindical ocupa a centralidade dos grandes debates e embates políticos, em muitos pontos confundindo-se certas entidades sindicais com partidos políticos que elas subsidiam. É também na seara da liberdade sindical que a democracia é testada, desde que, não há democracia sem liberdade sindical, nem há liberdade sindical onde não houver democracia.

Antropologicamente, é pelo trabalho que o homem se afirma como ser racional, dotado de desejo, querer e vontade. Engels desenvolve uma pesquisa em que ele demonstra que os

dez principais distintivos entre o homem e a macacada se estribam no trabalho. Pelo trabalho, o homem se redime das penas e se ressocializa. Na mitologia grega, consta como um inferno para a alma dos pecadores a punição com o ócio:

No campo de Asfódelos, o grande sofrimento era o tédio. ‘As almas dos heróis vagueiam entre multidões de mortos menos ilustres, que se trombam como morcegos cegos’, escreveu o autor inglês Robert Graves em *Os Mitos Gregos*⁽⁴⁾.

Sociologicamente, é o trabalho que disciplina o homem, organiza a sociedade em classes, hierarquiza, agrega o homem num território. Diz-se “trabalho” em sentido humanista, ou seja, o dispêndio de energia humana voltado para um fim social.

Sem dúvida, o direito individual, calçado no contrato de emprego, é contratual. Porém, um contrato em que o patrão comanda e o empregado obedece exige a intervenção estatal mediante o princípio da proteção do hipossuficiente. Em consequência, o conteúdo contratual é institucional, independente da vontade das partes. Até mesmo a vontade contratual pode ser deduzida da mera conduta, sem qualquer manifestação expressa dos pactuantes. A CLT confere normatividade aos fatos. Uma vez verificadas as situações fáticas que caracterizam o emprego, a lei impõe as consequências contratuais, conforme os arts. 3º, 442 e outros, da CLT⁽⁵⁾.

O contrato de emprego é um modelo de contrato atípico, protegido pela irrenunciabilidade de direitos (art. 9º da CLT⁽⁶⁾) e inalterabilidade

in *pejus* das condições de trabalho (art. 468 da CLT⁽⁷⁾). Então, está-se falando de um direito contratual protegido: contra despedida da gestante, do dirigente sindical, do acidentado no trabalho, do portador de doença estigmatizante e de tantos outros portadores de garantias contra despedida arbitrária.

No setor estatal e órgãos ancilares do Estado, o direito público se imiscui, com a necessidade de concurso público para admissão no emprego (art. 37 da CF), de motivação para demissão⁽⁸⁾ e de proibição de acumulação de empregos públicos⁽⁹⁾.

O direito coletivo do trabalho tem por sujeito principal a associação sindical, que congrega a representação dos trabalhadores e a dos empregadores, resolvendo os conflitos coletivos do trabalho, dentre os quais as greves, mediante as negociações coletivas, por meio das quais gera um direito de cumprimento obrigatório na sua base territorial, com a mesma virtude do direito estatal (art. 7º, XXVI, CF).

O direito administrativo do trabalho, que estabelece o processo de fiscalização, em verdade é um direito público.

Sobressai nesse sistema o direito ambiental do trabalho, constituído de um complexo normativo voltado para a proteção da saúde e segurança do trabalhador (art. 7º, inc. XXII, da CF). Sua robustez é ditada pela Portaria n. 3.214/1978, do Ministério do Trabalho, que se expressa mediante as Normas Regulamentadoras (NRs), atualmente, são 36.

(4) MÜLLER, Andreas; BOTELHO, José Francisco. A morte após a morte. In: Mitologia Grega. *Revista Superinteressante*, São Paulo, Editora Abril, 2013.

(5) Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

(6) Serão nulos de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

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

(8) A propósito, o STF admitiu repercussão geral nos autos do RG RECEXTRA 589.998-5-PI, decidindo, por fim, pela necessidade de motivação para demissão nas estatais.

(9) Art. 37, XVII, da CF: A proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

Assim, tratando-se de um direito social, coluna mestra do sistema de compensações em favor do **estrutural e administrativamente** hipossuficiente, o direito processual respectivo deve seguir a mesma trilha de realizar os valores do trabalho⁽¹⁰⁾, daí um sistema processual autônomo, art. 763⁽¹¹⁾ da CLT, também protegido pela cláusula de barreira contra a invasão do direito comum, cf. art. 769⁽¹²⁾. Este, o direito comum, deve entrar na seara trabalhista somente quando for convidado, e sob as condições que o convidante puser. Mesmo o art. 15⁽¹³⁾ do Novo CPC, ao se oferecer para suplementar o processo do trabalho, esbarra em duas cláusulas trabalhistas: a existência real da lacuna do sistema trabalhista e a compatibilidade com este sistema.

5. Continuando as diferenças originárias ontológicas

Já em sua origem, o sistema do Direito do Trabalho foi concebido para ser diferente, tanto

que se lhe dotou de um ramo especializado da Justiça. Assim registra a Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho:

8. A Consolidação corresponde a um estágio no desenvolvimento do progresso jurídico.

11. Não é apenas um engenho de arquitetura legislativa, mas uma recapitulação de valores coerentes, que resultaram de uma grande expansão legislativa, anterior, em um dado ramo de direito.

Convém registrar que o processo do trabalho foi urdido no conjunto do sistema de direito do trabalho, para servir aos objetivos do direito material. Russomano, comentando o art. 8º da CLT, afirma que a lei trabalhista deve ser interpretada e aplicada não apenas dentro dos processos estritamente jurídicos, mas, também, sob o critério sociológico. “É esse método que nos revela os aspectos econômicos, políticos e sociais que se escondem por detrás dos fenômenos jurídicos da vida trabalhista”.

Daí as seguintes particularidades na interpretação do Direito Processual do Trabalho:

- a) acata-se o princípio *in dubio pro misero*;
- b) emprego da *equidade* na solução dos dissídios individuais e coletivos (arts. 8º e 852-I, da CLT);
- c) o *princípio protetor* preside a apreciação do processo judiciário em todas as suas fases, desde a análise das provas até a interpretação das normas, a exemplo da inversão do ônus da prova, de modo que fica obrigado a produzi-la quem tem os meios. Neste sentido, as Súmulas ns. 68, 212 e 338 do TST. E, agora, no § 1º do art. 373 do NCPC.

Interessante notar que o Direito do Trabalho brasileiro foi concebido num corpo único, dentro do qual o processo é parte indissociável, a ele aplicando-se as regras gerais de proteção, interpretação e aplicação, conforme os ditames do artigo 8º da CLT. Daí o motivo de abordar-se sempre em conjunto o direito material e o processual, dado que o fim deste é viabilizar a concreção daquele quando em dissídio.

- (10) Russomano, comentando o art. 8º da CLT, afirma que a lei trabalhista deve ser interpretada e aplicada não apenas dentro dos processos estritamente jurídicos, mas, também, sob o critério sociológico. “É esse método que nos revela os aspectos econômicos, políticos e sociais que se escondem por detrás dos fenômenos jurídicos da vida trabalhista”. Destarte, “se o telos do direito material do trabalho é proteger o elo fraco da relação contratual, que em regra é o trabalhador, o direito processual deve seguir o compromisso de realizar a justiça alvitrada, o que se obtém mediante o emprego da equidade, da simplificação das formas e das provas”. In: LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 320.
- (11) O processo da Justiça do Trabalho, no que concerne aos dissídios individuais e coletivos e à aplicação de penalidades, rege-se-á em todo o território nacional pelas normas estabelecidas neste Título.
- (12) Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.
- (13) Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

6. Diferenças legais básicas entre o sistema do trabalho e o do direito comum

Quanto às fontes formais do direito, o art. 4º da LINDB, Decreto-lei n. 4.657/1942, preceitua que, *na ausência da lei, o juiz decidirá por analogia, costumes ou princípios gerais do direito*. Portanto, fornece apenas uma fonte formal primária (a lei) e três secundárias, utilizáveis, em sequência, uma na falta da outra.

Diferentemente, o art. 8º da CLT, Decreto-lei n. 5.452/1943, estabelece que, na ausência da lei e do contrato, a autoridade administrativa e judiciária decidirá, conforme o caso, por analogia, jurisprudência, equidade, usos e costumes, princípios gerais, princípios de direito do trabalho ou direito comparado. Portanto, são duas fontes formais primárias (lei e contrato) e oito fontes formais secundárias. Estas, as secundárias, compõem um modulado, o caso é que vai ditar qual deve ser invocada primeiramente pelo juiz.

Outro fato é que, no direito comum, vige a regra do *tudo ou nada*, ou seja, onde entra uma regra jurídica outra é posta de lado, ao passo que no sistema trabalhista há uma superposição de normas com vigência simultânea, porque uma vai suplementando e melhorando a outra. Isto porque o Direito do Trabalho é pluricêntrico e multinormativo, diz Amauri Mascaro Nascimento.

Percebam o detalhe: os Decretos-leis que instituem a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB (n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) e a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT (5.452, de 1º de maio de 1943) são contemporâneos, oito meses de um para o outro, editados pelo mesmo Governo Vargas, portanto, com diferenças adrede pensadas, concebidas e estabelecidas.

Outra grande diferença entre esses dois preceitos legais é que, além de o *contrato* figurar como fonte primária na CLT e não na LINDB, seu conteúdo ultrapassa o sentido de “contrato”

no direito comum. No direito do trabalho, contrato assume pelo menos três significados: a) contrato em sentido estrito, entre trabalhador e seu contratante; b) regulamento da empresa, que integra os contratos individuais; e c) normas que advêm das negociações coletivas do trabalho. Agregue-se ainda a sentença normativa da Justiça do Trabalho como fonte formal primária mista (estatal e contratual), também sem par no sistema do direito comum.

Isto confere ao Direito do Trabalho inconfundível identidade e vigor, muito mais motricidade e mobilidade.

7. Diferenças básicas no emprego da equidade e dos princípios

Outro comparativo diferencial diz respeito ao emprego da *equidade*. Dita o art. 127 do Código de Processo Civil de 1973 (e 140 do de 2015) que *o juiz só decidirá por equidade nos casos expressos em lei*. Ou seja, em regra, o juiz está proibido de decidir por equidade. Mais precisamente, a equidade não integra o rol de fontes formais secundárias do direito comum. Enquanto isso, a CLT não só a inclui como determina que *o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum* (art. 852-I, § 1º, CLT).

Mais uma grande diferença se estabelece no emprego dos princípios. No direito do trabalho, eles são fontes formais secundárias. No direito comum, os princípios constituem fonte formal terciária, portanto, de menor importância.

Em verdade, os dois diplomas legais padecem de graves avarias do tempo, representando expressão máxima do positivismo jurídico reinante na década de 1940. Destarte, na era em que vivemos, do Pós-positivismo jurídico, os princípios ganharam força normativa, não mais podendo figurar apenas como fonte subsidiária do direito. A LINDB foi cópia de sua contemporânea espanhola, a qual já foi modificada duas vezes, uma pela Lei n. 3/1974

e outra pelo Decreto Legislativo de maio de 1974, cujo art. 1.4 assim preceitua:

Los principios generales Del Derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores (ley y costumbre); pero, ademais de desempeñar ese cometido, único en que cumplen la función autónoma de fuente del Derecho, pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre⁽¹⁴⁾.

Pois bem, mesmo sob a concepção do positivismo normativista, o legislador da CLT conferiu aos princípios de direito do trabalho pelo menos três grandes funções: a) genuína norma supletória; b) instrumento de interpretação do direito do trabalho; e c) cláusula de barreira contra invasão do direito comum, cf. parágrafo único do art. 8º e do art. 769 da CLT. O primeiro dita que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, *naquilo em que não contrariar os princípios fundamentais deste*. Repetindo esta regra, o art. 769 preceitua que nos casos omissos o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, *exceto naquilo que for incompatível com as normas deste*.

8. Discrepâncias fundamentais entre os dois sistemas processuais

Consequente da diferença que faz o direito material do trabalho, caule da grande árvore dos direitos sociais, a diferença no sistema processual chega a ser abissal, porquanto o processo civil é de natureza predominantemente dispositiva, enquanto o do trabalho é prevalentemente inquisitório, conferindo mais poderes-deveres ao magistrado, conforme se deflui da simplicidade do procedimento trabalhista e do art. 878 celetista, que confere ao juiz poder até de executar de ofício a sentença. A própria Constituição encarrega o juiz de executar de ofício as contribuições sociais decorrentes de suas sentenças (art. 114, VIII).

(14) Sobre o tema, veja-se: FLÓREZ-VALDÉS. Joaquín Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990.

Destarte, o processo do trabalho é de matriz socialista, enquanto o processo civil segue a linha liberal, ou neoliberal. No modelo socialista, prevalece o princípio inquisitório, a simplicidade das formas, a verdade real, um juiz ativo e parcial⁽¹⁵⁾, no sentido de que ele interage com as partes e o problema, interessando-se pela solução do litígio. Suas ferramentas básicas são a conciliação e a equidade. No modelo liberal, prevalece o princípio dispositivo, o formalismo, um juiz neutro, a legalidade fria e a verdade formal.

Outra grande diferença se estabelece entre os arts. 139 do CPC (125 do anterior) e o 765 da CLT. O primeiro desafia dez incisos para o juiz observar. Enquanto isso, o art. 765 da CLT simplifica que “Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”. Na verdade, não precisa de tanto detalhamento. É como se o CPC estivesse ensinando padre a rezar missa.

Esse modelo formal e austero, definitivamente, não serve para as lides entre desiguais, cultural, social ou economicamente. É instrumento muito complexo para povo tão simples e de causas tão singelas. É, digamos, um confeito demais apurado para um bolo tão simples.

Enquanto isso, a simplicidade que permeia o original processo trabalhista representa um importante instrumento de acesso à Justiça, que viabiliza uma resposta mais célere, mais próxima da realidade, bem como enseja à autoridade judiciária adotar as providências que o (cada) caso requer, para equalizar de fato as partes perante a demanda.

No processo do trabalho, a reclamação poderá ser formulada por escrito ou verbalmente, pelo trabalhador ou seus representantes, pelo empregador, pelo sindicato. Podem vários

(15) A propósito, leia-se a obra de Francisco Gérson Marques de Lima: *Fundamentos de processo do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2010.

trabalhadores formularem reclamação em uma única peça (reclamação individual plúrima); o trabalhador pode fazer-se representar em audiência por seu colega de profissão ou pelo sindicato de sua categoria, se não puder comparecer; o empregador pode representar-se por preposto (art. 843 da CLT); a viúva pode reclamar os direitos trabalhistas do falecido esposo ou companheiro sem as formalidades do inventário.

Perante o Código de Processo Civil, a substituição processual é extraordinária, cf. arts. 6º do CPC de 1973 e 18 do de 2015. Já no âmbito trabalhista, o art. 8º, III, da Constituição Federal confere ao sindicato a prerrogativa da ampla substituição processual da categoria e não apenas dos associados:

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.

A palavra “cabe” pode ser traduzida por: *competete, deve, pode, é prerrogativa, obrigação, atribuição* etc.

Por outro lado, paradoxalmente, o processo do trabalho exhibe outra face, muito mais complexa, esta sim, para fazer face a grandes embates jurídico-trabalhistas, como os dissídios coletivos, as defesas de direitos e interesses transindividuais, as ações fiscais cabíveis, as grandes controvérsias típicas de direitos da personalidade, as reparações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho e tantas outras, em que se mescla o procedimento do processo comum com o do trabalho, emergindo um *tertium genus*.

Por isso, o sistema trabalhista já resistiu a vários sistemas do processo civil: o anterior ao Código de 1938, o de 1938, o de 1973, os pacotes de reformas das décadas de 1990 e 2000 e, pelo que vem, novamente não se abalará.

Partindo para a hierarquia dos créditos, o art. 100 da CF põe o crédito alimentar (dentro do qual se encontra o trabalhista) acima dos

demais. E o art. 186 do CTN sobrepõe o crédito trabalhista e o decorrente de acidente do trabalho a todos os demais de qualquer origem ou natureza.

Naturalmente, o crédito trabalhista merece esse destaque, porque se trata do único patrimônio do trabalhador, do qual ele depende para prover sua subsistência. Destarte, na relação executiva, em regra, o credor no direito comum é o banco, o empreendimento comercial, a concessionária, e o devedor é um cidadão desprotegido. Basta um “cite-se” para todo o aparelho executivo estatal se encrespar contra o devedor. Na relação executiva trabalhista, em geral, o credor é o Zé Operário, o hipossuficiente, enquanto o devedor é o banco, o órgão público, o detentor de maiores recursos e titular absoluto da estrutura em que está imerso o Zé Operário. Daí, impor-se na execução trabalhista mais presença e atuação do juiz do trabalho e do aparato trabalhista, porque o poder está do lado do devedor.

9. A peculiaridade do processo coletivo do trabalho

No âmbito processual coletivo, as associações sindicais têm o poder de ação civil pública trabalhista, para defender o meio ambiente de trabalho, a honra e a dignidade da categoria, os direitos e os interesses difusos, coletivos e homogêneos da categoria, de mandado de segurança coletivo, de suscitar dissídio coletivo, propor, comandar e negociar a greve etc. As confederações possuem legitimidade para ações constitucionais diretas, como ADI, ADC, ADIO, ADPF (art. 103, IX, CF), Mandado de Injunção. As centrais sindicais constituem os canais de interlocução dos trabalhadores com o Governo e participam da gestão dos mais importantes fundos, como o FGTS (Dec. n. 6.827/2009), o FAT e integram vários Conselhos.

Destaque merecem os dissídios coletivos do trabalho, em que a Justiça do Trabalho é chamada a resolver os impasses das negociações coletivas frustradas e, utilizando seu peculiar

poder normativo, julgar os conflitos coletivos e os dissídios de greve, restabelecendo a paz social, mediante a estipulação de cláusulas de natureza abstrata e obrigatória para vigência no âmbito da base territorial dos dissidentes. Também isto não encontra similar no direito comum, pois a Constituição Federal, desde a de 1934, só atribui poder normativo à Justiça do Trabalho. Quando os tribunais da Justiça comum julgam os dissídios de greves dos servidores estatutários, não podem resolver as questões subjacentes a elas, por lhes faltar poder normativo.

Os sindicatos prestam a maior assistência judiciária do mundo, por imperativo do art. 14 da Lei n. 5.584/70, segundo o qual, a assistência judiciária de que trata a Lei n. 1.060/1950, será prestada pelo sindicato. Daí as limitações que a Súmula n. 219 do TST impõe aos honorários advocatícios sucumbenciais.

10. Um magistrado diferente

O fim de cada coisa é que justifica sua existência, diz Aristóteles. O direito do trabalho é a âncora de todos os direitos sociais, direito fundamental de segunda geração, direito de amparo, de compensação das desigualdades naturais e econômicas. Logo, as acentuadas centralidade e robustez, bem como as destacadas, importantes e inconfundíveis diferenças do sistema trabalhista têm razão de ser e justificam sua existência. Por sua vez, “Está demonstrado, dizia [Pangloss], que as coisas não podem ser de outra forma, pois tudo sendo feito para um fim, tudo é necessariamente feito para o melhor dos fins⁽¹⁶⁾.”

Exatamente por isso, o juiz do trabalho é investido de mais liberdade de ação e de maiores atribuições a exigirem-lhe o esforço que o sistema trabalhista suscita, para que se não perca a identidade trabalhista nem renegue a finalidade para que foi instituído todo esse sistema.

Isto ficou claro e patenteado desde o início, na década de 1930. Eduardo Espínola e Espínola

Filho trazem-nos preciosos fragmentos do pensamento de Castro Nunes, Oliveira Viana e Waldemar Ferreira. O primeiro, seguindo a Inojosa Ferrer, entendia que a liberdade do juiz é um pressuposto do sistema trabalhista — mesmo da Itália, onde se preceitua que em tais espécies o julgamento se fará *secundum legis*, o sentido da legislação social deve guiar o juiz, juiz especial, ainda que tirado da magistratura comum, cujos critérios e poderes, informa Pergolesi, excedem os normais dos juízes ordinários. O segundo, Oliveira Viana, entende que em direito público, principalmente nas questões trabalhistas, a interpretação deve ser ampla, livre, adiantada, reservando ao direito privado a pura exegese, acanhada e tradicionalista, manietando o direito e subordinando as realidades da vida às regras impassíveis e retrógradas dos códigos. O terceiro, Waldemar Ferreira, opina que não é possível aplicar a lei trabalhista sem interpretações. Faz suas palavras de Gallart-Folch, segundo as quais a jurisdição do trabalho tem de ser uma jurisdição especial, caracterizada pela simplicidade processual, pela rapidez e pela gratuidade; e seus titulares devem ser pessoas que, no terreno dos fatos, conheçam todas as particularidades do trabalho industrial, toda a complexidade das categorias profissionais, toda a variedade dos usos e costumes trabalhistas, e que, no terreno dos fatos, desfrutem de dilatada margem de arbítrio judicial, que deixe campo aberto para o critério da equidade, predominando nelas o espírito consoante com o que anima as instituições do Direito do Trabalho⁽¹⁷⁾.

O juiz do trabalho não é apenas um juiz, o que já seria grande, mas é muito mais: é um juiz social, última cidadela da garantia dos poucos direitos fundamentais da classe mais despossuída e sofrida, é o juiz que compõe o

(17) ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*, vols. III (Da interpretação e da aplicação do direito objetivo) e IV (O método positivo na interpretação das normas jurídicas). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939 o primeiro e 1940 o segundo.

(16) VOLTAIRE. *Cândido, ou o otimista*.

tecido do maior sistema de distribuição de renda do país, e ao mesmo tempo um servidor da Ordem Econômica, o responsável direto pela alimentação dos gigantescos Fundos de que se falou acima, quer pela sua ação ostensiva, quer preventiva. Veja-se que o depósito para recorrer no processo trabalhista, um volume de uma centena de bilhões de reais, é efetuado na conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS e as multas aplicadas nas ações civis públicas trabalhistas revigoram o Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, sem contar os recolhimentos para a Previdência Social e o Imposto de Renda.

Exatamente por isso, o processo do trabalho é simples, entregue ao magistrado para atuar mediante os princípios do direito e do processo, construindo o direito em cada solução, e não um mero fariseu do direito, ou mero repetidor acrítico de regras. Ao juiz do trabalho o sistema normativo conferiu mais liberdade, responsabilidade e autoridade, tornando-o um solucionador de casos e não um tocador de processos.

11. Notas conclusivas

O Código de Processo Civil de 2015 é o primeiro código de processo civil produzido no regime democrático, ocupando a centralidade de todo o sistema processual do Brasil.

No entanto, esse mesmo Código reconhece a autonomia dos sistemas processuais especiais, a eles aplicando-se apenas subsidiária e supletivamente. E em relação ao processo do trabalho, há que se observar, na suplementação com normas do CPC, a regra da não incompatibilidade com os princípios trabalhistas.

Cabanellas, entende que o Direito do Trabalho regeu-se pelos princípios do Direito Civil, mas depois adotou método próprio, reservando ao direito comum apenas a subsidiariedade.

As fontes formais do Direito do Trabalho são muito mais ricas, dinâmicas e versáteis, com o contrato (nas três versões: individual, coletivo e regulamento de empresa) emparelhando com a lei como fonte primária. A

equidade e a jurisprudência ganham destaque entre as fontes formais secundárias.

Os princípios cumprem, além das funções normais, outras três: a) fonte supletória; b) instrumento hermenêutico; e c) cláusula de barreira contra invasão do direito comum.

Catharino reconhece as particularidades hermenêuticas do Direito do Trabalho: “A norma trabalhista pode ser estendida até os limites da sua própria finalidade, fundamentalmente social. E, por ser especial, comporta, também, exegese específica”⁽¹⁸⁾. Enfatiza, ainda, que suas normas exigem regras especiais, as quais, em síntese, são duas: 1) restrinja-se o desfavorável e amplie-se o favorável; 2) na dúvida, em favor do trabalhador. Destaca ainda a importância do emprego da equidade.

Gentil Mendonça chama a atenção para o comando do patrão como ponto particularizador do Direito do Trabalho, assim como a acentuada inflexão deste aos fatos e às normas derivadas de contratos coletivos⁽¹⁹⁾.

A hierarquia das normas, em Direito do Trabalho, se estabelece segundo uma apreciação valorativa, de acordo que sobe ao ápice da pirâmide aquela que se apresentar mais favorável ao empregado naquele momento.

Orienta a doutrina pioneira e a atual que o Direito do Trabalho deve ser interpretado de acordo com sua finalidade, com a sua destinação imediata de proteger o trabalhador.

No direito privado comum, a renúncia é regra, enquanto no Direito do Trabalho constitui exceção.

A simplicidade processual trabalhista constitui mais um fator de inclusão social, visto que o sistema complexo do direito comum é excludente e fator de dominação dos “donos do Estado”.

Quanto ao cumprimento da sentença ou fase executória, também são enormes as diferenças, visto que, do lado do direito comum,

(18) CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*, vol. I, p. 93 e 94.

(19) *A interpretação no Direito do Trabalho*, p. 121.

em regra, o exequente é o banco, a financeira, o grande empreendedor contra os pequenos, razão por que, ao simples despacho, todo o aparelho estatal se encrespa contra o executado. Enquanto isso, na relação executiva trabalhista, o exequente é o Zé Operário, e o executado o banco, a grande empresa, atraindo toda má vontade dos donos do poder, a exigir que o juiz do trabalho seja mais forte e proativo.

Por outro lado, o processo coletivo, mediante o qual a Justiça do Trabalho resolve os conflitos coletivos do trabalho e restabelece a paz social e a prerrogativa dos sindicatos de agir como substitutos processuais ordinários da categoria, não têm similar no direito comum.

Finalizando com Fernando Pessoa, alertamos os operadores do juvenil, mas robusto, viril, exuberante, revolucionário, versátil, complexo e sincrético sistema trabalhista:

Segue o teu caminho,
Rega as tuas plantas,
Ama as tuas rosas.
O resto é a sobra
De árvores alheias.
Odes de Ricardo Reis.

12. Referências bibliográficas

- CARPEAUX, Otto Maria. *História da literatura ocidental*. 3. ed. Brasília: Edições do Senado, 2008. vol. I.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- ENGELS, Friederich. Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *A dialética do trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*, vols. III (Da interpretação e da aplicação do direito objetivo) e IV (O método positivo na interpretação das normas jurídicas). Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939 o primeiro e 1940 o segundo.
- FLÓREZ-VALDÉS. Joaquín Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1990.
- GOMES, Orlando; e Gottschalk, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LIMA Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos de processo do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles R. M. de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- _____. Discrepâncias ontológicas, axiológicas e epistemológicas entre o sistema trabalhista e o do direito comum. *Revista LTr de Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, ago. 2015.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- _____. *O resgate dos valores na interpretação constitucional — pela reabilitação do homem como ser moralmente-melhor*. Fortaleza: Editora ABC, 2001.
- _____. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: LTr, 2005
- MENDONÇA, Gentil. *A interpretação no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- MÜLLER, Andreas; e BOTELHO, José Francisco. A morte após a morte. In: Mitologia Grega. *Revista Superinteressante*, São Paulo, Abril, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- PELUSO, Washington Albino. *Curso de direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.
- PESSOA, Fernando. *Poesias*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.
- ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. Sistema. In: *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: VERBO, 1992.
- RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- VOLTAIRE. *Cândido, ou otimista*. Rio de Janeiro: Editor Newton Compton Brasil, 1994.

Embargos de declaração: apontamentos em face do novo Código de Processo Civil e do Direito Processual do Trabalho

Denise Alves Horta^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem por objetivo a análise dos embargos de declaração no Código de Processo Civil de 2015 e no Direito Processual do Trabalho. Como recurso que visa ao aperfeiçoamento ou à modificação do julgado, os embargos de declaração transcendem a simplicidade que lhes é ordinariamente atribuída, o que vem se consolidando ao longo da sua evolução histórica. Tendo em vista, mormente, o leque de possibilidades que adquiriu o vício da omissão da decisão judicial no novo CPC, o exame da atual disciplina dos embargos declaratórios na processualística civil desafia a delicada reflexão sobre a medida em que as inovações introduzidas pelo CPC de 2015 são aplicáveis ao Processo do Trabalho, consideradas as especificidades que o singularizam e o disposto no art. 769 da CLT.

Palavras-chave:

- ▶ Embargos de declaração — Processo Civil — Processo do Trabalho — Omissão.

Abstract:

- ▶ This article has for aim the analysis of the motions for clarification in the 2015 Code of Civil Procedure and in the Labor Procedural Law. As an appeal that seeks to improve or modify the judged, the motions for clarification transcend the simplicity that is ordinarily attributed to them, which has been consolidating throughout its historical evolution. Taking into account, particularly, the range of possibilities that acquired the omission defect of the judicial decision in the new CCP, the examination of the current discipline of declaratory judgment motions in the civil processualistic challenges the delicate thought on the extent to which the innovations introduced by the 2015 CCP are applicable to the Labor Procedure, considering the specificities that distinguish it and the provisions of the art. 769 of the CLT (Consolidation of Labor Laws).

(*) Desembargadora do TRT da 3ª Região. Mestre em Filosofia pela PUC-SP. Especialista em Direito do Trabalho: Materialidade, Instrumentalidade e Efetividade pela PUC-MG. Conselheira da Escola Judicial do TRT da 3ª

Região no biênio 2016/2017. Corregedora do TRT da 3ª Região, no biênio 2014/2015. Vice-Presidente do Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho – COLEPRECOR, em 2015.

Key-words:

- Motions for clarification — Civil Procedure — Labor Procedure — Omission.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Conceito e natureza jurídica dos embargos de declaração
- 3. Vícios ensejadores de embargos de declaração no CPC e na CLT
- 4. Prazo para interposição e julgamento
- 5. Forma de interposição, preparo e competência
- 6. Juízo de admissibilidade, juízo de mérito e *reformatio in pejus*
- 7. Efeitos e contraditório
- 8. Decisões embargáveis de declaração
- 9. Prequestionamento
- 10. Embargos de declaração protelatórios
- 11. Considerações finais
- 12. Referências bibliográficas

1. Introdução

Os embargos de declaração ou embargos declaratórios são tidos como um instrumento processual de manifesta simplicidade. Esta concepção, porém, retrata uma ideia apressada do instituto. A premissa básica do conteúdo conceitual da postulação declaratória, segundo a clássica doutrina de Barbosa Moreira, está em ser “inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo”⁽¹⁾. Com efeito, os defeitos sentençiais, dependendo de sua natureza e grau, se não sanados, podem ensejar irreparável prejuízo às partes.

O instituto tem origem no direito português⁽²⁾, e ocupa, no âmbito processual, a posição

estratégica de onde se pode promover a recuperação da vontade jurídica que a sentença deve expressar e que, por alguma razão, não o fez ou, ao fazê-lo, não se houve de modo claro e coerente.

O Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, incorpora entendimentos jurisprudenciais consagrados e dispõe sobre os embargos de declaração, nos seus arts. 1.022 a 1.026. O novo CPC traz alterações importantes no âmbito dos declaratórios, a exemplo do seu cabimento contra qualquer decisão judicial (art. 1.022); hipóteses de omissão (art. 1.022, parágrafo único, incisos I e II); previsão do contraditório, caso o eventual acolhimento dos declaratórios implique a modificação da decisão embargada (art. 1.023, § 2º); previsão de os declaratórios não terem efeito suspensivo, salvo em hipóteses relevantes (art. 1.026 e § 1º); efeitos da decisão de embargos de declaração para a parte contrária que não embargou e recorreu antes da decisão dos declaratórios (art. 1.024, §§ 4º e 5º); embargos visando o questionamento

(1) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V (Arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 498.

(2) EÇA, Vitor Salino de Moura. Origem Histórica e Desenvolvimento Normativo dos Embargos Declaratórios. In: _____. *Embargos de Declaração no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2010, p. 13-22.

(art. 1.025), e, ainda, quanto a embargos protelatórios (art. 1.026, §§ 2º, 3º e 4º). Revela-se, desse modo, a importância dos declaratórios em sua evolução histórica no direito processual civil.

A previsão dos embargos de declaração no processo do trabalho foi introduzida pela Lei n. 2.244, de 23 de junho de 1954, que instituiu esse remédio processual no art. 702, II, “e” e § 2º, “d” da CLT apenas para os acórdãos do TST. Sem sistematização pelo legislador, passou-se a adotar a aplicação supletiva do CPC, inclusive quanto ao cabimento dos declaratórios contra decisões de primeiro e segundo grau (sentenças e acórdãos)⁽³⁾. A Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que instituiu o procedimento sumaríssimo no processo trabalhista, acrescentou na CLT o art. 897-A, previu o cabimento de embargos de declaração da sentença ou acórdão e ampliou um pouco mais o leque de sua abrangência em relação ao CPC de 1973, pois admitiu efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Acompanhando o processo evolutivo dos declaratórios na jurisprudência, a Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014, que alterou a CLT para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho, acrescentou três parágrafos ao art. 897-A celetário. No § 1º, a lei simplesmente manteve a redação do anterior parágrafo único sobre a possibilidade de os erros materiais poderem ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes; no parágrafo segundo, acolheu, expressamente, a formação do contraditório na hipótese de eventual efeito modificativo no julgamento dos declaratórios, impondo a necessidade de oitiva da parte contrária, no prazo de cinco dias; no parágrafo terceiro, trouxe, à semelhança do art. 538 do CPC de 1973, então vigente,

com a redação da Lei n. 8.950, de 13.12.1994, a previsão de que os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, e foi além, pois ressaltou da interrupção do prazo recursal os embargos intempestivos, com irregular representação da parte ou ausência de sua assinatura.

A complexidade dos embargos de declaração evolui de acordo com a necessidade: a) de aperfeiçoar a decisão judicial, em todos os graus de jurisdição, livrando-a de vícios indesejáveis e prejudiciais à sua utilidade; b) de preservar o princípio de que o processo judicial é marcha para a frente, pelo que os atos processuais vão se sucedendo e operando-se a preclusão daqueles não realizados no momento oportuno, de modo que são improcedentes os declaratórios na hipótese de não ser pedida a declaração do julgado anterior em que se verificou a omissão (Súmula n. 317 do STF); c) da construção jurisprudencial dos tribunais, especialmente os superiores, a limitarem, com jurisprudência defensiva, a admissibilidade de recursos.

Como ressei de todo esse contexto, o manejo adequado dos declaratórios é fundamental para o exame completo e satisfatório do direito das partes, em todos os graus de jurisdição, inclusive abrangendo o conhecimento dos apelos e seu exame meritório, o que supera a simplicidade que ao instituto é corriqueiramente atribuída.

2. Conceito e natureza jurídica dos embargos de declaração

Na doutrina clássica de José Frederico Marques⁽⁴⁾, os embargos declaratórios são referidos como medida processual de retratação, de forma a permitirem o reexame da decisão pelo juízo prolator.

O princípio da irretratabilidade da sentença pelo mesmo juízo de que emanou está assentado

(3) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil Sob a Perspectiva do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. art. 1.022, p. 1.305.

(4) MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 2001. v. III, p. 226.

na lei processual civil, constava da regra do art. 463 do CPC de 1973 e hoje ressaí do art. 494 do CPC de 2015, que menciona a possibilidade de alteração da sentença pelo juiz, após publicada, somente: I – para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração. A retratação, contudo, é permitida em hipóteses previstas na lei processual civil em dispositivos sobre recursos que facultam essa possibilidade ao julgador. Como exemplos, no CPC de 2015, figuram a apelação contra o indeferimento da petição inicial, prevista no art. 331 (art. 296 do CPC de 1973); a apelação, no caso de improcedência liminar do pedido, prevista no art. 332, § 3º (art. 285-A, § 1º do CPC de 1973); o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.018, §1º (art. 529 do CPC de 1973); o agravo interno, nos termos do art. 1.021, § 2º (art. 557, §1º do CPC de 1973).

Muito embora as hipóteses de retratação do julgador estejam expressas no CPC, consistindo a reconsideração do decidido na essência mesma dos recursos em que isso é possível, a modificação da decisão por meio de embargos de declaração, em algumas hipóteses, equipara-se a verdadeira retratação total ou parcial do juízo prolator, considerada a natureza do vício a ser sanado.

A pretensão declaratória tanto pode consistir em apenas uma reexpressão da decisão, sem alteração do conteúdo decisório, para melhor, mais clara e precisa interpretação do decidido, como também pode almejar a modificação do conteúdo do provimento jurisdicional realizado.

Sobre a natureza jurídica dos declaratórios, instalou-se controvérsia na doutrina, ao longo do tempo, sobre serem ou não recurso. Na prática, entretanto, essa discussão perdeu o sentido, considerado que, tanto no CPC de 1973 (art. 496, IV) quanto no CPC de 2015 (art. 994, IV) e na CLT (art. 897-A), a esse remédio processual foi atribuída a natureza de recurso,

com fundamentação vinculada a qualquer das hipóteses legalmente previstas. Registre-se que a CLT os insere no título e no capítulo, respectivamente, destinados às disposições sobre os recursos, embora não os inclua dentre aqueles previstos no seu art. 893. Além disso, tanto na CLT (art. 897-A, § 2º, acrescentado pela Lei n. 13.015 de 21.7.2014), quanto no CPC de 2015 (art. 1.023, § 2º), o contraditório encontra-se expressamente assegurado quando eventual acolhimento dos declaratórios implique a modificação da decisão embargada.

Diante desse contexto, pode-se concluir, com Araken de Assis⁽⁵⁾, que os embargos de declaração, no direito pátrio, representam o recurso que visa à aclaração ou à modificação do ato decisório embargado.

O conceito, como formulado, traduz não apenas o cerne da medida consubstanciada na sua finalidade, mas também a natureza jurídica que não discrepa da previsão legal. A referência, na conceituação, à modificação do ato decisório está, no processo do trabalho, em sintonia com o disposto no art. 897-A da CLT, que prevê, expressamente, tal possibilidade, em casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. O CPC de 2015 também prevê a possibilidade de modificação do julgado nos arts. 1.023, § 2º; 1.024, §§ 4º e 5º.

3. Vícios ensejadores de embargos de declaração no CPC e na CLT

Os embargos de declaração estão disciplinados, no CPC de 2015, nos arts. 1.022 a 1.026, que tratam das hipóteses de cabimento, prazo, juiz a que são dirigidos, julgamento, contraditório, efeito modificativo, prequestionamento, efeitos interruptivo e suspensivo e embargos protelatórios. No CPC de 1973, eram tratados nos arts. 535 a 538. A CLT, por sua vez, os disciplina no *caput* do art. 897-A

(5) ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 591.

(introduzido pela Lei n. 9.957/2000) e §§ 1º, 2º e 3º (acrescentados pela Lei n. 13.015), que dispõem sobre cabimento e prazo para interposição, julgamento, efeito modificativo e interrupção do prazo para interposição de outros recursos.

São embargáveis as decisões que padeçam dos vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, como previsto no art. 1.022 do CPC de 2015. No CPC de 1973, as hipóteses de cabimento constavam do art. 535, incisos I e II. O CPC de 2015 acrescentou o erro material, sintonizado com o que já se admitia na doutrina e na jurisprudência.

As hipóteses descritas no CPC são as admissíveis para a veiculação de embargos declaratórios no processo do trabalho, a teor do art. 769 conjugado com o disposto no art. 897-A, *caput*, e § 1º, todos da CLT, que fazem referência aos casos de omissão, contradição e erros materiais. Embora a disposição ceteleária não inclua a obscuridade dentre os defeitos embargáveis de declaração, o vício, quando existente, sempre foi passível de esclarecimento no processo do trabalho, ante a compatibilidade da norma processual civil e a trabalhista, no aspecto. O art. 897-A, *caput*, da CLT, prevê também como motivo ensejador de embargos de declaração o manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, que dizem respeito ao preparo, à tempestividade e à regularidade formal.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução n. 203, de 15 de março de 2016, editou a Instrução Normativa n. 39, “que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva”. A Instrução Normativa significa um direcionamento não vinculativo a ser considerado quando da análise do caso concreto pelo julgador, inclusive quanto aos embargos de declaração (art. 9º, parágrafo único e art. 15 da IN) e reforça a aplicação supletiva das normas do novo CPC aos declaratórios no processo do trabalho, de

molde a complementar o regramento existente no art. 897-A da CLT.

Os defeitos embargáveis ocorrem em qualquer parte da decisão, tanto nos fundamentos, quanto no dispositivo ou mesclados em partes diversas do provimento judicial, no relatório e na ementa (esta, quando se trata de julgamento nos tribunais).

A *obscuridade* se verifica na decisão que não tem clareza nem precisão, e da qual não se apreende o sentido real do provimento conferido, carecendo de explicitação para a compreensão de seu conteúdo.

A *contradição* tem como pressuposto o conflito de fundamentos, a existência de proposições antagônicas que geram incerteza no julgamento. Essa justaposição contraditória ou incompatível pode ocorrer não só entre os fundamentos e a conclusão expressa na parte dispositiva do julgado, como também entre proposições da própria fundamentação ou ainda entre o corpo da decisão e a ementa, no caso de decisão de tribunal, considerando que a ementa é elemento integrante do acórdão (art. 943, § 1º, do CPC de 2015) e deve ser compatível com o seu conteúdo. Não se cogita de contradição passível de embargos declaratórios se o vício apontado se reportar a antagonismo entre a prova dos autos e o desfecho atribuído na decisão ou a interpretação conferida a dispositivo legal. O mesmo sucede quando o vício alegado é entre o julgamento e outra decisão proferida, pois importa, para fins de embargos de declaração, o defeito aferível no interior da decisão e não em face de aspectos a ela externos.

A *omissão*, como se constata na prática e na doutrina é assente, pode ser considerada como o mais importante defeito a ensejar embargos de declaração. Afigura-se omissa o julgado que não se pronuncia sobre ponto, de fato ou de direito, a ser decidido no julgamento, inclusive de modo *ex-officio* pelo juiz, tendo em vista, nessa hipótese, a natureza de ordem pública da matéria a ser examinada, a exemplo

da incompetência absoluta ou de reexame por força do duplo grau obrigatório de jurisdição e das matérias previstas nos arts. 337, § 5º e 485, § 3º do CPC de 2015. Omissa, portanto, é a decisão que se ressente de algo que nela não consta mas que deveria constar, sob pena de se configurar a negativa de prestação jurisdicional, a exemplo da decisão *citra petita*, omissa por natureza. Saliente-se que não há omissão se a questão suscitada é inovatória, diferente do que foi ventilado no processo e/ou no recurso.

A necessidade da satisfatória fundamentação das decisões apresenta-se como ponto fulcral no pertinente à configuração das omissões ensejadoras de embargos de declaração e, no aspecto, o CPC de 2015 trouxe significativas inovações. Sob a égide do CPC de 1973, o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência sempre foi o de não se considerar incursa no defeito da omissão a decisão eventualmente silente quanto ao exame de fundamentos lançados pelas partes não suscetíveis de influir no resultado do julgamento. Necessária, assim, a apreciação, pelo órgão julgador, das questões ou pontos suscitados pelos litigantes na inicial, na contestação e/ou na reconvenção e no recurso (observada, quanto a este, a devolutividade legal), e não um a um os fundamentos suscitados, excetuados, como visto, os essenciais ao desfecho da lide. Imperioso ao julgador, desse modo, proferir não uma decisão analítica, mas decidir apresentando os motivos que embasaram o seu convencimento, de forma a atender à previsão constitucional de que serão fundamentadas todas as decisões proferidas nos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário (art. 93, IX da Constituição Federal).

O CPC de 2015, porém, passou a considerar não fundamentada a decisão judicial, inclusive interlocutória, que apresente os defeitos elencados nos incisos I a VI do § 1º do art. 489, quais sejam: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão

decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A omissão prevista no novo CPC, supérflua por meio de embargos de declaração, adquiriu, por conseguinte, um leque extenso de possibilidades. Nos termos do art. 1.022, II, do novo CPC, a omissão está prevista como aquela referente a “ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento”, e consoante o parágrafo único do art. 1.022 “considera-se omissa a decisão que: I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

É preciso, contudo, ao exame das normas do novo CPC, com o fito de aplica-las ao processo do trabalho, levar em consideração que o direito processual do trabalho contém regramento especial, adequado à sua natureza e objetivos singulares, pelo que, nos termos do art. 769 da CLT, as normas do direito processual comum somente lhe serão aplicáveis, como fonte subsidiária, nos casos omissos e se houver compatibilidade.

Desse modo, para não se adulterar a estrutura sobre a qual se assenta o direito processual do trabalho, impõe-se a construção de uma interpretação mais amena, dentre outras, das disposições do art. 489 do novo CPC, em particular do contido no seu § 1º, incisos IV

e V. Isso para que, na hipótese do inciso IV, o juiz possa enfrentar os argumentos essenciais ao desfecho da lide, suscitados pelas partes, de forma a atender ao disposto nos arts. 5º, LXXVIII e 93, IX da Constituição Federal, e proferir fundamentação suficiente, sem a necessidade de se consumir em enfrentamentos analíticos de “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, § 1º, IV), carentes de real utilidade. O mesmo se aplica na hipótese do inciso V do § 1º do art. 489 do novo CPC, regramento cuja observância, pelo julgador, deverá fluir para a demonstração de que o precedente ou enunciado de súmula, quando invocados, se ajustam à hipótese sob análise.

Quanto às previsões dos demais incisos do § 1º do art. 489 do novo CPC, afigura-se sensato entender-se que o novo Código almeja, na verdade, evitarem-se decisões com fundamentação clichê, estereotipada, sem o necessário enfrentamento das particularidades que cada hipótese sob julgamento exige. Nesse sentido, ao examinar os elementos da sentença e o dever de fundamentação no novo CPC, Scarpinella Bueno ressalta, com propriedade, que “cabe ao magistrado peculiarizar o caso e a respectiva fundamentação diante das especificidades que lhe são apresentadas para o proferimento da decisão”⁽⁶⁾.

Com efeito, a decisão judicial deve conter fundamentação adequada à satisfatória solução do litígio, o que, porém, não significa submetê-la a exigências que possam, na prática, tornar o ofício jurisdicional inviável. É o que ressaltou a doutrina de Batista Lopes citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em seus comentários ao art. 489 do novo CPC:

A aplicação literal dos arts. do CPC 489 § 1º pode dificultar o ofício jurisdicional, em

especial nas comarcas mais asseveradas de processos, mas o inciso IV é o que traz mais dificuldades, afigurando-se mais razoável que se obrigue o juiz a enfrentar questões (isto é, pontos controvertidos ou duvidosos) e não propriamente os argumentos, como consta do texto legal.⁽⁷⁾

A Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, no art. 15, tratou da fundamentação das decisões judiciais no processo do trabalho, tendo em vista o art. 489, § 1º do novo CPC. Partindo, no **item I**, do que se deve considerar como “precedente” para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do novo CPC, estabeleceu, no **item II**, que, para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação e súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*); no **item III**, especificou que não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante; no **item IV**, dispôs que o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula; no **item V**, considerou que decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, V e VI do

(6) BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n.13.256, de 4.2.2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 392.

(7) LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença [Jobim Ferreira. Direito Probatório, p. 56]. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Art. 489, § 1º, IV, n. 19, p. 1.250.

CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada e, no **item VI**, estabeleceu que é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Com a Instrução Normativa, o TST procurou estabelecer um norte interpretativo de disposições do novo CPC nesse primeiro momento de vigência das novas normas de direito processual civil e ao assim fazer dispôs, no art. 3º, item IX, ser aplicável ao processo do trabalho o art. 489 do novo Código (fundamentação da sentença). A jurisprudência, porém, é que, com o tempo, consolidará as linhas mestras a serem observadas diante das exigências práticas que se apresentarão. Esse aspecto é realçado na análise de Costa Neto ao § 1º do art. 489 do novo CPC, trazida por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, na obra citada, a saber:

Todas as possibilidades de configuração de fundamentação inexistente ou insuficiente previstas neste parágrafo convergem para duas situações genéricas: (i) generalidade ou “vazio” do texto constante da fundamentação, que abarca os incisos I, II, III, V e VI; (ii) falta de enfrentamento de todos os argumentos que poderiam contrariar a decisão tomada pelo juiz, situação prevista no inciso IV. É preciso, todavia, cuidado na verificação das situações incluídas no grupo (i), pois por vezes a mera indicação de um dispositivo legal ou de uma súmula pode ser suficiente para fundamentar a argumentação. É muito difícil indicar critérios objetivos de fundamentação sem a análise de cada caso concreto, portanto; o mais importante talvez seja ressaltar a clareza no desenvolvimento da argumentação pelo juiz (...). A existência ou não de fundamentação é, portanto, muito mais fluida e subjetiva do que a simples indicação legal pode fazer crer

(...). A jurisprudência terá, portanto, de dar contornos mais fluidos a esses dispositivos, até mesmo em razão da própria subjetividade que cerca o assunto (...)⁽⁸⁾

Em suma, como realça Teixeira Filho, ao comentar o § 1º do art. 489 do novo CPC, “estamos diante de uma das mais rigorosas exigências legais, de quantas possam ter sido formuladas até aqui, para satisfazer ao requisito constitucional (CF, art. 93, IX) da fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais decisórios”⁽⁹⁾. Não por outra razão, insiste-se no realce de que, da inteligência diária decorrente do exercício do ofício jurisdicional é que se irá apreender o razoável e o possível de ser realizado, sem prejuízo da finalidade a ser alcançada.

A correção de *erro material* e também a retificação de erros de cálculo, após publicada a sentença, estão previstas no art. 494, I do CPC de 2015 (art. 463, I do CPC de 1973). O art. 833 da CLT, a seu turno, dispõe, expressamente, que, existindo na decisão evidentes erros ou enganos de escrita, de datilografia ou de cálculo, poderão os mesmos, antes da execução, ser corrigidos *ex officio*, ou a requerimento dos interessados ou da Procuradoria da Justiça do Trabalho.

Com a inclusão do art. 897-A na CLT (Lei n. 9.957, de 12.1.2000), foi ali acrescentado também o parágrafo único, reforçando a previsão do art. 833 celeteário de correção dos erros materiais de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. A Lei n. 13.015, de 21.7.2014, transformou o parágrafo único do art. 897-A da CLT em § 1º.

Erros materiais e erros de cálculo são aqueles cuja inexactidão é perceptível de plano, a um

(8) COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. O novo Código de Processo Civil e o fortalecimento dos poderes judiciais [RP 249/81]. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Art. 489, § 1º, n. 13, p. 1248.

(9) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Op. cit.*, art. 489, § 1º, p. 664.

exame perfunctório. Embora os erros materiais sejam diferentes dos vícios de obscuridade, contradição e omissão e possam ser corrigidos de ofício pelo juiz, o CPC de 2015, no seu art. 1.022, III, absorvendo o que já se admitia na doutrina e na jurisprudência trouxe, expressamente, a possibilidade de se corrigir erro material na decisão por meio de embargos de declaração.

O art. 897-A da CLT, introduzido pela Lei n. 9.957, de 12.1.2000, acrescentou às hipóteses de cabimento de embargos de declaração, no processo do trabalho, o *manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso*.

Mister salientar que, para serem admitidos, os recursos devem satisfazer requisitos que a doutrina classifica de intrínsecos ou subjetivos e extrínsecos ou objetivos. Como assinalam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁽¹⁰⁾, os primeiros — *intrínsecos ou subjetivos* — dizem respeito ao direito de recorrer e os segundos — *extrínsecos ou objetivos* — ao seu exercício.

Em referência aos requisitos *intrínsecos*, são eles os relativos ao cabimento do recurso, ao interesse recursal e à legitimidade da parte para recorrer.

Quanto aos requisitos *extrínsecos ou objetivos*, dizem respeito ao preparo, à tempestividade e à regularidade formal do apelo, sem o que não se viabiliza o seu conhecimento. São esses requisitos extrínsecos ou objetivos que, por sua natureza, podem gerar equívoco de aferição capaz de ser sanado pela via dos embargos de declaração, nos moldes do art. 897-A da CLT.

4. Prazo para interposição e julgamento

O CPC de 2015, no art. 1.023 (CPC de 1973, art. 536) e a CLT, no art. 897-A, estabelecem o prazo de cinco dias para a interposição de embargos de declaração. Para a Fazenda Pública e

para o Ministério Público, conta-se em dobro o prazo recursal (arts. 180 e 183 do novo CPC), o que inclui os embargos de declaração. O CPC de 2015 manteve a prerrogativa dessas entidades, prevista no art. 188 do CPC de 1973, unificada nesse limite para todas as suas manifestações processuais.

Especificamente quanto ao prazo em dobro para a interposição de embargos de declaração por pessoa jurídica de direito público, no processo do trabalho, a prerrogativa se encontra assente na Orientação Jurisprudencial n. 192 da SDI-1 do TST, editada em 8.11.2000.

O CPC de 2015, no art. 229, de forma ampliada ao previsto no CPC de 1973 (art. 191), prevê que “os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento” e trouxe previsão expressa de que o disposto nesse art. 229 aplica-se aos embargos de declaração (art. 1.023, § 1º).

A disposição processual civil em comento, entretanto, não se aplica ao processo do trabalho, por incompatível com a celeridade que lhe é inerente, como assinalado na Orientação Jurisprudencial n. 310 da SDI-1 do TST, inaplicabilidade que alcança, por consequência, os embargos de declaração. Nesse sentido, o art. 9º da IN n. 39/2016 do TST.

O CPC de 2015, no art. 1024, manteve o prazo de cinco dias para julgamento dos embargos de declaração previsto no CPC de 1973 (art. 537), sendo acrescido o § 1º ao art. 1.024, que dispõe sobre o julgamento dos declaratórios nos tribunais. No aspecto, manteve-se a apresentação dos embargos de declaração, para julgamento, na primeira sessão subsequente, mas com a previsão de, não sendo julgado, o apelo ser incluído em pauta automaticamente. Na disciplina da CLT, o art. 897-A estatui o julgamento dos declaratórios na primeira audiência ou sessão seguinte à sua apresentação.

(10) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. v. 2, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 515.

5. Forma de interposição, preparo e competência

O novo CPC, no seu art. 1.023, dispõe que a oposição dos embargos de declaração deve ocorrer em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão. Em relação ao previsto no CPC de 1973 (art. 536), o novo Código incluiu o erro entre os vícios corrigíveis e manteve o direcionamento da petição apenas ao juiz, retirando a menção ao relator. No tribunal, contudo, ao relator é que incumbe responder os embargos de declaração. A norma do art. 897-A da CLT, porque sucinta, nada menciona a esse respeito. O art. 899 da CLT prevê a interposição de recursos por simples petição, o que se aplica aos embargos declaratórios, não se afastando, porém, a necessidade de se apontarem os defeitos a serem corrigidos, pois se trata de recurso com motivação vinculada.

Os embargos de declaração não se sujeitam a preparo, o que se encontra previsto no art. 1.023 do novo CPC, repetindo o disposto no art. 536 do CPC de 1973. Não se exige, portanto, depósito prévio nem o pagamento de custas processuais e o mesmo sucede no processo do trabalho.

Os embargos de declaração estão submetidos a juízo de admissibilidade único, exercido pelo órgão prolator da decisão embargada, singular ou colegiado, competente para o julgamento do apelo.

No tribunal, embora os embargos de declaração contra acórdãos sejam dirigidos ao relator, o recurso será apresentado em mesa para julgamento colegiado, como assinala o art. 1.024, § 1º, do CPC de 2015 (art. 537 do CPC de 1973), dispensando-se a intimação prévia das partes prevista no art. 934 do novo Código (art. 552 e parágrafos do CPC de 1973). O novo CPC, porém, traz a determinação inovatória de, não sendo os declaratórios julgados na sessão subsequente à sua apresentação, incluir-se o recurso automaticamente em pauta (art. 1.024, § 1º), o que demandará a intimação das partes.

Ausente previsão específica na CLT quanto ao aspecto, aplicam-se as disposições do CPC, não se vislumbrando incompatibilidade (IN n. 39/2016 do TST, art. 9º). Prevê o novo CPC que os embargos de declaração opostos contra decisão do relator ou decisão unipessoal proferida em tribunal serão decididos monocraticamente pelo órgão prolator (art. 1.024 § 2º).

6. Juízo de admissibilidade, juízo de mérito e *reformatio in pejus*

O julgamento dos embargos de declaração, à semelhança dos demais recursos, passa pelo juízo de admissibilidade e pelo juízo de mérito.

No juízo de admissibilidade, serão aferidos os pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos, implicando a ausência de um deles em não conhecimento do apelo.

Considerados os requisitos *intrínsecos*, os embargos de declaração devem ser o remédio processual *cabível* para o provimento requerido; o novo CPC, no art. 1.024, § 3º, permite que os embargos de declaração sejam conhecidos como agravo interno, se o relator entender ser este o recurso cabível, devendo o recorrente ter vista por cinco dias para complementar e ajustar as suas razões ao exigido no art. 1.021, § 1º, do novo Código; o *interesse* é presumido, não se exigindo que haja sucumbência da parte, haja vista o objetivo de aprimoramento da decisão embargada; a *legitimidade* é aferível em face das pessoas que podem exercitar o direito de interposição do apelo (art. 996 e parágrafo único do CPC de 2015 e art. 499 e §§ 1º e 2º do CPC de 1973).

Quanto aos requisitos *extrínsecos* de admissibilidade dos embargos de declaração, do que assinala o art. 1.023 do CPC de 2015 (art. 536 do CPC de 1973), observa-se a *tempestividade*, que se reporta ao prazo de cinco dias, e, como *regularidade formal*, a indicação, na petição, do ponto em que o pronunciamento judicial encontra-se obscuro, contraditório ou omissivo, acrescentado o erro material, o que também é admitido no processo do trabalho. Impõe-se

aferir, ainda, sob o aspecto da regularidade formal, a regular representação processual.

Ultrapassada a admissibilidade e conhecido o apelo, adentra-se o *juízo de mérito*, quando se examinará a existência dos vícios propiciadores da medida. Não se constatando a existência de nenhum dos defeitos assinalados, aos embargos de declaração será negado provimento, sendo comum ao juiz singular, em primeiro grau, julgá-los improcedentes. Reconhecendo-se a existência de algum dos vícios apontados, os embargos de declaração serão integralmente providos ou providos em parte para a erradicação do defeito.

Saliente-se que no julgamento dos recursos em geral vigora o princípio da *non reformatio in pejus*, que veda ao órgão julgador, na ausência de controvérsia, piorar a situação processual do recorrente. Isso porque, ao recorrer, a parte busca alcançar uma situação mais favorável. Porém, não se descarta a possibilidade excepcional de o julgamento dos embargos de declaração gerar uma situação menos favorável ao embargante (*reformatio in pejus*)⁽¹¹⁾, a exemplo da omissão ou da contradição que, ao ser corrigida por sua iniciativa, venha a prejudicar o seu próprio interesse.

Cumpra mencionar que tanto o não conhecimento quanto o desprovimento dos embargos de declaração desafiam a renovação da *quaestio* no recurso que couber da decisão embargada. Nos termos da Súmula n. 184 do TST, ocorre preclusão quando não forem opostos embargos declaratórios para suprir omissão apontada em recurso de revista ou de embargos.

(11) A propósito, assinala Araken de Assis: “Em alguns casos, a erradicação do vício típico do provimento, provocada pelo embargante, pode situá-lo, objetivamente, em situação menos favorável. Por exemplo: suprimindo a omissão, o juiz poderá rejeitar a questão aventada pelo embargante, na inicial ou na contestação, e objetivamente o teor do pronunciamento mostrar-se-á mais desvantajoso. E a eliminação de proposições contraditórias poderá implicar o desaparecimento da que favoreça ao embargante”. ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 642.

7. Efeitos e contraditório

Os embargos de declaração, ao serem interpostos, têm, como característica, o efeito de *interromper* o prazo para a veiculação dos recursos cabíveis da decisão embargada. O CPC de 2015, no art. 1.026, permanece com a disposição expressa então constante do art. 538 do CPC de 1973, de que os embargos de declaração *interrompem* o prazo para a interposição de recurso, o que impede o trânsito em julgado da decisão. Após o julgamento dos embargos, o prazo recursal interrompido volta a fluir em sua inteireza para as partes.

Consta, porém, do art. 1.026 do novo Código, que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo, ou seja, a eficácia da decisão embargada não se suspende com a interposição dos embargos de declaração. Ao processo do trabalho aplicava-se, no aspecto, a disposição do CPC, à ausência de previsão específica na CLT, que nada mencionou a respeito no seu art. 897-A, incluído pela Lei n. 9.957, de 2000.

Somente com a alteração introduzida na CLT pela Lei n. 13.015 de 2014, que acrescentou o § 3º ao art. 897-A, houve a previsão expressa de que os embargos de declaração *interrompem* o prazo para interposição de outros recursos por qualquer das partes. Essa norma acrescida à CLT, contudo, afastou a interrupção quando intempestivos os embargos, irregular a representação da parte ou ausente a sua assinatura, adotando o que era admitido na doutrina e na jurisprudência.

Com efeito, o art. 995 do novo CPC estabelece que os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso, pelo que o disposto no art. 1.026 do novo CPC veio a reforçar a regra geral estabelecida no art. 995. O § 1º do art. 1.026, contudo, excepciona a regra em caso de probabilidade de provimento do recurso ou se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

A previsão no novo CPC de efeito suspensivo para os embargos de declaração, nos casos que especifica, veio colocar pá de cal na divergência doutrinária quanto a esse efeito para os declaratórios⁽¹²⁾. Afigura-se aplicável ao processo do trabalho o efeito suspensivo excepcional previsto no § 1º do art. 1.026 do novo CPC para os declaratórios, não obstante a regra do art. 899 da CLT (efeito meramente devolutivo dos recursos trabalhistas), considerando a rica diversidade que ressaí dos casos concretos. Para tanto, devem ser integralmente satisfeitos os requisitos previstos no § 1º do art. 1.026 do novo CPC, quais sejam, a probabilidade de provimento do recurso ou de risco de dano grave ou de difícil reparação.

Sucede, também, de uma das partes interpor o recurso cabível em face do ato jurisdicional proferido antes da outra parte embargar de declaração. É possível ainda que a parte interponha o seu recurso depois dos embargos de declaração veiculados pela parte contrária e antes da publicação da respectiva decisão. A jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, vinha considerando intempestivo, por prematuro, o recurso interposto nessas circunstâncias, se a parte não ratificasse o apelo quando intimada da decisão dos embargos de declaração.

O STF, porém, alterou seu entendimento no julgamento do Agravo de Instrumento n. 703.269-MG, em 5.3.2015, tendo como relator o Ministro Luiz Fux.

(12) Favoráveis ao efeito suspensivo dos embargos de declaração, dentre outros: Araken de Assis, *Manual dos Recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 620-621; Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. vol. 2, p. 555; HORTA, Denise Alves. Embargos de Declaração: Regime Legal e suas Hipóteses. In: EÇA, Vitor Salino de Moura. *Embargos de Declaração no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2010. p. 23-44. O efeito suspensivo dos embargos de declaração é bem exposto por Márcio Flávio Salem Vidigal. Embargos de Declaração como Instituto Processual. In: EÇA, Vitor Salino de Moura. *Op. cit.*, p. 45-89.

Nessa esteira, o TST, por meio da Res. n. 198/2015, de 9 de junho de 2015, (DEJT divulgado em 12, 15 e 16.6.2015) cancelou a Súmula n. 434 (ex-OJ 357 da SDI-1) que previa a extemporaneidade do recurso interposto antes da publicação do acórdão impugnado.

Formou-se um novo posicionamento jurisprudencial em sintonia com o disposto no § 5º do art. 1.024 do CPC de 2015, que afasta a necessidade de ratificação pelo embargado do recurso por ele interposto antes do julgamento dos embargos de declaração se estes forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior. Isso significa que se o apelo é manejado pela parte contrária à que interpôs embargos de declaração, o recurso não se contamina pelo vício da intempestividade, ainda que apresentado antes da decisão dos declaratórios, não havendo necessidade de ratificação do apelo.

Tratando-se, porém, de decisão proferida em face de embargos de declaração que, sanando eventual defeito no ato judicial objurgado, agrava a situação daquele que já recorreu, da ciência dessa decisão nasce o seu interesse para impugná-la. Assiste-lhe, pois, o direito de alterar ou complementar o apelo originalmente interposto, no ponto objeto da decisão dos embargos de declaração, em razão do princípio recursal da complementaridade. O CPC de 2015 acolheu esse entendimento sufragado pela doutrina e jurisprudência e o inseriu no § 4º do art. 1.024.

Discute-se, ainda, na doutrina, se a interposição de embargos de declaração gera ou não *efeito devolutivo*. Para uma corrente, os embargos de declaração não operam efeito devolutivo, pois não há remessa a outro grau de jurisdição da decisão impugnada, competindo ao próprio juiz da causa julgar o recurso, além do que, a rigor, não visam reformar a decisão embargada⁽¹³⁾.

(13) Nesse sentido, MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART Sergio Cruz, *op. cit.*, p. 555; CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 119; BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 642.

Para outros autores, a inexistência do duplo grau de jurisdição não seria empecilho para se atribuir efeito devolutivo aos embargos de declaração. Afirmam que basta, para a configuração do efeito devolutivo, a apresentação da matéria impugnada para julgamento pelo órgão judicial a tanto competente, característica aferível nos embargos de declaração, pois implicam na remessa automática da matéria controvertida ao órgão julgador que emitiu o provimento judicial ⁽¹⁴⁾.

Os embargos de declaração podem ainda gerar *efeito modificativo* ou *efeito infringente*, parcial ou total, na decisão embargada, considerando a natureza do defeito de que padece. O CPC de 1973 não tratava dessa hipótese. A CLT, com a redação da Lei n. 9.957, de 12.1.2000, mais abrangente, passou a admitir, expressamente, efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. O TST também editou a Súmula n. 278, no sentido de que “a natureza da omissão suprida pelo julgamento de embargos declaratórios pode ocasionar efeito modificativo no julgado”.

O CPC de 2015, no seu art. 1.023, § 2º, na esteira do que já previa a CLT e a jurisprudência unânime, prevê a possibilidade de o acolhimento dos declaratórios gerar efeito modificativo na decisão embargada e faz referência a esse efeito também nos §§ 4º e 5º do art. 1.024.

Na maioria dos casos, ao ser sanado o defeito apontado nos embargos de declaração, permanece incólume a substância da decisão embargada, ainda que lhe tenha sido adicionado um *plus*, quando omissa, ou extirpado um excesso contraditório para mantê-la coerente, ou ainda lhe tenha sido reparado um erro material.

Decorrerá efeito modificativo dos declaratórios, em caso de contradição no provimento judicial, quando a fundamentação motivar

determinado resultado que, a final, é consignado em sentido contrário no dispositivo da decisão. Nessa hipótese, é preciso atribuir ao julgado a necessária coerência entre fundamento e dispositivo e o efeito modificativo na decisão impugnada será parcial ou total, dependendo da abrangência do decidido.

O efeito modificativo no julgado por omissão poderá ocorrer, de igual forma, no todo ou em parte. Assim, quando o órgão julgador não se pronunciar sobre determinado pedido e, instado por embargos de declaração, julgá-lo procedente (sentença) ou prover o recurso, no aspecto (acórdão), implicando no agravamento, em parte, da situação até então definida para um dos litigantes, corporifica-se o efeito modificativo parcial produzido pelo julgamento dos embargos de declaração. A modificação, porém, pode ser total. É a hipótese clássica, em que o órgão judicial, omitindo-se de examinar a prescrição suscitada em defesa, julga procedente o pedido formulado. Interpostos embargos de declaração e acolhida a prejudicial, alcançando toda a pretensão deduzida, o processo é extinto, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II do CPC de 2015 (art. 269, IV do CPC de 1973), invertidos os ônus da sucumbência.

O erro no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso pode gerar o seu não conhecimento, por deserção, intempestividade ou defeito na regularidade formal. Como o engano, porém, é passível de correção por meio de embargos de declaração, ao julgamento, uma vez afastado o equívoco, altera-se o não conhecimento pelo conhecimento do recurso, seguindo-se o seu regular julgamento de mérito. Imprime-se, portanto, efeito modificativo no julgado que inicialmente não conhecera do apelo.

Regra geral, a interposição de embargos de declaração não enseja prazo para resposta, silenciando a esse respeito o CPC de 1973. A CLT, que também era silente, com a Lei n. 13.015, de 2014, que acrescentou o § 2º ao seu art. 897-A, passou a prever o *contraditório*

(14) ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 618-619.

para os casos de eventual efeito modificativo dos embargos de declaração, hipótese em que a parte contrária será ouvida, no prazo de cinco dias. Esse entendimento encontrava-se assente na jurisprudência, havendo no TST a Orientação Jurisprudencial n. 142 de sua SDI-1, com previsão de nulidade da decisão em caso de não observância do contraditório, exceto para embargos declaratórios interpostos contra sentença, por força do efeito devolutivo amplo conferido ao recurso ordinário. O CPC de 2015 incorporou a previsão da CLT e da jurisprudência e assegurou expressamente o direito ao contraditório em caso de embargos de declaração com efeito modificativo, prevenindo o prazo de cinco dias para manifestação da parte contrária (art. 1.023, § 2º).

Impende registrar que a lei dispensa a sustentação oral no julgamento de embargos de declaração nos tribunais (art. 937 do CPC de 2015 e art. 554 do CPC de 1973).

8. Decisões embargáveis de declaração

O CPC de 2015, no art. 1.022, *caput*, ampliou o leque de decisões embargáveis, até então legalmente previstas como sentenças e acórdãos (art. 535, I, do CPC de 1973 e art. 897-A da CLT), e previu o cabimento de embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, incluindo, assim, as decisões interlocutórias, o que se encontra em sintonia com o disposto no art. 489, § 1º do novo Código que, ao tratar da fundamentação da decisão judicial, faz referência expressa à decisão interlocutória. O novo CPC incorporou o entendimento majoritário da doutrina⁽¹⁵⁾ e da jurisprudência na processualística civil.

No âmbito do direito processual do trabalho, figurava manifesta controvérsia na

doutrina⁽¹⁶⁾ e na jurisprudência, a respeito da pertinência dos declaratórios em face de decisão interlocutória. Exemplo, na jurisprudência consolidada, era a Orientação Jurisprudencial n. 377 da SDI-1 do TST, sinalizando não caberem embargos de declaração contra decisão denegatória de recurso de revista exarada por Presidente do TRT, não tendo o efeito de interromper qualquer prazo recursal. A OJ foi cancelada pela Resolução n. 204/2016 do TST, divulgada em 17, 18 e 21.3.2016.

Não é razoável, porém, que nesse bojo de decisões embargáveis de declaração se incluam os despachos de mero expediente, os quais, por sua natureza, são irrecuráveis (art. 1.001 do CPC de 2015 e art. 504 do CPC de 1973). Os defeitos que eventualmente os despachos apresentem podem ser apontados por simples petição e corrigidos também por despacho.

As decisões monocráticas proferidas nos Tribunais, por relator, nos termos do art. 932 do CPC de 2015 (art. 557 do CPC de 1973), são igualmente embargáveis de declaração. No processo do trabalho, o cabimento dos embargos de declaração contra tais decisões está previsto na Súmula n. 421 do TST, de seguinte teor:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR CALCADA NO ART. 932 DO CPC DE 2015. ART. 557 DO CPC DE 1973 (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. n. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.4.2016. 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 do mérito da decisão monocrática, cumpre ao relator converter os

(15) Vejam-se, a respeito: ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 596-597; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 554; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 117; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ... Op. cit.*, p. 498; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 924.

(16) Não admitindo: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Op. cit.*, p. 317-318; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do Processo Trabalhista*. 35. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 468; BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Op. cit.*, p. 641. Admitindo, entre outros: SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. LTr: São Paulo. 2011. p. 821.

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.

O novo CPC, no art. 1.024, §§ 2º e 3º, incorporou o entendimento que há longo tempo vigora no processo do trabalho, e previu a interposição de declaratórios contra decisão de relator ou decisão unipessoal proferida em tribunal, decidindo o órgão prolator monocraticamente. Os embargos também poderão ser conhecidos como agravo interno se for este o recurso cabível, impondo-se intimar o recorrente para, em cinco dias, completar as razões recursais e ajustá-las ao previsto no art. 1.021, § 1º do novo Código.

As decisões *extra*, *ultra* e *citra petita* (fora, além e aquém do pedido) estão em desacordo com o disposto nos arts. 141 e 492 do CPC de 2015 (arts. 128 e 460 do CPC de 1973). As *citra petita* são embargáveis de declaração, porque são omissas por natureza, pois deixam de examinar pretensão deduzida pelas partes. As decisões *extra* e *ultra petita*, embora possam também ensejar embargos de declaração, em regra, reclamam provimento que excede os limites previstos no art. 1.022 do CPC de 2015 (art. 535 do CPC de 1973) e no art. 897-A da CLT, desafiando o seu ajuste a interposição do recurso cabível.

A decisão proferida em embargos de declaração tem a mesma natureza do ato judicial embargado, pelo que também se sujeita à postulação declaratória. Entretanto, o vício deve ter origem na decisão impugnada, sendo improcedente o pedido declaratório de hipótese preexistente ao ato judicial objurgado e não suscitado nos embargos anteriormente opostos. Nesse sentido, dispõe a Súmula n. 317 do STF que “são improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão”.

9. Prequestionamento

O *prequestionamento*, como o próprio nome indica, é um questionamento antecedente. Consiste em ser enfrentada determinada tese jurídica no julgamento realizado, com pronunciamento explícito do órgão julgador, como requisito para se veicular recurso aos tribunais superiores. Não é exigível o *prequestionamento* para recorrer ao segundo grau de jurisdição, ante a devolutividade prevista no art. 1.013, §1º do CPC de 2015 (art. 515, § 1º do CPC de 1973). A Súmula n. 393 do TST (com nova redação em decorrência do CPC de 2015 – Res. n. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.4.2016) trata do efeito devolutivo em profundidade no recurso ordinário, explicitando a norma processual civil de 2015.

Diz-se *prequestionada* a matéria, quando ela se encontra abordada na decisão. Omissos o acórdão, os embargos de declaração são necessários para provocar a manifestação do órgão julgador, sob pena de preclusão. Nesse sentido, a Súmula n. 184, do TST estabelece a preclusão se não forem opostos embargos declaratórios para suprir omissão apontada em recurso de revista ou de embargos. As Súmulas ns. 282 e 356 do STF estabelecem a necessidade do *prequestionamento* para a veiculação de recurso extraordinário. A Súmula n. 282 menciona que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e a Súmula n. 356 estabelece que “o ponto omissos na decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do *prequestionamento*”.

Tratam ainda do *prequestionamento* as Súmulas ns. 211 e 320 do STJ. A Súmula n. 211 estabelece que é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”. A Súmula n. 320 dispõe que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do *prequestionamento*”. O CPC de 2015, entretanto,

no seu art. 1.025, acolhe o prequestionamento ficto, ao considerar inseridos no acórdão os elementos que o embargante apontou, visando o prequestionamento, ainda que inadmitidos ou rejeitados os embargos de declaração, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. Como se percebe, a disposição do art. 1.025 do novo CPC supera a previsão da Súmula n. 211 do STJ. O novo CPC, no art. 941, § 3º, estabelece que o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento, em superação, portanto, da Súmula n. 320 do STJ.

O prequestionamento ficto já era admitido no processo do trabalho, conforme resai do item III da Súmula n. 297 do TST: “Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração”. A IN n. 39/2016 do TST, no parágrafo único do art. 9º, reforça esse entendimento, ao dispor sobre “a omissão para fins do prequestionamento ficto a que alude o art. 1.025 do CPC”. No âmbito processual trabalhista, o prequestionamento ainda é tratado nas Orientações Jurisprudenciais ns. 118 e 119 da SDI-1 do TST, que explicitam o conteúdo da Súmula n. 297 do TST. Nos termos da OJ n. 118, “havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este”. Segundo a OJ n. 119, “é inexistente o prequestionamento quando a violação indicada houver nascido na própria decisão recorrida. Inaplicável a Súmula n. 297 do TST”.

10. Embargos de declaração protelatórios

Manifestamente protelatórios são os embargos de declaração com o propósito de rediscutir os temas devidamente examinados e decididos no julgamento proferido, sem apontar, de forma objetiva, a existência de obscuridade,

contradição ou omissão na decisão embargada, ou seja, sem qualquer dos vícios previstos no art. 1.022 no CPC de 2015 (art. 535 do CPC de 1973) e art. 897-A da CLT que justifiquem a interposição do apelo. Também protelatórios são os que, em interposição reiterada, apontam vício na decisão primitiva não suscitado na peça embargatória anterior.

No CPC de 2015, os embargos manifestamente protelatórios são tratados no art. 1.026, §§ 2º, 3º e 4º (art. 538, parágrafo único do CPC de 1973). A pena com multa está prevista nos §§ 2º e 3º do art. 1.026, sendo que o valor da multa não excederá a dois por cento do valor atualizado da causa (o parágrafo único do art. 538 CPC de 1973 previa a multa não excedente de 1% sobre o valor da causa); na reiteração dos embargos protelatórios, manteve-se a multa de até dez por cento, prevista no CPC anterior, mas sobre o valor atualizado da causa; manteve-se o depósito da multa, previsto no CPC anterior, como requisito de admissibilidade de qualquer recurso, porém, exceto para a Fazenda Pública e o beneficiário da justiça gratuita, que a recolherão ao final.

O novo Código, quando trata da gratuidade da justiça, não isenta o beneficiário do pagamento, ao final, das multas processuais que lhe sejam impostas (art. 98, § 4º). Registre-se que o novo CPC, no art. 1.072, III, revoga, parcialmente, a Lei n. 1.060/50, passando a gratuidade da justiça a ser regida, em parte, pelos arts. 98 a 102 do novo CPC e, em parte, pela Lei n. 1.060/50.

O novo CPC, reforçando o objetivo de coibir a interposição de embargos de declaração protelatórios, acrescenta, no § 4º do art. 1.026, que “não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios”.

A pena prevista na lei processual, nas hipóteses citadas, está em sintonia com o disposto no inciso LXXVIII da Constituição Federal, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O condicionamento da interposição de outros recursos ao pagamento prévio da multa, em caso de reiteração protelatória dos embargos de declaração, retrata a preocupação do legislador em controlar a interposição de recursos despropositados, para retardar a marcha processual.

As normas processuais civis, nos aspectos suscitados, aplicam-se, por compatíveis, ao processo do trabalho. Nesse sentido, a IN n. 39/2016 do TST, art. 9º.

Destinados ao desprovinimento são ainda os embargos de declaração que, sob o rótulo de *prequestionamento*, visam, tão somente, rediscutir os temas decididos, com o intuito de alcançar novo pronunciamento judicial, sob a ótica do embargante. Porém, para efeito da apenação prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º do CPC de 2015 a sensibilidade do julgador é essencial ao equilibrado equacionamento da matéria, em face dos matizes que o prequestionamento apresenta.

A Súmula n. 98 do STJ dispõe que:

“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Mas isso não quer dizer que a simples alegação do objetivo prequestionador, por si só, justifique a interposição do remédio processual. Do contrário, haveria a subversão dos pressupostos legais a que se submete o apelo e a inocuidade do disposto nas normas processuais civis para coibir o uso abusivo do remédio processual. De todo modo, a incidência da multa dependerá da apreciação das circunstâncias de cada caso concreto.

11. Considerações finais

Os embargos de declaração, de simplicidade apenas aparente, desafiam, para o aperfeiçoamento ou a modificação da decisão embargada, o manejo satisfatório da normatividade que os regula e da jurisprudência consolidada a

respeito das diversas especificidades que lhes são próprias. Figuram, pois, em patamar estratégico na dinâmica processual trabalhista necessária à defesa dos direitos e interesses dos litigantes. As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, no que alcançam os embargos de declaração, refletem a preocupação do legislador com decisões a serem proferidas de forma particularizada ao caso concreto. O rigor da aplicação da processualística civil no Processo do Trabalho, extensível aos embargos de declaração, há de ser ponderado com a disposição do art. 769 da CLT e os princípios que regem esse ramo especial do Direito Processual.

12. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n. 13.015/2014*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4.2.2016*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. v. II.

EÇA, Vitor Salino de Moura. Origem Histórica e Desenvolvimento Normativo dos Embargos Declaratórios. In: _____. *Embargos de Declaração no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2010. p. 13-22.

HORTA, Denise Alves. Embargos de declaração: regime legal e suas hipóteses. In: EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.) *Embargos de declaração no processo do trabalho*. São Paulo: LTr. 2010. p. 23-44.

MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 35 ed. São Paulo: LTr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 2.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 2001. v. III.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. V.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. O novo código de processo civil e seus possíveis impactos nos recursos trabalhistas. In: MIESSA, Élisson (Org.) *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 567-598.

PORTO, Lorena Vasconcelos. Os embargos de declaração no novo CPC e os reflexos no pro-

cesso do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Org.) *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 599-628.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 48. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SOUZA, Rodrigo Trindade de (Coord.); AMARAL, Márcio Lima do; SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos; SEVERO, Valdete Souto (Org.). *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Comentários à Lei n. 13.015/2014: uniformização da jurisprudência: recursos repetitivos*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

VIDIGAL, Márcio Flávio Salem. Embargos de declaração como instituto processual. In: EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.) *Embargos de declaração no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 45-89.

As “decisões surpresa” e sua repercussão nas ações de natureza trabalhista

Ana Maria Aparecida de Freitas^(*) e Carolina de Freitas Silva^(**)

Resumo:

- ▶ Pretende-se discutir aqui o tema das “decisões surpresa” na Justiça do Trabalho, à luz do art. 10 do NCPC, eventualmente aplicável ao processo do trabalho por força do art. 15 daquele diploma. Os princípios do contraditório e da ampla defesa são trazidos à colação para situar a problemática, porém, outras considerações essencialmente principiológicas são equacionadas para demonstrar que a consecução de um processo justo, atento à especial vulnerabilidade do trabalhador, a que se soma a necessidade de entrega da prestação jurisdicional em tempo útil, exigem do intérprete um olhar com reservas sobre o art. 10 do NCPC. A autonomia do processo do trabalho em face ao processo civil e os bens jurídicos em disputa nos dois processos pressupõem o exercício de harmonização de regras e princípios, e de interpretação cautelosa do novo regime processual, desígnios bem conseguidos pela IN n. 39 do TST, cujo contributo foi também considerado. A experiência portuguesa sobre a proibição das “decisões surpresa” a partir da nova perspectiva que se deseja imprimir ao princípio do contraditório é passada levemente em revista, essencialmente pelo fato de a discussão naquele país ter alguns anos de avanço, o que pode ser útil para quem pretenda aprofundar-se no Brasil sobre esta matéria.

Abstract:

- ▶ The topic of “surprise decisions” within the Labor Justice System is discussed here in light of article 10 of the NCPC (New Code of Civil Procedure), which, according to article 15 of the same law, is allegedly said to be applicable to labor procedural law. In discussing the issue, due account is taken of the adversarial principle and the “audi altera pars” principle but these are then tempered with other axiological concerns that demonstrate that a fair judicial procedure, given the worker’s position of special vulnerability and the need for a speedy rendering of justice, require a cautious interpretation of article 10 of the NCPC. The autonomy of labor procedural law *vis a vis* civil procedure and the diverse kinds of

(*) Juíza Titular da Vara do Trabalho de Timbaúba (PE), mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco e, atualmente, é estudante do curso de doutorado em Direito Laboral da Universidade de Buenos Aires. Professora da Escola Superior da Magistratura Trabalhista, membro efetivo e vice-presidente para o biênio 2015-2017 da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Gestora Regional do Programa de Prevenção de Acidentes de Trabalho

no âmbito do TRT 6ª Região para o biênio 20015/2017. Gestora Regional do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Incentivo à Aprendizagem no âmbito do TRT 6ª Região, para o biênio 2015/2017.

(**) Mestre em direito do trabalho pela Universidade de Coimbra. Doutoranda em direitos sociais pela Universidade Nova de Lisboa e pesquisadora-bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (Portugal).

claims and interests that are typically in dispute in each of them demand harmonizing rules and principles as well as a careful interpretation of the new procedural regime — precisely what IN (Normative Regulation) number 39 of the TST (Labor Supreme Court) achieves. A perfunctory examination is conducted regarding the portuguese experience of banning “surprise decisions” in light of their stated goal of reforming the adversarial principle. Studying Portugal’s longer experience with this legal solution may provide useful insights for those in Brazil who wish to deepen their knowledge of it.

Palavras-chave:

- ▶ Princípio do contraditório — Decisão surpresa — Justiça do Trabalho — Processo do trabalho — Efetividade do direito laboral.

Key-words:

- ▶ Adversarial principle — “Surprise decisions” — Labor justice system — Labor procedural law — Effectiveness of labor law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O princípio do contraditório e da ampla defesa e a “decisão surpresa” no processo civil
- ▶ 3. A emergência de um princípio do contraditório mais maleável em certas circunstâncias
- ▶ 4. A questão do contraditório no processo do trabalho
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deve decidir de ofício.” Não é necessário dizer que esse dispositivo legal causou grande expectativa para a magistratura trabalhista, principalmente em razão de a execução trabalhista ser processada *ex officio*, com determinação de bloqueio de numerário, via Bacenjud, pesquisa no Renajud, dentre a utilização de outras ferramentas eletrônicas, com a inclusão do devedor no Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas — BNDT.

Questionou-se, logo em princípio, se o processo do trabalho seria submetido a esse dispositivo legal, por força do disposto no

art. 15 do CPC, que determina a aplicação de forma supletiva e subsidiária das regras processuais de direito comum na ausência de regras processuais trabalhistas, e se todas as situações processuais deveriam ser submetidas ao mesmo tipo de tratamento.

Com a edição da Instrução Normativa n. 39, por intermédio da Resolução n. 203, de 15 de março de 2016, o Tribunal Superior do Trabalho procurou adequar o disposto nos arts. 9º e 10 do CPC aos princípios processuais trabalhistas, determinando aquilo que se deve entender como “decisão surpresa”, não permitida no processo em virtude do princípio do contraditório, e as decisões judiciais que não podem ser qualificadas com aquele epíteto.

2. O princípio do contraditório e da ampla defesa e a “decisão surpresa” no processo civil

Numa sociedade ordenada sob as regras de um Estado de Direito, é absolutamente imprescindível que, em sede de processo judicial, seja reconhecido ao litigante o direito de *contradizer* as pretensões formuladas pela parte contrária, bem como o poder jurídico de *defender-se amplamente*, ou seja, o de proteger *ativamente* os seus interesses lançando mão de todas as armas admitidas pelo ordenamento jurídico. Exercer o direito do contraditório e o da ampla defesa significa levar ao Estado-Juiz, pela parte interessada, alegações e provas que tenham o condão de resistir e reagir às vantagens requeridas pela parte contrária. Tratam-se de verdadeiros direitos fundamentais que apresentam assento expresso na Constituição Federal, no inciso LV do art. 5º, e cuja tutela encontra reforço no direito processual civil.

O direito de contradizer, de opor-se às pretensões da contraparte, deve ser compreendido no seu sentido mais dilatado e este sentido só poderá ser alcançado se se reconhecer que o contraditório e a ampla defesa respondem não apenas às mesmas preocupações de equidade e justiça, mas são, na realidade, duas faces da mesma moeda. Um é corolário do outro e os dois se completam mutuamente, de modo que a realização do primeiro implica necessariamente a observância do segundo. É por esta razão que sempre que se alude ao contraditório implicitamente se admite como válida e exigível a prerrogativa da parte de utilizar todos os meios de defesa que estejam ao seu alcance a fim de proteger os seus interesses. É neste sentido mais abrangente que deve ser entendido o contraditório.

Tradicionalmente, o contraditório impunha a necessidade de resposta, antes da decisão judicial, da parte contra quem ou à custa de quem deveria ser realizada a pretensão. Todas as alegações e provas que surgiam no processo deviam ser “controladas” pela contraparte e tanto o polo ativo como o passivo da demanda tinham o poder de “fiscalização recíproca” dos

fatos invocados no processo. Ele estava excessivamente ligado à ideia de defesa, de oposição, de resistência.

Sucedendo que uma leitura mais “atualizada” e mais abrangente deste direito acabou por se impor àquela primeira concepção.

Atualmente, o contraditório está intimamente ligado ao “direito de ser ouvido” que tem origem na garantia constitucional do *rechtliches Gehör* germânico e que permite, por um lado, assegurar a efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio e, por outro, permite que elas exerçam, em condições de igualdade, influência na decisão⁽¹⁾. O contraditório, assim, deixa de estar associado apenas à ideia negativa de defesa, de oposição, para abranger a concepção de reação, de proposição, de construção do processo com igualdade de armas.

Neste sentido, e à luz de uma concepção mais abrangente do princípio do contraditório, José Lebre de Freitas assevera que para cada peça processual acostada aos autos com exposição de matéria fática deve haver uma outra peça de resposta ou manifestação no processo, por iniciativa da parte contrária, para que o direito de resposta seja assegurado⁽²⁾.

Os fatos principais, importantes para a composição do litígio, serão aqueles apresentados inicialmente pela parte autora e fundamentarão a sua pretensão. O réu, por seu turno, terá o ônus de apresentar outros fatos relevantes, sobretudo aqueles que tiverem o condão de modificar, impedir ou extinguir o objeto do processo. Esta igualdade de oportunidades de manifestação no processo também deve ser assegurada no tocante à realização das provas: todos os meios de provas devem estar disponíveis às partes a fim de apurar as matérias de fato durante a fase processual em “que lhes seja

(1) FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 96-97.

(2) *Ibidem*, p. 97-98.

consentido fazê-lo ou até ao momento em que melhor possam decidir da sua conveniência”⁽³⁾.

Toda esta mecânica, que faz parte de um conjunto maior e mais complexo de regras e princípios enformadores do “devido processo legal”, está bastante interiorizada nas sociedades ocidentais de forma mais ou menos concretizada em legislação e se desenvolve na prática judicial sem grandes controvérsias. De fato, o processo judicial civil é um processo dialético e a observância desta particularidade deve ser assegurada pelo Estado.

A discussão sobre o alcance e o sentido do direito ao contraditório assume uma dimensão mais polêmica quando há espaço para as chamadas “decisões surpresa”, ou seja, quando o juiz acrescenta aos autos fatos determinantes sem ouvir as partes sobre esta iniciativa ou decide a demanda aplicando uma regra de direito que não foi previamente suscitada pelos interessados.

Com efeito, quanto à definição dos acontecimentos que servem de fundamento à causa, apenas excepcionalmente é que o juiz poderá acrescentar ao processo novos fatos, desde que sejam fundamentais para a resolução do litígio e sejam considerados “notórios”, de conhecimento decorrente do exercício da função judicial ou em razão da simulação do litígio⁽⁴⁾. Sobre essa questão, é imperioso dizer-se, desde já, que o juiz deve chamar as partes para se pronunciarem sobre esses novos elementos fáticos, a fim de evitar uma decisão inesperada e tendo em vista o dever de lealdade processual a ser observado pelos sujeitos do processo.

À mesma conclusão deve-se chegar quando o juiz, motivado pela busca da verdade real, assumir a iniciativa de produção de provas⁽⁵⁾ ainda que essa iniciativa seja algo residual num processo judicial que é orientado pelo

princípio do dispositivo. A abertura do contraditório aqui, no sentido de permitir às partes a sua participação na construção da decisão, faz sentido porque, em última análise, o processo civil é essencialmente um processo de partes e o juiz é imparcial quanto ao diferendo apresentado pelos demandantes e quanto à sorte do julgamento. Portanto, a decisão judicial proferida com base em prova relativamente à qual as partes não tiveram oportunidade prévia de se pronunciar constitui uma clara violação do princípio do contraditório e deve ser considerada nula, isto é, deve ser objeto de cassação em grau de recurso.

Por outro lado, quando não haja qualquer prejuízo às partes em razão do acréscimo aos autos de fato ou prova por iniciativa do magistrado, ou seja, quando os novos elementos forem importantes para a decisão, mas não forem, em si, determinantes para a sorte do julgado, a contar pelo conjunto probatório constante dos autos e oportunamente discutido, não se vislumbra interesse da parte sucumbente em recorrer da decisão na parte que considera ser o “elemento surpresa”.

Questão delicada é a de saber se o juiz deverá conceder oportunidade de manifestação aos demandantes quando, diante dos fatos relatados nos autos ou das vicissitudes processuais, aplicar normas de direito material ou processual que não foram suscitadas pelas partes, ou quando deva decidir de ofício, isto é, independentemente da alegação das partes, como, por exemplo, nos casos de caducidade do direito, de nulidade de uma disposição contratual ou, no âmbito processual, a aplicação de multa por litigância de má-fé.

Há autores, a exemplo do Professor Estêvão Mallet, que, por princípio, entendem que as partes devem ser ouvidas sempre que o juiz entender que um elemento novo deva ser considerado na decisão final, mesmo em relação às decisões proferidas *ex officio*, por força de imperativos constitucionais:

Se as partes não puderem discutir e debater [o] potencial enquadramento jurídico da

(3) *Ibidem*, p. 99.

(4) *Ibidem*, p. 98.

(5) Pense-se, por exemplo, numa inspeção judicial ou na realização de perícia.

controvérsia, a ser feito de ofício pelo juízo, ou a aplicação de uma norma cuja incidência no caso nunca foi aventada no processo, ou, ainda, determinada questão considerada de ordem pública, em termos práticos sofrerão sensível limitação ao contraditório. Ficam privadas, ao fim e ao cabo, da efetiva possibilidade [de] influir no convencimento do juízo, inclusive alterando o encaminhamento que se pretende dar ao processo ou o seu desfecho⁽⁶⁾.

Não há dúvidas de que o princípio do contraditório é a pedra de toque do devido processo legal. Um não existe sem o outro. Daí que só haverá processo justo e equitativo se aquele princípio efetivamente for garantido. O juiz deve permitir que as partes se manifestem sobre questões fulcrais para o julgamento do processo, sob pena de contrariar a própria Constituição, violar os valores mais essenciais do Estado Democrático de Direito e estruturantes da vida em sociedade. É neste sentido que o art. 10 do Novo Código Processo Civil estabelece como regra o seguinte: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Este dispositivo impede a ocorrência das chamadas decisões surpresa, mesmo em relação às matérias conhecidas de ofício.

Assim, por exemplo, o juiz só poderá reconhecer de ofício a prescrição e a decadência, resolvendo-se o processo sem resolução do mérito, desde que as partes possam se manifestar previamente sobre essas matérias, nos termos do parágrafo único do art. 332 do NCPC. Esta solução permite que a parte interessada alegue eventual causa de interrupção do prazo prescricional, impedindo a extinção prematura do processo.

(6) MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 109, p. 398, jan./dez. 2014.

Ressalte-se ainda que, se é vedado ao juiz decidir de ofício, sem que as partes sobre esta decisão se pronunciem previamente, consoante o disposto no art. 10, com mais razão ainda o brocardo *iura novit curia* só fará sentido se readaptado à nova realidade do direito processual civil. Com efeito, o art. 10 parece permitir sustentar uma interpretação muito mais abrangente do contraditório no sentido de abrandar a tradicional concepção de que as partes dão a conhecer os fatos ao juízo que, por sua vez, conhece e aplica o direito. Assim sendo, o juiz só deverá aplicar questão de direito, ainda que não tenha sido suscitada no caso concreto por iniciativa das partes, se elas puderem contar razoavelmente com esta decisão, nomeadamente se o juiz, antes da decisão final, der mostras de que a aplicação de uma determinada regra é possível.

Esta nova concepção de processo pode ser criticável do ponto de vista da política legislativa, mas acompanha, de forma coerente, a ideia de que o processo civil se trata de um “processo de partes”, cujo objeto é por excelência privado, especialmente de natureza contratual, e que está muitas vezes na esfera de disponibilidade dos demandantes, pessoas que se apresentam como partes iguais entre si. Lembre-se que, neste contexto, o Estado é, em regra, alheio aos assuntos privados, ainda que detenha o monopólio do poder jurisdicional e a administração da justiça, impondo o direito vigente mesmo contra a vontade das partes.

3. A emergência de um princípio do contraditório mais maleável em certas circunstâncias

Nem sempre, é preciso que se diga, o contraditório tem espaço para ser garantido de forma absoluta, justamente porque existem outros escopos igualmente importantes de guarida constitucional a serem considerados. Nesta linha de raciocínio, é possível defender, em nome da celeridade processual, da vedação de práticas inúteis no processo e da prestação jurisdicional atempada, que o princípio do

contraditório seja mitigado quando não haja qualquer prejuízo para as partes no tocante à realização da sua defesa. É neste sentido que em Portugal, nas situações de “manifesta desnecessidade”, em questões de extrema simplicidade, o contraditório poderá ser afastado, com fundamento no que dispõe o n. 3 do art. 3º do CPC Português:

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

E faz todo o sentido esta opção legislativa. Note-se que a reforma do direito processual civil em Portugal, que culminou no Novo Código de Processo de 2013, acabou por não alterar a redação do Código de anterior (DL n. 329-A/95, de 12 de dezembro) a propósito deste tema. Convém salientar, todavia, que o projeto de reforma partia de um texto diferente, que suprimia a expressão “salvo caso de manifesta desnecessidade”, e sobre esta alteração o Conselho Superior da Magistratura Português se posicionou da seguinte forma:

(...) É suprimida a expressão “salvo caso de manifesta desnecessidade”. A alteração é, a todos os títulos, incompreensível. Se a lei vigente [DL n. 329-A/95, de 12 de dezembro] não fizesse esta ressalva, sempre a sua melhor interpretação seria no sentido de a norma admitir [ou seja, admitir o afastamento do contraditório em caso de manifesta desnecessidade]. A supressão agora proposta tem, no entanto, o inequívoco sentido de afirmar que, mesmo nos casos de manifesta simplicidade, haverá sempre que oferecer o contraditório prévio. (...) ⁽⁷⁾

(7) Disponível em: <[http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=614852 3063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756 447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246 764c7a5a694e6a49344f544d784c546b794f4463744e444a6d5a5331695a544a6b4c54493](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=614852%2063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756%20447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246%20764c7a5a694e6a49344f544d784c546b794f4463744e444a6d5a5331695a544a6b4c54493)>

Diante da possibilidade interpretativa que se abria a partir da redação do projeto de lei, qualquer decisão do juiz que resolvesse uma pendência no processo, ainda que não interferisse na questão litigiosa principal, deveria ser antecedida pela manifestação das partes, e a conclusão prática que o Conselho Superior da Magistratura vaticinava é que a aplicação de forma absoluta do princípio do contraditório poderia trazer problemas graves para o processo:

(...) Um juiz profere por dia dezenas de decisões manifestamente simples (para estes efeitos). Por ano, talvez milhares. Multiplicando estes números pelo universo de juízes, rapidamente concluiremos que a alteração legislativa agora proposta é insustentável, pela inútil demora processual que gerará ⁽⁸⁾.

Não é despidendo notar que o argumento da celeridade processual, levado ao extremo, poderá redundar em soluções perversas que colocam em xeque uma série de garantias igualmente importantes para a condução de um processo equitativo ⁽⁹⁾. A ideia que está aqui subjacente, e que é razoável defender, é a necessidade de otimizar o processo, por impulso do juiz, naquelas situações mais simples. É evidente que a desnecessidade de abrir vistas às partes deve ser motivada, ainda que de forma simples, a fim de que a decisão possa ser sindicada em grau de recurso caso a parte se sinta prejudicada.

O novo direito processual brasileiro, atento às tendências jurídicas mais modernas nesse

24e47526a4e7a5a6d4e44686b597935775a47593d&fich=6b628931-9287-42fe-be2d-264dc76f48dc.pdf&Inline=true, p. 57. 447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5a694e6a49344f544d784c546b794f4463744e444a6d5a5331695a544a6b4c5449324e47526a4e7a5a6d4e44686b597935775a47593d&fich=6b628931-9287-42fe-be2d-264dc76f48dc.pdf&Inline=true>, p. 57.

(8) *Ibidem*, p. 58.

(9) DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça*. Os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 210-211.

campo e tendo sido influenciado pela legislação portuguesa, também não foi indiferente à necessidade de estabelecer certas balizas ao contraditório, excepcionando acertadamente, na legislação infraconstitucional, algumas situações em relação às quais o juiz poderá decidir sem ouvir *previamente* a parte interessada. Segundo o art. 9º do Novo Código de Processo Civil é vedado ao juiz proferir “decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, mas esta regra não será aplicada sempre, nos termos do parágrafo único. Com efeito, quando for provável a existência do direito invocado pelo autor e houver o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo (art. 300 do NCPC) o juiz poderá conceder a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, *inaudita altera parte*, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 9º.

Igualmente, não será aberta a via do contraditório, por força do inciso II do parágrafo único do art. 9º c/c os incisos II e III do art. 311, em sede de tutela de evidência, quando as alegações de fato forem comprovadas documentalmente, quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante ou quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito”. Neste último caso, o juiz deve determinar a entrega do objeto custodiado, sob pena de multa. Por fim, o juiz pode determinar “a expedição do mandado de pagamento, de entrega da coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer”, em sede de ação monitória, e desde que seja evidente o direito do autor, independentemente da manifestação da outra parte, com fundamento no inciso III do art. 9º c/c o art. 701 do NCPC.

É possível que, no caso concreto, surjam outras situações, não previstas no NCPC, que justifiquem um abrandamento do contraditório ou mesmo o seu afastamento, a fim de que a prestação jurisdicional se desenvolva de forma justa, efetiva e útil. O exemplo mais dissonante será, sem dúvida, o conflito entre o princípio do

contraditório (inciso LV do art. 5º da CF/88) e os princípios da celeridade e da razoabilidade quanto à duração do processo (inciso LXXXVIII do art. 5º da CF/88). O legislador português, como visto anteriormente, encontrou numa fórmula geral e abstrata⁽¹⁰⁾ uma alternativa para obviar os malefícios do contraditório na duração do processo, permitindo que o juiz decida, no curso do processo, em situações de manifesta simplicidade, sem abrir vistas às partes. Nada impede que a parte interessada, sentindo-se prejudicada, argua a nulidade da sentença se, de fato, foi prejudicada na sua defesa.

No Brasil, neste tipo de situações ou quando existam no caso concreto princípios ou direitos de cariz constitucional contraditórios entre si, deve-se adotar, em primeira linha, o princípio de interpretação constitucional da concordância prática ou da harmonização, de modo a evitar a prevalência total de um direito, princípio ou interesse em detrimento do outro. Harmonizam-se os interesses em jogo para que cada direito tenha expressão no mundo

(10) O professor José Lebre de Freitas, apesar de arrogar a autoria da fórmula que deu origem à regra de afastamento do contraditório nos casos de “manifesta desnecessidade”, afirmou, em sede de audição no âmbito da apreciação na especialidade da Proposta de Lei n. 113/XII/2.a (GOV), que se deve voltar à previsão normativa que reconhece a aplicação do contraditório de forma mais abrangente, sem exceções. O professor aduz o seguinte: “Meu medo é que sejamos confrontados no futuro com imensos casos de manifesta simplicidade, tal como somos confrontados hoje com casos de manifesta simplicidade para não ter audiência preliminar e tal como somos confrontados com casos de manifesta desnecessidade para não respeitar o princípio do contraditório que, felizmente na proposta desaparece. (...) [Aliás,] devia desaparecer. Eu sou o autor disto. Eu sou o autor desta fórmula e portanto é uma penitência que eu estou aqui a fazer. Quando em 1995/1996 se discutiu o princípio do contraditório eu estava na comissão e pensou-se “há que se restringir ou não?” (...) [Eu estou] profundamente arrependido de facto porque o intérprete, ou seja, os juizes, acham que é sempre manifestamente desnecessário. A audição está disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=94512>>.

dos fatos⁽¹¹⁾. Por outro lado, quando não for possível recorrer à concordância prática, na medida em que a realização de um direito implica necessariamente a impossibilidade de salvar o outro, o conflito só é passível de resolução com o sacrifício de um deles. Neste caso, dever-se-á recorrer à “ponderação” de bens ou princípios, uma ponderação “ad hoc” que se destina a determinar qual destes deverá preponderar no caso concreto e qual aquele que, sendo inferior, deverá ser afastado⁽¹²⁾. Ponderar significa atribuir um “peso” ou “valor” maior ou menor a princípios (e nesta matéria — de interpretação — os direitos fundamentais devem ser entendidos também como princípios), reconhecer que no caso concreto um direito é superior ao outro e por isso deve ser protegido e decidir tendo em vista essa ponderação⁽¹³⁾.

A hierarquia estabelecida a partir desses “pesos” é axiologicamente móvel e só é válida para o caso concreto, o que significa que em outras circunstâncias os valores podem inverter-se. Esta hierarquia “móvel” de bens juridicamente protegidos, que se estabelece quando se realiza o exercício de ponderação de bens constitucionais, é coerente com a ideia de que os direitos e princípios fundamentais têm todos o mesmo valor constitucional.

4. A questão do contraditório no processo do trabalho

Muitas das considerações feitas sobre o princípio do contraditório constante do Código

de Processo Civil podem e devem ser aplicáveis ao processo do trabalho desde que compatíveis com os princípios que o enformam e desde que seja possível conciliá-las com o tipo de relação jurídica material que dá origem ao processo. Sobre isto se falará um pouco nas próximas páginas. De qualquer forma, convém antecipar algo que é óbvio, mas muitas vezes é olvidado quando o assunto é a utilização de regras do processo civil no âmbito do processo laboral: as regras do CPC não podem ser automaticamente aplicadas em caso de omissão da CLT, justamente porque o processo civil é o instrumento por meio do qual se discutem direitos ou interesses juridicamente relevantes no âmbito de uma relação jurídica que pressupõem igualdade de forças entre os interessados e liberdade para agir contratualmente. No processo do trabalho a relação jurídica subjacente ao litígio é profundamente desigual, o trabalhador assume uma postura de dependência ou de submissão em relação aos interesses do empregador e é por isso que as normas de proteção no direito subjetivo e adjetivo existem e fazem todo o sentido para contrariar este estado de coisas.

Um exemplo do que parece ser inconciliável com o processo do trabalho é aquilo que se disse a respeito da flexibilização necessária, à luz do art. 10 do NCPC, do princípio do *iura novit curia*. A posição de fragilidade, de vulnerabilidade, do trabalhador permite conceder-lhe algumas vantagens processuais, nomeadamente a possibilidade de o trabalhador aduzir os fatos que justificam a ação judicial e, mesmo que subsuma mal os fatos às normas ou deixe de indicá-las, o juiz poderá julgar eventualmente acolhendo na totalidade a sua pretensão. Não haverá lugar aqui para a prolação de decisão surpresa se o juiz aplicar normas jurídicas que não foram aventadas pelo reclamante e nem contraditadas pelo reclamado: o contencioso é essencialmente de fato, cabendo ao juiz aplicar a norma correspondente.

Seguindo a linha iniciada no tópico anterior, os problemas que advêm da transposição das

(11) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimp. da 7.ª edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2015. p. 1.225.

(12) “Em rigor (...) deve distinguir-se entre *harmonização* de princípios e *ponderação* de princípios. **Ponderar princípios** significa sopesar, a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor (...) **Harmonizar princípios** equivale a uma contemporização ou transacção entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto a aplicação coexistente dos princípios em conflito.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1241

(13) *Ibidem*, p. 1.236 e ss.

regras do art. 9º e 10 do NCPC para a realidade laboral, ou seja, para o processo do trabalho, não exigem necessariamente, à primeira vista, a aplicação dos métodos de interpretação constitucional para a resolução das situações de maior complexidade, ainda que se pudesse, num maior esforço argumentativo, aplicar as normas constitucionais para descortinar que regras do processo comum são compatíveis (e de que forma são compatíveis) com o processo laboral e com a defesa dos interesses da parte mais vulnerável nas relações de trabalho.

Este exercício de aproximação das legislações (comum e laboral) acaba por ser, de certa forma, facilitado, tendo em vista o disposto no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, e o disposto na Instrução Normativa n. 39 de iniciativa do Tribunal Superior do Trabalho⁽¹⁴⁾. A norma mencionada dispõe sobre as circunstâncias em que se admite, como fonte subsidiária, o processo comum, determinando que isto só possa acontecer em casos de omissão da CLT e desde que a norma seja compatível com o processo do trabalho. Por outro lado, o documento que pretende unificar as práticas judiciais quanto à aplicação do NCPC na Justiça do Trabalho (a IN n. 39 do TST) mais não é do que um guião, não exaustivo e eventualmente incompleto, destinado ao intérprete, tendo como objetivo indicar quais são as normas compatíveis com o processo do trabalho, quais são incompatíveis e quais as que precisam de certas adaptações para serem aplicadas.

A Instrução Normativa parte do pressuposto, que, aliás, parece ser acertado, de que o disposto no art. 15 do NCPC não autoriza a aplicação imediata das normas de processo comum ao processo do trabalho, porque não derroga o que está previsto no art. 769 da CLT. Não derroga, em primeiro lugar, porque esta consequência não é automática no nosso

ordenamento jurídico, conforme é possível depreender do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Também não é possível considerar que houve derrogação em virtude do que dispõe o § 2º do art. 2º do mesmo diploma: “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Não bastassem esses impedimentos, o §2º do art. 1.046 do NCPC reforça ainda mais a conclusão de que o art. 769 da CLT é válido e operante entre nós ao dispor que “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

5. Considerações Finais

Portanto, para que as normas de processo comum sejam aplicadas é imprescindível que o intérprete vislumbre, com nitidez, a congruência delas com o processo do trabalho, e esta congruência ou compatibilidade se afere à luz das características do processo do trabalho, dos valores de direito material e processual que ele protege, bem como os seus princípios enformadores.

No tocante à matéria especialmente tratada nestas páginas, o TST compreendeu, de acordo com o art. 4º da IN n. 39, serem aplicáveis às demandas trabalhistas os arts. 9º e 10 do NCPC: devendo-se considerar “decisão surpresa” aquela proferida no julgamento final da causa com vistas à resolução do mérito, em qualquer grau de jurisdição, desde que pressuponha a aplicação de fundamento jurídico ou esteja alicerçada em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

Não poderá ser considerada “decisão surpresa”, por outro lado, e segundo àquela Corte, a decisão que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios próprios do direito

(14) Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>.

processual, era já esperada pelas partes, poderia ser antecipada ou, no limite, as partes tinham obrigação de a prever. Neste sentido, as decisões que versam sobre as condições da ação, os pressupostos de admissibilidade de recurso e os pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário, podem ser proferidas, e serão válidas, ainda que a parte afetada não tenha se manifestado prévia e expressamente sobre o assunto. Parte-se aqui do pressuposto de que as partes, antes da decisão, podiam, conhecendo as regras e princípios de direito, superar os vícios de forma a fim de evitar a extinção prematura do processo.

Neste sentido, havendo falha de qualquer das partes quanto àqueles elementos, não haverá outro resultado senão a extinção do processo sem resolução do mérito ou denegação do seguimento do recurso ao juízo *ad quem*, salvo naquelas situações em que a própria lei dispõe sobre a possibilidade de a parte em falta regularizar a situação ou resolver a insuficiência (§ 1º do art. 485 do NCPC).

Em outras palavras, e como regra, se não há outra decisão possível diante das circunstâncias que se apresentam no processo, parece ser absolutamente dispensável que o juiz do trabalho, antes de a proferir, advirta às partes das consequências da não observância das normas de processo que estão previstas igualmente no mesmo conjunto de normas. As partes, tendo em vista que são representadas por seus advogados, têm obrigação de prever que a não observância de alguns cuidados formais, nomeadamente em relação às condições da ação, pressupostos processuais e pressupostos de admissibilidade do recurso, impedirá que a sua pretensão, a questão de fundo suscitada, possa ser analisada. O jurisdicionado deve, portanto, não obstante a alteração legislativa, continuar atuando por meio dos seus representantes de forma diligente e vigilante, seguindo as normas de natureza estritamente formal, a fim de que a sua pretensão chegue a bom porto.

Decidir sem a audição prévia relativamente à aplicação de uma determinada solução não

parece afrontar o princípio do contraditório. O que a IN n. 39 fez foi tornar expressa uma orientação interpretativa que impede que o mencionado princípio seja concebido e concretizado de forma excessivamente formalista, abrangente e desarrazoada. Se a decisão judicial partir de informações ou apreciações equivocadas sob a ótica da parte, possibilidade que se admite sobretudo no tocante à apreciação das condições da ação (ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes), ela poderá sempre propor o recurso competente e assim o acesso à justiça não sofrerá qualquer ameaça.

Apenas uma interpretação que não conceba o princípio do contraditório de forma absoluta e extensa é compatível com a teleologia do direito processual do trabalho. Note-se que o excesso de formalismo processual, no sentido de tornar o processo menos fluido, mais dependente da iniciativa das partes, é contrária a ideia de gestão e de direção processual pelo juiz do trabalho. A exigência de manifestação das partes relativamente a qualquer tipo de decisão proferida no curso do processo não apenas torna excessivamente lenta a prestação jurisdicional como também beneficia a parte culpada em prejuízo do trabalhador que, normalmente, se encontra em situação de desemprego e, consequentemente, mais carente de uma resposta do judiciário. Nas relações marcadas pela desigualdade de forças, de desequilíbrio na relação jurídica material, quanto maior o tempo gasto na resolução do litígio, maiores os prejuízos sofridos pela parte mais vulnerável, porque o tempo está do lado do mais forte, do empregador incumpridor, e, nesta medida, o tempo contribui para a denegação da justiça.

6. Referências bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimp. da 7.ª edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2015.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça*. Os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 109, jan./dez. 2014.

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a->

5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e-7662576c7a633246764c7a5a694e6a-49344f544d784c546b794f4463744e444a-6d5a5331695a544a6b4c5449324e47526a-4e7a5a6d4e44686b597935775a4759-3d&fich=6b628931-9287-42fe-be2d-264dc76f48dc.pdf&Inline=true>.

<<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a-27f1fe>>.

O litisconsórcio no CPC/2015 e seus reflexos no processo trabalhista

Marcelo Rodrigues Prata^(*)

Resumo:

- ▶ A proposta do presente trabalho é introduzir o leitor no sistema do litisconsórcio no CPC/2015, dando-lhe uma noção básica do que o referido diploma representa em termos de novidade em relação ao antigo CPC/1973. Vale dizer, não se pretende aqui apresentar uma concepção profunda a respeito da nova sistemática litisconsorcial do CPC/2015, mas apenas uma primeira ideia a respeito. Além disso, trataremos dos reflexos da inovação referida no processo trabalhista.

Abstract:

- ▶ The aim of this work is to introduce the joinder system of the CPC/2015 (New Code of Civil Procedure) to the readers, thereby familiarizing them with the innovations of the present one in comparison with the previous CPC (Code of Civil Procedure, 1973). Note that it is not in its purpose to present a deep understanding of the new structure, but instead to convey first impressions, in addition to how the changes affect labor law judicial proceeding.

Palavras-chave:

- ▶ Litisconsórcio — Novo CPC — Processo do trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceito de litisconsórcio
- ▶ 3. Classificação do litisconsórcio
- ▶ 4. O sistema litisconsorcial do CPC/2015

(*) Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Aprovado no Curso de Especialização em Processo — Pós-Graduação “*Lato Sensu*”, promovido pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador do TRT da 5ª Região. Professor

do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade Farias Brito. É Autor dos livros: *A prova testemunhal no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005; *Anatomia do assédio moral no trabalho*. São Paulo: LTr, 2008; *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*. São Paulo: LTr, 2013; *Assédio moral no trabalho sob novo enfoque: cyberbullying, “indústria do dano moral”, carga dinâmica da prova e o futuro CPC*. Curitiba: Juruá, 2014.

- ▶ 5. Limitação do número de litisconsortes
 - ▶ 5.1. Procedimento quanto à limitação do número de litisconsortes facultativos
- ▶ 6. Distinção entre litisconsórcio necessário e unitário
- ▶ 7. Litisconsórcio unitário
 - ▶ 7.1. Litisconsórcio unitário facultativo
- ▶ 8. Litisconsórcio necessário
 - ▶ 8.1. Litisconsorte necessário unitário passivo
 - ▶ 8.1.1. Consequências da falta de formação do litisconsórcio necessário unitário passivo
 - ▶ 8.1.2. Consequências da falta de formação do litisconsórcio necessário comum passivo
 - ▶ 8.2. A controvérsia sobre a possibilidade do litisconsórcio necessário ativo
- ▶ 9. Princípio da autonomia dos colitigantes
 - ▶ 9.1. “Autonomia” dos colitigantes no litisconsórcio unitário
 - ▶ 9.2. Autonomia dos colitigantes no litisconsórcio unitário facultativo
 - ▶ 9.3. Iniciativa processual e intimação dos colitigantes
- ▶ 10. Considerações finais
- ▶ 11. Referências bibliográficas

Um galo sozinho não tece uma manhã: ele precisará sempre de outros galos. De um que apanhe esse grito que ele e o lance a outro; de um outro galo que apanhe o grito de um galo antes e o lance a outro; e de outros galos que com muitos outros galos se cruzem os fios de sol de seus gritos de galo, para que a manhã, desde uma teia tênue, se vá tecendo, entre todos os galos.

E se encorpando em tela, entre todos, se erguendo tenda, onde entrem todos, se entretendendo para todos, no toldo (a manhã) que plana livre de armação. A manhã, toldo de um tecido tão aéreo que, tecido, se eleva por si: luz balão. (Tecendo a Manhã, João Cabral de Melo Neto)

1. Introdução

Muito embora, naturalmente, não esteja imune a críticas, o CPC/2015 insofismavelmente representa um avanço em relação ao CPC/1973, ao adaptar o processo civil às exigências da Constituição, mais precisamente no que toca à *estabilidade, coerência e integridade*

do sistema jurídico pátrio.⁽¹⁾ Tudo em homenagem aos *princípios do devido processo legal, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia*. Além disso, o legislador do CPC/2015 incorporou algumas das críticas feitas ao CPC/1973 pela doutrina e pela jurisprudência, sem, contudo, alterar os alicerces teóricos do instituto.

Tratando-se o presente trabalho de um artigo, que, *ipso facto*, não permite maior aprofundamento de um tema da dimensão do instituto do litisconsórcio, concentremos nossa atenção nas inovações legais trazidas pelo CPC/2015, mais precisamente no que toca ao seu *Livro III – Dos sujeitos do processo, Título II – Do litisconsórcio*.

Por outro lado, estudaremos os reflexos da inovação advinda do CPC/2015 ao processo

(1) BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti e revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 211-269.

trabalhista. Ressaltando-se, de logo, que o único dispositivo da CLT a respeito do instituto do litisconsórcio é o referente à *reclamação plúrima* (art. 842),⁽²⁾ o que nos remete quase que inteiramente à disciplina do CPC/2015.

2. Conceito de litisconsórcio

A propósito, do termo litisconsórcio temos:

Pelo sentido literal das palavras latinas, que compõem o vocábulo (*litis, cum, sors*), obtém-se o seu exato conceito: *lis, litis* — processo; pleito; *cum*, preposição que exprime a ideia de junção; *sors, sortis*, quinhão, resultado, sorte.

Litisconsórcio, pois, quer exprimir ou indicar a reunião ou a presença de várias pessoas no processo, que outrem mesmo intentou, ou contra quem foi intentado, para defesa de interesses, que se mostram comuns, conexos ou afins.⁽³⁾

Por sinal, Cândido Rangel Dinamarco professa que o litisconsórcio pode ser entendido

[...] como a situação caracterizada pela coexistência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou do lado passivo da relação processual, ou em ambas as posições [...]. [...] O que caracteriza o litisconsórcio é essa presença simultânea de pessoas que, de alguma forma, adquiriram a qualidade de autores ou de réus no mesmo processo (aquisição da qualidade de parte...) [...].⁽⁴⁾

Noutros termos, existe litisconsórcio quando há *dois ou mais autores ou réus numa mesma relação jurídica processual*. Diga-se, de logo, que é a *relação jurídica de direito material* que vai determinar a existência do litisconsórcio, bem como a sua tipicidade.⁽⁵⁾ Vale dizer, o

litisconsórcio é um típico *instituto bifronte*, ou seja, igualmente importante tanto para o direito processual quanto para o material, considerando que embora regulado pelo primeiro, no que toca aos seus efeitos práticos, está, outrossim, sob o pálio do segundo quanto à sua essência.⁽⁶⁾ “O que justifica o cúmulo subjetivo, *in casu*, é o direito material disputado tocar a mais de um titular ou obrigado, ou é a existência de conexão entre os pedidos formulados pelos diversos autores ou opostos aos diversos réus.”⁽⁷⁾

3. Classificação do litisconsórcio

O litisconsórcio recebe *classificação* da doutrina como *inicial* ou *ulterior*. O primeiro ocorre quando ele é formado já no momento da protocolização da exordial, o segundo quando isso ocorre em ocasião posterior, na hipótese, *e. g.*, de litisconsorte necessário não arrolado pelo autor (art. 115, parágrafo único do CPC/2015) ou transferência da coisa litigiosa (art. 109 do CPC/2015).

Poderá ainda o litisconsórcio ser classificado como *ativo*, *passivo* ou *misto*, quando seja, respectivamente, formado entre autores ou réus ou por ambos.

Além disso, o litisconsórcio poderá ser *necessário* ou *facultativo*. O primeiro na hipótese em que a sua formação seja *condição de legitimidade* para o ajuizamento da ação, sob pena de *extinção do processo sem resolução do mérito* (ou nulidade se esta for proferida quanto ao mérito), tratando-se de uma *relação jurídica de direito material una e indivisível* que envolva autores, réus ou ambos. Enquanto que o segundo existe tão somente por uma questão de *economia processual e isonomia*, evitando-se que

(2) “Sendo várias as reclamações e havendo identidade de matéria, poderão ser acumuladas num só processo, se se tratar de empregados da mesma empresa ou estabelecimento.”

(3) SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 100-101.

(4) *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39-40.

(5) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 192.

(6) PRATA, Marcelo Rodrigues. Prescrição de ofício — o novo § 5º do art. 219 do CPC, com a redação da Lei n. 11.280/06. In: CHAVES, Luciano Athayde. (Org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTR, 2007.

(7) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 333.

sentenças dispares sejam exaradas em relação a um fato de interesse comum aos legitimados.

Saliente-se, contudo, que, em regra, o litisconsórcio é facultativo, em homenagem ao *princípio do acesso à Justiça*. (Art. 5º, XXXV da CF/1988).

Finalmente, o litisconsórcio é classificado como *unitário* ou *comum*. O primeiro ocorre quando se trate de uma *relação jurídica de direito substancial una e indivisível* que exija decisão *uniforme* para todos os integrantes de um ou de ambos os polos da ação, sob pena de nulidade. Já o segundo comporta decisões diversas em relação aos colitigantes.

4. O sistema litisconsorcial do CPC/2015

O CPC/2015 tem o seu sistema litisconsorcial basicamente delineado nos seguintes dispositivos:

Art. 113 – Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II – entre as causas houver conexão pelo **pedido** ou pela causa de pedir;

III – ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. [...]. (Grifamos.).

E ainda:

“Art. 114 – O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”. (Grifos nossos.).⁽⁸⁾

Vale dizer, a leitura conjunta dos artigos mencionados temos tanto as hipóteses de *litisconsórcio facultativo* quanto a do *necessário*.⁽⁹⁾

(8) Diz o CPC/1973: “Art. 47 – Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

(9) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 336-337.

Saliente-se, de logo, que foi muito feliz o legislador do CPC/2015 quando espancou a confusão havida no CPC/1973 entre duas figuras distintas, embora caminhem paralelamente, quais sejam: a do *litisconsórcio necessário* e a do *litisconsórcio unitário*, como veremos adiante.

Passemos à análise do art. 113 do CPC/2015 no qual se dispõe genericamente sobre as várias espécies de litisconsórcio.

O *caput* do art. 113 e seus três incisos do CPC/2015 diferem um pouco da antiga regulamentação do litisconsórcio prevista no CPC/1973, mais precisamente no *caput* do art. 46 e em seus quatro incisos⁽¹⁰⁾. Aliás, no *caput* dos artigos em confronto não há diferenças.

No que tange à **comunhão de direitos ou de obrigações** (art. 113, I do CPC/2015), trata-se da hipótese envolvendo *bens de condôminos* (arts. 1.314 do CC/2002) ou da dos *cônjuges em ações reais imobiliárias* (art. 1.647 do CC/2002 e art. 73 do CPC/2015). Por sua vez, temos como exemplos no processo trabalhista o caso do *grupo econômico* (art. 2º, § 2º da CLT) ou o da *subempregada* (art. 455 da CLT).⁽¹¹⁾

Por outro lado, em relação à *técnica legislativa* da redação do inciso I, *in fine*, o legislador do CPC/2015 repetiu o termo “lide” (conflito de interesses entre as partes, qualificado por uma pretensão resistida)⁽¹²⁾ ao invés de “mérito” (relação jurídica material submetida à apreciação do juiz)⁽¹³⁾. Lamentavelmente, *perdeu-se a*

(10) Art. 46 – Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

(11) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 108-110.

(12) CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. v. I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. p. 78.

(13) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 222-223.

chance aí de um aprimoramento legislativo tecnicamente importante, porquanto o termo *mérito* é mais abrangente do que a expressão *lide*, uma vez que esta última não abarca as situações nas quais não haja um conflito intersubjetivo. Assim, e.g., um cidadão pode ingressar em juízo com uma *ação declaratória pura* com o único intento de eliminar dúvidas quanto à *existência de uma relação jurídica* ou no que tange à *autenticidade de um documento*.

Por sua vez, quanto à **conexão pelo pedido ou pela causa de pedir** (art. 113, II do CPC/2015), temos a hipótese dos inquilinos parciais em uma ação de despejo. Já na seara trabalhista afigura-nos o exemplo a despedida coletiva de empregados que resolvem ajuizar uma única ação contra a ex-empregadora.

Por outro lado, no que tange à *técnica legislativa* o inciso II do artigo em comento praticamente repete o inciso III do art. 46 do CPC/1973, apenas substituindo a expressão “objeto” por “pedido” em prol da clareza, muito embora o significado processualmente seja o mesmo. De outro lado, saliente-se que a *causa de pedir* são os *fundamentos de fato e de direito* que embasam o referido pedido, lembrando que o réu igualmente pode apresentar *reconvenção*, com sua respectiva causa de pedir (art. 343 do CPC/2015).

Finalmente, em relação à **afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito** (art. 113, III do CPC/2015) “aqui não há conexão, pois os fatos jurídicos não são os mesmos, apenas *afins*”.⁽¹⁴⁾ Seria o caso da *ação pauliana* na qual vendedor e comprador respondem em litisconsórcio necessário passivo pela suposta *fraude contra credores* (arts. 158 e ss. do CC/2002).⁽¹⁵⁾ A propósito, temos na órbita trabalhista a típica reclamação plúrima (art. 842 da CLT) na qual, e.g., vários trabalhadores de uma mesma empresa que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento pedem horas extras pelo descumprimento da jornada de seis horas (art. 7º, inciso XIV da CF/1988).

(14) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 338.

(15) *Idem*.

Por outro lado, quanto à *técnica legislativa*, ressalte-se que o inciso III do art. 113 apenas copia o inciso IV do art. 46 do CPC/1973.

Aliás, não se pode relegar ao oblívio que o **inciso II do art. 46 do CPC/1973** não foi reproduzido pelo CPC/2015, salientando-se que aquele possui a seguinte redação: “II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; ...”. Isso se deve ao fato de que, em verdade, isso era desnecessário por superfetação, haja vista que o inciso III do art. 46 do CPC/1973 (inc. II do art. 113 do CPC/2015) já autoriza o litisconsórcio quando “... entre as causas houver conexão pelo objeto ou causa de pedir...”.

5. Limitação do número de litisconsortes

Reza o CPC/1973:

Art. 46 – [...] Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

Por sua vez, dispõe o CPC/2015:

Art. 113 – [...].

§ 1º - O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes **na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução**, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa **ou o cumprimento da sentença**. [...]. (Realçamos.).

Como vimos, o CPC/2015 deixou clara a possibilidade de limitação do número de litisconsortes na fase executória, o que só se aplica, evidentemente à hipótese do *litisconsórcio facultativo*. A propósito, o *número excessivo de cointeressados* ou a *complexidade das situações* fático-jurídicas de uma parcela dos sujeitos, ou mesmo a de cada um dos autores, pode não recomendar que as respectivas relações jurídicas de direito material sejam conhecidas num mesmo processo. Há limitações práticas em termos de *número legal de testemunhas*, volume

de documentos a ser analisados e peculiaridades dos fatos, v.g., que podem retardar em muito o deslinde do feito.

Além disso, o grande número de litigantes pode dificultar o *cumprimento da sentença*, principalmente no que toca à fase de *liquidação*. Assim, o ganho aparente representado pelo aforamento de uma única ação por um conjunto de autores ou contra um grupo de réus poderá produzir um efeito oposto ao inicialmente vislumbrado.

Por seu turno, o excessivo número de colitigantes pode igualmente prejudicar o *amplo exercício do direito de defesa* (art. 5º, LV da CF/1988), levando-se em conta o *prazo limitado* com o qual o réu contará para produzir seu contra-ataque.

5.1. Procedimento quanto à limitação do número de litisconsortes facultativos

Dispõe o CPC/2015:

Art. 113 – [...].

[...]

§ 2º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomençará da intimação da decisão que o solucionar.

Não há dispositivo correspondente no CPC/1973. Assim, o CPC/2015 deixa claro que o pedido de limitação do número de *litisconsortes facultativos interrompe o prazo para manifestação ou resposta* — conforme seja requerido pelos sujeitos do polo ativo ou passivo —, que, por sua vez, recomençará a partir da intimação da decisão que o apreciar.

É importante frisar que o juiz, mesmo *ex officio*, poderá determinar o *desmembramento* do feito, designando quais serão os litigantes que permanecerão na lide e quais serão os *excluídos*, estes últimos deverão produzir *cópias da petição inicial* e dos *documentos comuns*, no prazo determinado, viabilizando-se, assim, a *redistribuição* das novas ações, mas *por dependência* em relação ao juízo originário.

Por outro lado, o legislador não diz quais as consequências para os colitigantes que se mantiverem inertes. A solução mais lógica seria a de que *na própria decisão de desmembramento já constasse que a omissão implicará a extinção do processo sem resolução de mérito*.⁽¹⁶⁾

No processo trabalhista contra a *decisão interlocutória* que apreciar limitação do número de litisconsortes facultativos caberá tão somente a reclamação correicional ou o mandado de segurança, forte no art. 893, § 1º da CLT e na SUM-214/TST.

6. Distinção entre litisconsórcio necessário e unitário

Enquanto o CPC/1973 diz:

Art. 47 – Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Prescreve o CPC/2015:

Art. 114 – O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

A propósito, a redação obscura do art. 47 do CPC/73 gera muitas dúvidas, prestando-se a que se *confunda o litisconsórcio unitário com o necessário*, muito embora *a unitariedade e a necessariedade sejam fenômenos distintos*, ainda que caminhem juntos. Incerteza essa que o art. 114 do CPC/2015 evita ao excluir a expressão “... o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes...”. Além disso, igualmente prescreve o CPC/2015: “art. 116 – O litisconsórcio será unitário quando,

(16) Aliás, caso a decisão em foco não o preveja, o próprio NCPD determina: “Art. 485 – O juiz não resolverá o mérito quando: [...] III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; [...] § 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias...”.

pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”, dispositivo sem correspondência no CPC/1973.

Ressalte-se que o *litisconsórcio unitário* se dá pela própria natureza das coisas, ou seja, por força do *tipo incindível de relação jurídica de direito material* controvertida em juízo, de maneira que todos os interessados deverão ser abrangidos pelos mesmos efeitos da sentença, ainda que não integrem a relação jurídica processual, sob pena de esta decisão conduzir ao absurdo, tornando-se inútil.⁽¹⁷⁾

Os exemplos práticos nos ajudam a entender melhor o instituto do *litisconsórcio unitário* em questão. Assim, a sentença proferida numa *ação de anulação de casamento*, ajuizada pelo MP, deverá atingir *ambos os cônjuges* da mesma maneira (art. 1.549 do CC/2002). Afinal, seria inadmissível que um deles se visse livre do vínculo matrimonial, enquanto que o outro permanecesse com o estado de casado.

Da mesma forma isso ocorre numa sentença que defira a *anulação de assembleia de sociedade anônima* (art. 286 da Lei n. 6.404/1976), hipótese que afetará todos os sócios igualmente, sendo absurdo pensar que só para aquele que ingressou com a ação em comento seja nula a aludida assembleia.

Por outras palavras, nos casos em que a *relação jurídica de direito material é incindível* não se pode prever soluções processuais distintas para os seus integrantes no plano do direito substantivo.

Muito embora, na prática, esta distinção seja difícil, haja vista que ambas as figuras caminham *pari passu*, não se podem confundir as hipóteses de *litisconsórcio necessário* e *unitário*. A *necessariedade* e a *unitariedade* consistem em *dois momentos* bem distintos a serem examinadas quando se aborda o problema do *litisconsórcio*.

É essencial perceber que *necessariedade* de aglutinação de litigantes em um ou em ambos os polos de uma mesma relação processual deve ser examinada **no momento da formação do processo**. Trata-se de **condição de legitimidade**, porquanto, em regra, *um só integrante* de uma mesma *relação de direito material indivisível* não pode participar sozinho de um dos polos da ação, haja vista que a *sentença* que apreciará o mérito deverá ser *homogênea* para todos. Assim sendo, salvo disposição em contrário, a falta de um dos interessados na hipótese do *litisconsórcio necessário* implicará a **extinção do processo sem resolução do mérito** — ou **nulidade** se decisão de mérito for proferida sem a percepção da existência do *litisconsórcio necessário*.

Já a *unitariedade* se refere à **fase de sentença**. A decisão deve ser *homogênea* para todos os litisconsortes, por força da *incindibilidade* da relação jurídica de direito substantivo havida entre eles.⁽¹⁸⁾

Em suma, a *necessariedade* e a *unitariedade* são *fenômenos distintos*, mas que *andam lado a lado*. A princípio, ambos os institutos derivam da existência da *indivisibilidade da relação jurídica de direito material*, típica de determinados tipos de liames havidos no âmbito do direito substancial. Todavia, a *necessariedade* está relacionada com a figura da *legitimidade processual*, por conseguinte, deve ser aferida *no momento da formação da relação processual*. Enquanto que a *unitariedade* se refere à *homogeneidade da sentença* para os sujeitos aglutinados em um polo da relação processual, portanto, trata-se de fenômeno a ser avaliado *no momento do proferimento da sentença*.

7. Litisconsórcio unitário

O *litisconsórcio unitário* tem como pressuposto lógico o fato de que a sentença seja *uniforme* em relação a todos os colegitimados,

(17) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 135-136.

(18) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. Ob. cit., p. 121.

sem se questionar a natureza facultativa ou necessária do litisconsórcio.⁽¹⁹⁾

Teoricamente, considerando que tanto a *necessariedade* quanto a *unitariedade* derivam da existência da *incindibilidade de determinadas relações jurídicas de direito material*, sempre que houvesse litisconsórcio unitário deveria haver aí igualmente o litisconsórcio necessário. Ocorre que este último pode representar um *obstáculo ao livre exercício do direito de ação* (art. 5º, XXXV da CF/1988), uma vez que enquanto não formado o litisconsórcio necessário por todos os interessados não haveria então a *legitimidade de parte* (*legitimatio ad causam*), *condição da ação* sem a qual o processo é extinto sem resolução do mérito.

Pensando nisso, o legislador resolveu promover uma *abertura no sistema processual* para admitir hipóteses excepcionais nas quais a *indivisibilidade de certas relações jurídicas de direito substantivo* não acarretasse a *necessariedade* do litisconsórcio, posto que aí a *unitariedade* não possa ser dispensada.

Assim, temos os seguintes exemplos clássicos da *unitariedade sem a necessariedade* do litisconsórcio, ou seja, de **litisconsórcio unitário facultativo**: (a) *ação de anulação de casamento*, que pode ser promovida por qualquer interessado ou pelo MP (art. 1.549 do CC/2002); (b) *ação reivindicatória de coisa comum* que pode ser ajuizada por quaisquer dos condôminos (art. 1.314 do CC/2002); (c) *ação de dissolução de sociedade* que pode ser aforada por qualquer acionista (art. 206 da Lei n. 6.404/1976); (d) *ação popular* que pode ser manejada por um único cidadão (art. 5º, LXXIII da CF/1988); e (e) *ação civil pública*, possuindo qualidade para agir o Ministério Público, a Defensoria Pública, pessoas jurídicas de direito público ou associação (art. 5º da LACP).

Por outro lado, em todas as hipóteses nas quais *uma mesma relação jurídica material*

indivisível seja objeto de uma ação na qual não estejam presentes em um dos polos todos os interessados o legislador previu fórmulas para evitar o risco de *decisões conflitantes*, como veremos mais adiante.⁽²⁰⁾

7.1. Litisconsórcio unitário facultativo

O *litisconsórcio unitário facultativo ativo* é aquele que exige uma *sentença homogênea* para todos os autores aglutinados numa mesma relação processual, por força da própria relação jurídica de direito material deduzida em juízo (*unitariedade*). Todavia, se algum interessado não integrar o polo ativo isso não implicará carência de ação por falta de legitimidade para agir, haja vista que não existe aí a *necessidade* da presença de todos os interessados reunidos (*necessariedade*). A exemplo do que ocorre nas ações de *anulação de casamento*, *reivindicatória de coisa comum*, *dissolução de sociedade* etc. Já no processo do trabalho temos a hipótese da *reclamação plúrima* (art. 842 da CLT).

Todavia, a depender do caso concreto, pode ser *conveniente* que todos os interessados integrem o mesmo polo ativo, considerando que a sentença será idêntica para eles. Contudo, é claro, que isso não implique tumulto processual, retardando o desfecho do processo, prejudicando o direito de defesa das partes ou o cumprimento da sentença (art. 113, § 1º do NCPC).

Por outras palavras, a presença do *litisconsorte unitário facultativo ativo*, obviamente, *não é necessária, mas pode ser de todo conveniente*, evitando-se que aqueles que ignoravam a tramitação do processo em questão venham a futuramente se insurgir contra a sentença, provocando maior retardamento no desfecho do processo.

A propósito, o art. 996 do CPC/2015 diz que o recurso pode ser interposto pelo *terceiro prejudicado*, bastando que demonstre a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica

(19) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 339-340.

(20) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. Ob. cit., p. 191-195.

substancial deduzida em juízo atingir direito de que se afirme titular ou que possa defender em juízo como substituto processual. Não fora isso o bastante, o art. 975, § 3º do CPC/2015 garante que nas hipóteses de simulação ou colusão das partes, o prazo para ingressar com *ação rescisória* começa a contar para o *terceiro prejudicado* a partir do momento em que tiver ciência da simulação ou da colusão. Isso se aplica, *mutatis mutandis*, ao Ministério Público que não interveio no processo como parte ou fiscal da lei nas causas de seu interesse.

Saliente-se que na falta de cointeressados na hipótese do *litisconsórcio unitário facultativo* haverá em face deles a *extensão subjetiva dos efeitos naturais da sentença*, evitando-se o *conflito de decisões*, a exemplo do que ocorre na ação anulação de assembleia de sociedade anônima que tenha sido intentada por apenas parte dos sócios.⁽²¹⁾ Não confundir, contudo, com a *autoridade da coisa julgada*, que é limitada às partes (art. 506 do CPC/2015). Vale dizer, se a sentença lhe for favorável, não há *interesse de agir* — arts. 17, 485, II, 330, III e 996 do CPC/2015 — para que o terceiro colegitimado se insurja contra ela, mas se lhe for *prejudicial* possui os mencionados remédios processuais cabíveis para guerreá-la.

8. Litisconsórcio necessário

Tratando-se de *relação jurídica de direito substancial una e incidível* o litisconsórcio será necessário. Ele tem como pressuposto lógico a ideia de que uma sentença não poderá ser eficaz em relação ao cointeressado que não tenha sido parte no processo.⁽²²⁾

Além disso, o legislador, *excepcionalmente*, resolveu que em certas situações o litisconsórcio será necessário *mesmo quando não houver incidibilidade de determinadas relações jurídicas de direito material* em que se baseiam as ações respectivas. Trata-se aqui de uma *opção*

política tendo vista a *utilidade prática* de se resolver uma situação de *conflito social* por intermédio de *uma única sentença*, mesmo que esta não possua efeitos homogêneos para todos os colitigantes, ou seja, quando houver *litisconsórcio necessário e comum* (não unitário) por parte dos réus.

O exemplo clássico é o da *ação de usucapião de imóvel*, na qual “... os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio...” (§ 3º do art. 246 do CPC/2015), além daqueles que *possuem escritura pública do imóvel devidamente registrada em seu nome*, eventuais *possuidores* (Súmula n. 263 do STF) e a *União* quando se tratar de imóvel contíguo a terreno de marinha.

Aliás, o art. 73 do CPC/2015 diz que ambos os cônjuges serão necessariamente citados para em ação que *verse sobre direito real imobiliário*. Além disso, o mesmo Código determina que deverá haver a intimação de ambos os cônjuges quando penhorado bem do casal.⁽²³⁾

Temos ainda outros exemplos de *necessariedade por força de lei* nas ações: (a) de *dissolução total de sociedade* (art. 206 da Lei n. 6.404/1976); (b) de *remissão de imóvel hipotecado* (art. 1.478 do CC/2002); (c) *discriminatória de terras públicas* (arts. 4º, 10 e 19, II Lei n. 6.383/1976.); e (d) na *ação popular* (art. 6º da Lei n. 4.717/1965).⁽²⁴⁾

8.1. Litisconsorte necessário unitário passivo

Esta modalidade de litisconsórcio ocorre *pela própria natureza das coisas*, rediga-se, quando uma determinada relação jurídica de direito substancial exija que, *já na formação do processo*, os réus estejam presentes numa *idêntica relação processual (necessariedade)*,

(21) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 347-348.

(22) *Ibidem*, p. 339.

(23) “Art. 842 – Recaindo a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, será intimado também o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens.”

(24) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. Ob. cit., p. 196-201.

de modo que seja a *sentença homogênea* para todos aqueles que se encontrem numa *mesma situação de direito material (unitariedade)*. A propósito, na seara trabalhista, o TST baixou a SUM-406.⁽²⁵⁾

8.1.1. Consequências da falta de formação do litisconsórcio necessário unitário passivo

No que tange à falta de formação do *litisconsórcio necessário unitário passivo*, a carência desta *condição da ação* — não saneada mesmo após a concessão de prazo para tanto — implicará a *extinção do processo sem resolução do mérito*, por *falta de legitimidade processual* no polo passivo da ação. Aliás, diz o CPC/2015: “Art. 115 – [...] Parágrafo único. Nos casos de **litisconsórcio passivo necessário**, o juiz **determinará** ao autor que **requiera** a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de **extinção do processo**”. (Grifamos)

Por sua vez, caso o juízo da instância originária ignore a *ausência de formação do litisconsórcio necessário unitário* e profira assim mesmo a respectiva *decisão terminativa de mérito*, caberá aí o *recurso de apelação* (arts. 1.011 e ss. do CPC/2015), com o objetivo de se obter a declaração da sua *nulidade*.⁽²⁶⁾ Se não, vejamos: “Art. 115 – A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I – **nula**, se a decisão deveria ser **uniforme** em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; ...”. (Grifamos)

8.1.2. Consequências da falta de formação do litisconsórcio necessário comum passivo

O *litisconsórcio necessário comum passivo* é aquele que *não decorre de uma relação substancial indivisível*, mas é *artificialmente criado pelo legislador*, em virtude da *conveniência prática* de que integre *idêntico polo passivo* da relação processual um grupo de indivíduos, de modo que *uma única sentença* possa resolver o mesmo *conflito social* deduzido em juízo, daí por que *a decisão respectiva não será unitária*, ou seja, *uniforme* para os mesmos sujeitos passivos aglutinados. A propósito, reza o CPC/2015:

Art. 115 – A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I – **nula**, se a decisão deveria ser **uniforme** em relação a todos que **deveriam ter integrado** o processo;

II – **ineficaz**, nos **outros casos**, apenas para os que não foram citados. [...]. (Grifamos)

Por outras palavras, aquele indivíduo que, por força de lei, deveria estar junto com um grupo de litigantes no polo passivo da relação processual, mas não foi citado *não ficará submetido à autoridade da coisa julgada material*, ou seja, a *sentença* para ele será *ineficaz*.⁽²⁷⁾

O objetivo do legislador aí foi o de *privilegiar a economia processual*, considerando o grande desperdício de energia e dinheiro que ocorreria com a *declaração de nulidade do processo desde o seu início*, na hipótese em que *a formação do litisconsórcio não é exigida pela natureza mesma das coisas* — pela *indivisibilidade da relação jurídica de direito substancial* deduzida em juízo — mas por *mera conveniência prática*.

(25) AÇÃO RESCISÓRIA. LITISCONSÓRCIO. NECESSÁRIO NO POLO PASSIVO E FACULTATIVO NO ATIVO. INEXISTENTE QUANTO AOS SUBSTITUÍDOS PELO SINDICATO. I – O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide. [...].

(26) Já no processo trabalhista, cabível é o *recurso ordinário* (art. 893, II da CLT).

(27) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 195.

Assim, tendo em vista que o *litisconsórcio necessário comum passivo não implica sentença unitária* para todos os réus, aqueles que deveriam ser citados, em virtude de dispositivo expresso, mas não o foram, consequentemente, não serão submetidos à autoridade da coisa julgada material assim formada, que é limitada às partes (art. 506 do CPC/2015), mas apenas à *eficácia natural da sentença*,⁽²⁸⁾ logo, *poderão exercer livremente seu amplo direito de defesa, em processo distinto, se assim pretenderem*.

Além disso, *poderão recorrer da sentença proferida no processo original ou ingressar com ação rescisória contra ela, haja vista que aí possuem legitimidade para agir*.

Por outro lado, aqueles cointeressados que não foram citados poderão intervir no processo original *em qualquer fase*, todavia, *o recebendo no estado em que se encontrar* — à semelhança do que ocorre com o réu revel, art. 346, parágrafo único do NCP.

8.2. A controvérsia sobre a possibilidade do litisconsórcio necessário ativo

Muito embora existam pessoas que façam parte de uma mesma relação jurídica de direito material *única e incindível*,⁽²⁹⁾ cuja apreciação

em juízo mereceria apreciação uniforme para todos, o legislador brasileiro, atento à ideia de que *ninguém pode ser constrangido a demandar* (art. 5º, II da CF/1988), bem como ao fato de que a recusa de parte dos legitimados não pode implicar empecilho ao *direito de ação* de outrem (art. 5º, XXXV da CF/1988),⁽³⁰⁾ praticamente fechou a possibilidade de existência do *litisconsórcio necessário ativo*. Assim, o CC/2002 regulou a situação dos *sucessores* na defesa de sua herança, dos *condôminos* quanto à propriedade comum, bem como a dos *credores ou devedores solidários* quanto ao cumprimento da obrigação — arts. 267, 275, 1.314 e 1.791.

Não fora isso o bastante, o legislador pátrio igualmente previu a possibilidade de se suprir a ausência de um dos *cônjuges* no polo ativo da ação, que cuide de *direito real imobiliário*, por intermédio de *autorização judicial* — arts. 73 e 74 do CPC/2015.

Nada obstante, a existência do *litisconsórcio necessário ativo* ainda é reconhecida por parte da doutrina⁽³¹⁾ e da jurisprudência⁽³²⁾.

Na seara trabalhista, posto que, *in thesi*, não seja juridicamente impossível, o *litisconsórcio necessário ativo* é ainda mais difícil de ser figurado.⁽³³⁾ Considerando que a relação entre os empregados e o empregador é baseada em um contrato individual de trabalho.⁽³⁴⁾ Trata-se, contudo, de tema muito controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

(28) Ao ser proferida a sentença esta ainda não possui *plena eficácia* até que a sua justiça e legalidade sejam confirmadas. Isso decorre de *política legislativa*, considerando a importância de que se reveste a jurisdição. Assim, a sentença sujeita a recurso, não produz todos os seus efeitos, mormente se ele puder ser recebido com *efeito suspensivo*. **Todavia, não se pode relegar ao oblióvio o fato de que mesmo quando ainda não transitada em julgado, a sentença já poderá produzir alguns efeitos. Assim, é possível a execução provisória da sentença, quando o recurso for recebido apenas com efeito devolutivo, como sói acontecer com os recursos trabalhistas.** Já a *autoridade da coisa julgada* é uma *qualidade* dos efeitos da sentença, que confere *imutabilidade* ao conteúdo da decisão. (In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39-40.).

(29) COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile I. Il processo ordinario di cognizione*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006. p. 302-304.

(30) DIDIER JR., Fredie. *Litisconsórcio necessário ativo* (?). Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/litisconsorcio-necessario-ativo.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

(31) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 234-235.

(32) ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. vol. 2. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99-100.

(33) COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 4. ed. Revista e atualizada e adaptada à Constituição de 1988 por Washington Luiz da Trindade. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 185.

(34) ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. vol. 1. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 166.

Por sinal, Manoel Antonio Teixeira Filho⁽³⁵⁾ e Wilson de Souza Campos Batalha, negam que haja possibilidade de existência *litisconsórcio necessário ativo* no processo do trabalho, sendo que este último rejeita a viabilidade tanto do *litisconsórcio necessário ativo* quanto do *passivo*⁽³⁶⁾.

A tese pacificada pela mencionada SUM-406/TST se refere tão somente à possibilidade de existência do *litisconsórcio necessário passivo* na hipótese da ação rescisória. Já o *litisconsórcio necessário ativo* no processo do trabalhista, repita-se, é uma hipótese muito mais difícil de imaginar. Isso, contudo, não significa que seja, *tout court*, juridicamente impossível.⁽³⁷⁾

Finalmente, não se pode relegar ao oblívio que existe uma espécie de **mobilidade do polo processual no litisconsórcio necessário**.⁽³⁸⁾ Vale dizer, o autor pode se ver obrigado a citar um dos cointeressados, sendo que este pode preferir assumir o polo ativo da ação. Ressalte-se que o instituto da citação não se destina tão somente a trazer o réu a Juízo para se defender,⁽³⁹⁾ caso contrário, vejamos o que reza o CPC/2015: “Art. 238 – Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual” (Grifamos)

9. Princípio da autonomia dos colitigantes

Prevê o CPC/2015:

Art. 117 – Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa,

como litigantes distintos, **exceto no litisconsórcio unitário**, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, **mas os poderão beneficiar**. (Destacamos)

O CPC/73 contém dispositivo quase idêntico ao art. 117: “Art. 48 – Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”. Todavia, o NCPC é mais didático ao ressaltar “... exceto no litisconsórcio unitário...”. Além disso, ressalva os atos que poderão beneficiar os colitigantes.

Noutros termos, o *princípio da autonomia dos colitigantes*, em verdade, só se aplica ao *litisconsórcio comum* ou *simples* (não unitário), haja vista que existe aí algo como um *cúmulo subjetivo e objetivo em uma só relação processual*, ou seja, os colitigantes poderiam, em tese, estar agindo separadamente em *ações distintas* com seus próprios pedidos. Desse modo, no *litisconsórcio comum* poderá ser promulgada uma *sentença heterogênea* em relação aos colitigantes. Assim, obviamente, *os atos e omissões de um não poderão prejudicar nem beneficiar os demais*.

Por sinal, diz o CPC/2015:

Art. 391 – A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

Parágrafo único. Nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge ou companheiro não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o de separação absoluta de bens.

A doutrina, no entanto, entende que aí deve ser aplicado certo *temperamento* ao comando legal. Haja vista que a confissão de um dos colitigantes, na prática, poderá ser levada em conta no momento da formação do convencimento do juiz sobre a lide. Lembrando-se que *a confissão é um meio de prova* e como tal

(35) *Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 111.

(36) *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985. p. 341.

(37) ED-RO – 1102800-64.2010.5.02.0000, relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 16.8.2011, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19.8.2011.

(38) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 342-344.

(39) Diz o CPC/1973: “Art. 213 – Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”.

é justamente destinada a formar a convicção do julgador.⁽⁴⁰⁾

Por outras palavras, muito embora o juiz não possa se valer tão somente da confissão de apenas um dos litisconsortes para condenar os demais, é insofismável que ela representa um *indício* que — *somado aos demais elementos de convicção produzidos nos autos* — poderá induzir o julgador à *presunção* de que os fatos ocorreram em um sentido desfavorável aos outros colitigantes que não confessaram.⁽⁴¹⁾ Afinal, o direito processual não é um fim em si mesmo, devendo-se evitar *abstracionismos* capazes de se conduzir ao absurdo, à revelia da *boa-fé objetiva*.⁽⁴²⁾

Noutro giro, é preciso estar muito atento para o fato de que a confissão de um dos colitigantes pode se dar de forma *maliciosa*, quando o confitente, na prática, tenha pouco, ou nada, a perder em confessar e possa então estar almejando *prejudicar os demais litisconsortes* e disso tirar algum outro *proveito escuso*.

Na mesma linha da confissão, o *reconhecimento de circunstância especial pela parte contrária* referente a um dos colitigantes não beneficia os demais.⁽⁴³⁾

Por sinal, diz ainda o CPC/2015:

Art. 334 – [...] § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

E ainda:

Art. 998 – O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. 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 repetitivos.

Finalmente, diz o mesmo Código:

Art. 1.005 – O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.

Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.⁽⁴⁴⁾

9.1. “Autonomia” dos colitigantes no litisconsórcio unitário

Diz o CPC/1973: “Art. 48 - Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros. Por sua vez, prescreve o CPC/2015:

Art. 117 – Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.

De tal arte, tratando-se de **litisconsórcio unitário** existe a *necessidade de consentimento de todos os colitigantes* para a prática de atos ou omissões que sejam potencialmente lesivos aos interesses dos demais litisconsortes na hipótese do *litisconsórcio unitário*.⁽⁴⁵⁾ A novidade trazida pelo CPC/2015 consiste em que os *atos ou omissões benéficos aproveitam a todos os colitigantes na hipótese do litisconsórcio unitário*.

A inovação aqui tem um propósito eminentemente didático, considerando que no

(40) PRATA, Marcelo Rodrigues. *A prova testemunhal no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005. p. 55-56.

(41) BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. vol. II, t. I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 472-473.

(42) CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. vol. III. 2. ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003. p. 185, 213 e 219. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 650.

(43) MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. t. II. Atualizada por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 48.

(44) Por sinal, veja a posição da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do C. Tribunal Superior do Trabalho (E-RR – 610376-94.1999.5.12.5555, relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 2.4.2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 30.4.2009.).

(45) MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 48.

caso do *litisconsórcio unitário* a sentença será obrigatoriamente *homogênea* para todos os colitigantes, por força da *indivisível relação jurídica de direito substancial* que os une. Portanto, estando o destino deles atrelados a uma *sentença unitária* é evidente que a prática de atos ou omissões que sejam teoricamente prejudiciais deve contar com a concordância de todos, enquanto que os atos ou omissões benéficos devem a todos favorecer.

9.2. Autonomia dos colitigantes no *litisconsórcio unitário facultativo*

É preciso ter em mente que há situações nas quais o *litisconsórcio* é *unitário*, mas não é *necessário*, ou seja, apesar de a sentença dever ser *igual* para todos os litisconsortes — em virtude da *relação jurídica incindível de direito material* —, não há *necessidade* de que todos os litisconsortes estejam no mesmo polo da relação processual, sob pena de *ilegitimidade de parte*. Lembremo-nos dos citados exemplos: (a) *ação de anulação de casamento*; (b) *ação reivindicatória de coisa comum*; (c) *ação de dissolução de sociedade*; (d) *ação popular*; e (e) *ação civil pública*.

Assim, na hipótese de *litisconsórcio unitário facultativo* qualquer dos litisconsortes poderá *desistir da ação* e do *recurso*, porquanto não aí o requisito da *necessariedade*. A propósito, diz o CPC/2015: “Art. 485 – O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VIII - homologar a desistência da ação; [...] § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação...”. E ainda: “Art. 998 – O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”.

9.3. *Iniciativa processual e intimação dos colitigantes*

Prescreve o NCPC: “Art. 118 – Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo, e todos devem ser intimados dos respectivos atos”. O presente artigo copia literalmente o art. 49 do CPC/73. A propósito,

levando-se em conta que todos os litisconsortes são igualmente interessados no desfecho favorável do processo, é evidente que qualquer um deles poderá tomar a *iniciativa de dar andamento ao processo*. Todavia, os demais *devem ser intimados* para terem a oportunidade de dizer *se concordam* com a referida prática quando esta lhes puder ser prejudicial, o que fica evidente na hipótese de a sentença ter de ser *igual* em relação a todos os colitigantes, como ressalva expressamente o artigo em comento.

10. Considerações finais

O art. 842, rediga-se, é o único da CLT que trata a respeito do *litisconsórcio*, o que nos remete quase que inteiramente à disciplina do CPC/2015. Entre as inovações trazidas por este último, aplicáveis ao processo do trabalho, destacamos em primeiro lugar que foi muito feliz o Novo CPC quando espancou a confusão havida no CPC/1973 entre duas figuras imbricadas, mas distintas, isto é, o *litisconsórcio necessário* e o *litisconsórcio unitário*.

Além disso, o CPC/2015 deixou clara a possibilidade de *limitação* do número de litisconsortes facultativos igualmente *na fase executória*. Aliás, ele previu expressamente que o pedido de limitação do número de litisconsortes facultativos *interrompe o prazo para manifestação ou resposta*, que, por sua vez, recomeçará a partir da intimação da decisão que o apreciar.

Ao demais, que foi instituída uma espécie de *mobilidade do polo processual no litisconsórcio necessário*. Noutros termos, o autor pode se ver obrigado a citar um dos cointeressados, sendo que este pode preferir assumir o polo ativo da ação, considerando que o instituto da citação é o ato pelo qual são convocados não só os réus para se defender, mas igualmente os *interessados* para integrar a relação processual.

Por sua vez, tratando-se de *litisconsórcio unitário* existe a *necessidade de consentimento de todos os colitigantes* para a prática de atos ou omissões que sejam potencialmente lesivos aos interesses dos demais litisconsortes. A novidade

incorporada pelo CPC/2015 consiste em que aí os atos ou omissões benéficos aproveitam a todos os colitigantes.

Concluimos com a afirmação de que o sistema jurídico bem funciona apenas com a atuação coordenada e em rede dos seus operadores. Afinal, como foi dito no poema epígrafe: “Um galão sozinho não tece uma manhã”. De tal arte, o CPC/2015 aperfeiçoa o instituto do litisconsórcio — atento à posição doutrinária e jurisprudencial dominante — guiado pela concepção de conferir maior *estabilidade, coerência e unidade* ao sistema jurídico pátrio, sob o pálio dos *princípios do devido processo legal, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia*.

11. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. vol. 1, 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. vol. 2, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti e revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. Vol. II. T. I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 2. ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. v. I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile I*. Il processo ordinario di cognizione. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006.
- COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 4. ed. revista, atualizada e adaptada à Constituição de 1988 por Washington Luiz da Trindade. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol. 1, 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2007.
- _____. *Litisconsórcio necessário ativo (?)*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/litisconsorcio-necessario-ativo.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FUX, Luiz (Org.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Novo CPC comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado (1997). *Cadernos do programa de pós-graduação em direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489/27367>>. Acesso em: 26 ago. 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t II, 4. ed. Atualizada por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PRATA, Marcelo Rodrigues. *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*: as causas da inefetividade da proteção à ambiência laboral e o que podemos fazer para combatê-la. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Prescrição de ofício — o novo § 5º do art. 219 do CPC, com a redação da Lei n. 11.280/06. In: CHAVES, Luciano Athayde. (Org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *A prova testemunhal no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. I, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. vol. II, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. vol. I, 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O ônus da prova no processo do trabalho e o novo CPC: desafios e perspectivas

Irau Oliveira de Souza Neto^(*) e Narbal Antônio de Mendonça Fileti^(**)

Resumo:

- O artigo procura apresentar de forma clara e concisa a definição e o regramento do ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo com o advento do novo CPC. Busca, também, abordar, além das funções inerentes, as teorias que justificam as diversas formas de distribuição do ônus da prova, bem como eventual compatibilidade com as peculiaridades da sistemática processual do trabalho.

Abstract:

- The article seeks to clearly and precisely present the definition and regulation of the burden of proof in the labor process, especially with the advent of the new CPC. It also seeks to address, in addition to the inherent functions, the theories that justify the different forms of distribution of the burden of proof, as well as possible compatibility with the peculiarities of the labor process system.

Palavras-chave:

- Ônus da prova — Distribuição estática do ônus da prova — Distribuição dinâmica do ônus da prova — Novo Código de Processo Civil — Processo do trabalho.

Key-words:

- Burden of proof — Static distribution of the burden of proof — Dynamic distribution of the burden of proof — New Civil Procedure Code — Labor process.

(*) Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor de Direito do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Advogado.

(**) Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor de Processo do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Professor convidado de Processo do Trabalho da Pós-Graduação

Lato Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), da Universidade do Vale do Itajaí/Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região (UNIVALI/AMATRA 12) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Professor Convidado Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Membro do Conselho Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA). Juiz do Trabalho Titular na 12ª Região.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Ônus da prova
 - ▶ 2.1. Definição
 - ▶ 2.2. Funções subjetiva e objetiva
 - ▶ 2.3. Distribuição estática *versus* distribuição dinâmica
 - ▶ 2.4. Distribuição dinâmica sob a perspectiva constitucional
- ▶ 3. O ônus da prova no processo do trabalho
 - ▶ 3.1. Disposição na CLT e seu tratamento pelo judiciário
 - ▶ 3.2. Aplicação do novo CPC ao processo do trabalho
 - ▶ 3.3. Inovações previstas no novo CPC
 - ▶ 3.4. Nova sistemática do novo CPC e o processo do trabalho
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A “arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”, já afirmou Bentham (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

A título histórico, a preocupação em estabelecer um critério preciso para administração do encargo da prova entre os litigantes remonta a épocas distantes. Segundo Teixeira Filho (2015, p. 495), na antiguidade, Aulus Gellius, inspirando-se em seu mestre, o filósofo Favorinus, afirmava que se as provas produzidas não convencessem, dever-se-ia decidir a favor do litigante mais probo, e, na hipótese de ambos possuírem a mesma reputação, a decisão deveria propender em favor do réu. O subjetivismo e o caráter discriminatório de que era provido, contudo, revela a falibilidade desse critério.

Com o passar dos tempos, as regras foram, pouco a pouco, se aperfeiçoando, a fim de que se aproximem, cada vez mais, da equidade que se espera do processo judicial.

Nesse passo, para que a parte autora consiga a tutela jurisdicional almejada, é indispensável que se demonstre a veracidade das alegações que fundamentam sua pretensão. De igual forma, para ter sucesso na sua resistência à pretensão,

a depender do caso, também a parte ré deverá comprovar suas alegações deduzidas em juízo.

A comprovação das alegações se faz com uso adequado das provas postas à disposição da parte, tudo com o fim principal de convencer o juiz. No entanto, mais do que saber manejar a produção probatória, é saber quando, e em quais situações, há a necessidade da prova. É dizer: a quem incumbe provar esta ou aquela alegação?

É disto que se trata o ônus da prova: distribuição do encargo probatório.

Não dominar as regras do ônus da prova importaria, *v. g.*, na hipótese de não demonstrar satisfatoriamente o fato constitutivo do direito pleiteado ou, ainda — o que não é incomum na praxe forense —, na tentativa de demonstrar em juízo algo que não lhe caberia (ônus imperfeito). Sobre esta última hipótese, não se deve ignorar a prova produzida nos autos, tendo em vista o princípio da aquisição processual da prova (ou comunhão da prova), disposto no art. 371 do CPC⁽¹⁾, de aplicação subsidiária à processualística trabalhista.

(1) “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Daí a relevância do conhecimento das regras de ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo com a entrada em vigor do novo CPC, que implementou novel tratamento ao assunto, até então silente no ordenamento juslaboral.

E é em razão desse novo regramento proposto, em cotejo com as regras já existentes na CLT e com o entendimento consolidado na jurisprudência trabalhista, que o presente trabalho se desenvolverá, sobretudo a fim de perquirir eventual mudança na sistemática até então vigente no âmbito do processo laboral.

2. Ônus da prova

2.1. Definição

Ônus da prova é o encargo processual de comprovar, em juízo, a veracidade de determinada alegação. Segundo Martins, “a palavra ônus vem do latim *onus*, que tem significado de carga, fardo, peso” (2013, p. 323).

Segundo posição doutrinária atual, não se trata de um dever, mas de faculdade ou encargo processual da parte, cuja inobservância poderá ocasionar desvantagens e prejuízos no processo⁽²⁾.

Todavia, cabe aqui uma singela ponderação.

A despeito de não significar um dever legal, os arts. 77, inc. I, e 378, ambos do CPC, impõem uma releitura acerca da conduta a ser tomada pelas partes quando da produção probatória, tendo em vista o dever de colaboração para a busca da verdade. Em que pese haver previsão parecida no CPC de 1973, o novo ordenamento processual eleva esse comportamento cooperativo a *status* de norma fundamental (art. 6º do CPC⁽³⁾).

(2) Segundo Cernelutti (*apud* TEIXEIRA FILHO, 2015. p. 497), “a diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus”.

(3) “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Daí por que a noção de faculdade (ônus), em que pese concebida majoritariamente, pode ser percebida com ressalvas, a fim de incorporar à cultura processualística a ideia de que o processo não é palco de estratégias, mas instrumento apto à busca da decisão justa e equânime, o que confere às partes, independentemente do ônus que assumem, agir com lealdade e honestidade processual.

Não por outro motivo, ao tratar da exibição de coisa o CPC inovou ao possibilitar que o juiz adote medidas coercitivas para compelir a parte (e não apenas o terceiro, como previsto no CPC/73) a exibi-la (art. 400, parágrafo único, do CPC). Trata-se, a nosso ver, de opção legislativa interessante, na medida em que impõe a obrigação de acostar todas as provas necessárias à busca da verdade, sobretudo quando a cominação de presunção de veracidade não for suficiente.

Não obstante as pontuações acima, conclui-se que as regras de ônus da prova determinam a quem subsiste a obrigação de comprovar determinada alegação, sob pena de ter prejudicada sua pretensão ou resistência, a depender da posição que assume no processo.

2.2. Funções subjetiva e objetiva

As regras de ônus da prova assumem duas funções basilares, a saber: uma de ordem subjetiva e outra de ordem objetiva.

A primeira finalidade do ônus da prova serve à orientação da própria parte acerca das suas condutas no processo. Decorre do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF), uma vez que a distribuição do encargo deve ser conhecida previamente, a fim de que cada parte possa se organizar e adotar a estratégia processual que se apresente mais adequada.

A essa função se dá o nome de “subjetiva”, segundo a qual se permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato” (MOREIRA, 1998 *apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015. p. 107).

Ganha relevo a função subjetiva na medida em que se concebe a importância da prova para a parte. A esse respeito registra-se o Enunciado n. 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual “[O]s destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

Sob outro ângulo, o ônus da prova também assume a função de regra de julgamento, neste particular dirigida ao juiz do processo. Isso porque, considerando-se que, cedo ou tarde, o processo findará, o juiz, ainda que precária a produção de prova, deverá utilizar o regramento da distribuição do ônus da prova para julgamento. É a função “objetiva” do ônus da prova.

Trata-se de distribuição de riscos, porquanto o regramento do ônus da prova indica qual das partes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se ter desvencilhado do seu encargo probatório.

A título de exemplo de aplicação da função objetiva, imagine-se a ausência de ambas as partes à audiência de prosseguimento, na qual deveriam depor sob as cominações previstas na Súmula n. 74 do TST. Nessa hipótese, não se autoriza a aplicação da confissão ficta apenas a uma delas, mas a ambas. Hão de ser examinadas as alegações deduzidas, com a delimitação do objeto da prova, e, mais importante, procedida à distribuição de seu ônus, para então, aplicando-se a regra de julgamento em desfavor daquele a quem incumbiria demonstrar sua alegação, sobrevir o julgamento das pretensões.

A propósito:

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (ônus objetivo), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas

produzidas (ônus objetivo — o último refúgio para evitar o *non liquet*). (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015. p. 108)

Portanto, analisadas as principais funções do ônus da prova, passa-se à análise das teorias que circundam a distribuição do ônus da prova no sistema processual.

2.3. Distribuição estática versus distribuição dinâmica

Tradicionalmente, incumbe ao legislador definir a quem cabe o ônus de provar. Trata-se da formalização de uma regra genérica e abstrata, distribuindo-se os encargos a depender das proposições levadas a juízo. A este tipo de distribuição deu-se o título de “distribuição estática”, sobretudo porque as regras encontram-se estagnadas da forma como o legislador pretendeu, desconsiderando-se eventuais desníveis ou diferenças do caso concreto.

Com efeito, aproxima-se a teoria estática da concepção individual e liberal de processo, porquanto prima pela igualdade formal entre as partes. Há quem suponha que a adoção da teoria estática primária pela segurança jurídica, uma vez que, independentemente do fenômeno circunstancial do caso, já saberiam as partes o seu encargo e sua responsabilidade processual.

Com a posição acima não concordamos.

O engessamento da distribuição do encargo probatório evidencia uma falsa segurança jurídica, porquanto despreza a realidade existente nas relações sociais e, por conseguinte, nas relações processuais. Na praxe, não é raro perceber potenciais iniquidades geradas em razão da excessiva dificuldade de uma parte na demonstração de sua afirmação, apesar de a legislação, em sua abstração, ter-lhe delegado este encargo — por vezes intransponível.

A título de ilustração, imagine-se a dispensa do empregado sob acusação de embriaguez em serviço. Ele propõe ação trabalhista pleiteando a reversão, sob o argumento de nada ter ingerido antes do início da jornada. Seguindo a diretriz

legal e genérica do ônus da prova, caberia a ele comprovar sua alegação, o que não se mostra justo, dada à difícil produção probatória. Portanto, melhor seria imputar à empresa a prova de que o empregado cometeu a falta que justificou a resolução contratual.

Assim, com o escopo de solucionar a dificuldade destacada, e como contraponto à anêmica teoria estática, ganha espaço a “teoria das cargas dinâmicas da prova”, também denominada “distribuição dinâmica do ônus da prova”, segundo a qual a regra legal do ônus da prova deve ser relativizada, a depender das circunstâncias de cada caso.

Sobre o assunto, Greco (2011, p. 109):

O juiz deve sair da inércia para suprir as deficiências de iniciativa probatória das partes, aplicando fundamentadamente a regra da chamada carga dinâmica das provas, ou buscando, ele próprio, as provas, de modo que se certifique de que foram esgotados todos os meios legítimos e acessíveis de busca da verdade.

A maleabilidade concedida ao juiz no manejo do ônus da prova fortifica e concretiza materialmente o princípio da paridade de armas, escotado no princípio da isonomia (art. 7º do CPC⁽⁴⁾). Nas palavras de Carnelutti (2004, p. 132), a redistribuição do ônus da prova, quando as circunstâncias assim a exigirem, constitui em instrumento para alcançar a finalidade real do processo, que não é a simples composição do litígio, mas a justa composição do litígio.

Apesar de reconhecer que a distribuição dinâmica do ônus da prova não seja regra, mas exceção, não se ignora que algumas relações sociais, por sua natureza, demonstram inextrável disparidade entre os sujeitos que delas, de alguma forma, participem. Essas relações

sociais, quando judicializadas, transportam essa assimetria para o âmbito processual, razão pela qual a adoção da teoria dinâmica, em determinadas searas, ainda que não seja regra, deve ser mais exigida, se cotejada a outras áreas.

No âmbito trabalhista, sobretudo na relação de emprego, presumida a hipossuficiência jurídica do empregado, se prevê maior aplicabilidade da redistribuição do ônus da prova, uma vez que se pressupõe que o empregador está em melhores condições de subsidiar o juiz das provas necessárias ao seu convencimento, chegando-se à decisão mais próxima da realidade possível.

2.4. Distribuição dinâmica sob a perspectiva constitucional

Fala-se hoje, com certa tranquilidade na doutrina e na jurisprudência, em eficácia horizontal dos direitos fundamentais em contraponto à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Isso porque, de tempos para cá, percebeu-se insuficiente a ideia de que os direitos fundamentais apenas serviriam de barreira a arbitrariedades do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), sobretudo em razão da crescente desigualdade entre os particulares, tão nociva quanto. Tornou-se necessário, notadamente em sociedades com índices elevados de diferenças socioeconômicas, que o Estado agisse de modo a garantir que a heterogeneidade entre os sujeitos não fosse motivo para cometimento de excessos (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Nas palavras de Sarmiento (2010, p. 124), a eficácia horizontal (por ele denominada eficácia irradiante) busca a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas, no ato da aplicação, sejam analisadas pelo profissional do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no texto constitucional.

(4) “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

E esta eficácia horizontal pode ser sentida no âmbito processual?

Pensamos que sim. Citamos, a fim de reforçar nossa posição, o disposto nos arts. 1º, inc. III⁽⁵⁾, art. 3º, incs. I, III e IV⁽⁶⁾, art. 5º, *caput* e incs. LIV e LV⁽⁷⁾, todos da CF. Os mencionados dispositivos se inclinam, em maior ou menor medida, na construção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da isonomia substancial, inclusive nas relações privadas.

Na medida em que o processo serve para concretizar o direito material, nada mais equânime do que transportar os princípios constitucionais referidos acima para a relação processual, a fim de nortear a aplicação e interpretação das regras e institutos procedimentais.

Com efeito, não seria justo imaginar que partes substancialmente desiguais possam litigar em iguais condições. Como já referido anteriormente, os efeitos práticos da desigualdade social são transportados ao processo, com todas as suas vicissitudes.

Vale lembrar a menção de Giovanni Tesorieri (*apud* TEIXEIRA FILHO, 2015. p. 500-501): “quando o dador de trabalho e o trabalhador assumem no processo as vestes formais de

partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma que continua”.

Nesse passo, o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), hoje compreendido por sua natureza substancial⁽⁸⁾, deve ser invocado em face da parte *ex adversa*. A teoria dinâmica do ônus da prova serve, neste particular, como instrumento posto à disposição do juiz para que, no caso concreto, possa evitar que uma parte se sobreponha à outra (em respeito ao princípio da paridade de armas). E, ao redistribuir o encargo probatório à parte mais apta, o juiz pulveriza a disparidade de forças, equilibrando os litigantes, razão pela qual se pode afirmar que o manejo da redistribuição do ônus *probandi* se revela instrumento hábil à eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Em resumo: a relação processual deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais e em cotejo com a relação extraprocessual subjacente, sob pena de tão somente se importar as mesmas dificuldades da parte vulnerável. Interpretar as regras de ônus da prova sob o viés constitucional implica dissociar a odiosa desigualdade material (econômica, social ou cultural) do processo judicial, ambiente no qual as partes devem possuir oportunidades semelhantes, para o fim de se buscar, sempre que possível, resultado equânime.

E é com base nas premissas mencionadas acima, sobretudo nos princípios constitucionais referidos, que se buscará, nesta articulação, examinar as inovações trazidas pelo CPC no tocante às regras de distribuição do ônus da prova, bem como sua aplicabilidade ao processo

(5) “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]”.

(6) “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

(7) “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”.

(8) Do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial e hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, que significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006. p. 59-60).

do trabalho, considerando as nuances e particularidades que contornam este ramo jurídico.

3. O ônus da prova no processo do trabalho

3.1. Disposição na CLT e seu tratamento pelo judiciário

A CLT adota a distribuição legal (ou estática) do ônus da prova, uma vez que o próprio legislador determinou abstratamente a quem incumbe o encargo probatório, conforme previsto no art. 818 da CLT, segundo o qual “[A] prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Contudo, como já ressaltado, a distribuição do ônus da prova previamente definida pelo legislador nem sempre assegura a justiça do processo, sobretudo no âmbito do processo do trabalho, tendo em vista a presença, na sua maioria, de partes com nítida assimetria de poderes social e econômico: empregado e empregador. Dada à vulnerabilidade de um dos sujeitos, nem sempre é possível dele exigir que consiga demonstrar determinada alegação de fato, sobretudo quando se verifica, na prática, que a outra parte seria a mais apta a esclarecê-la.

Percebe-se, assim, que a distribuição do ônus da prova prevista no texto celetista não atende à demanda laboral com perfeição, devendo, por lógica, ser complementado pelo julgador no caso concreto, motivo pelo qual sempre se discutiu a aplicação da “teoria dinâmica do ônus da prova”, ou “distribuição dinâmica do ônus da prova” na seara laboral.

A falta de previsão legal na legislação trabalhista, todavia, não impediu o avanço hermenêutico nesse particular, o que se denota das Súmulas ns. 212⁽⁹⁾ e 338⁽¹⁰⁾, ambas do TST.

(9) “DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. 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.”

(10) “JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais

A posição adotada pela jurisprudência trabalhista, refletida nas súmulas referidas, visa a amenizar a vulnerabilidade de uma parte, equiparando-a à parte mais forte. Trata-se da efetivação do princípio da paridade de armas, decorrente do princípio da isonomia substancial.

Cabe registrar: a redistribuição do ônus da prova promovida pelo juiz, em observância à teoria dinâmica, ainda que sem previsão legal na CLT e no CPC/73, não afronta o ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, o Juiz do Trabalho, na qualidade de diretor do processo e principal destinatário das provas, pode — ou deve — determinar as provas a serem produzidas, bem assim a forma como se dará esta produção (distribuição do ônus), tendo em vista sua maior liberdade de atuação no processo do trabalho (arts. 765⁽¹¹⁾ e 852-D⁽¹²⁾ da CLT), o que não permite dispensar, todavia, a devida fundamentação (art. 93, inc. IX, CF).

ns. 234 e 306 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005 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 n. 338 – alterada pela Res. n. 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 n. 234 da SBDI-1 – inserida em 20.6.2001) 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 n. 306 da SBDI-1 – DJ 11.8.2003)” (sic)

(11) “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

(12) “Art. 852-D. O juiz dirigirá 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 para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Outro ponto importante a ser destacado, a justificar a adesão da jurisprudência à aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, é a previsão do art. 8º da CLT⁽¹³⁾, segundo o qual, na falta de disposição legal, a Justiça do Trabalho decidirá por outras normas gerais de direito (direito comum, *v. g.*), naquilo que não houver incompatibilidade com os princípios que norteiam o direito processual do trabalho⁽¹⁴⁾. Desse contexto sempre se concebeu tranquilamente a aplicabilidade do art. 6º, inc. VIII, do CDC⁽¹⁵⁾, cujo conteúdo permite a denominada “inversão do ônus da prova” promovida pelo juiz quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente (vulnerável), segundo as regras ordinárias de experiência.

Portanto, como a regra celetista era silente, somado à previsão legal no CDC de que a hipossuficiência justificaria uma redistribuição do ônus da prova (“inversão do ônus da prova”, segundo o texto consumerista), a jurisprudência trabalhista encampou o princípio da “aptidão para a prova” a fim de redistribuir o encargo probatório à parte que se encontre em melhores condições de demonstrar a veracidade da alegação incontroversa.

(13) “Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (*sic*)

(14) Por apreço à técnica, assinalamos que o art. 8º da CLT visa, quando da constatação de lacuna, à integração do direito substantivo (*v. g.*, uso do CC ou do CDC ao direito material do trabalho), ao passo que o art. 769 da CLT objetiva o preenchimento normativo no âmbito das normas processuais do trabalho (*v. g.*, utilização do CPC ao processo do trabalho). Sendo assim, observaremos, no decorrer desta articulação, a diferenciação apontada.

(15) “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – 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 [...]”

Sobre a tendência de harmonizar as regras consumeristas ao processo do trabalho, colhe-se julgado do TRT da 5ª Região, cujo teor demonstra que já há muito os tribunais trabalhistas adotam a teoria dinâmica como corretor de desigualdades:

É plenamente aplicável no processo do trabalho o princípio da aptidão para a prova ou também chamado de tese da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o fato constitutivo deve ser demonstrado por quem detém mais condições de fazê-lo. Com fulcro nesta teoria, o Código de Defesa do Consumidor inovou no sistema jurídico, ao possibilitar a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC (Lei n. 8.078/90). Ora, se nas demandas em que se discute violação a normas de Direito do Consumidor é possível tal ato jurisdicional, salutar sua aplicação no Processo do Trabalho, que, em regra, possui também duas partes em situação de desequilíbrio. (BAHIA, 2011)

Assim, considerando que o trabalhador, no mais das vezes, é nitidamente vulnerável na relação trabalhista subjacente ao processo judicial, é presumível que tenha dificuldade na prova de certas alegações, sobretudo quando a prova depender de documentos ou registros que estejam à disposição do empregador.

É o caso, a título exemplificativo, da alegação de horas extraordinárias. Ao deduzir trabalho em sobrejornada e pedir o pagamento das horas extraordinárias, segundo a regra prevista no art. 818 da CLT, o autor atrai para si o ônus da prova de suas afirmativas. Entretanto, a CLT, no seu art. 74, § 2º, estabelece às empresas com mais de dez empregados a obrigação de registrar as horas de entrada e saída, através dos denominados cartões-ponto. Tem-se, portanto, uma evidente facilidade da empresa reclamada em demonstrar os fatos controversos em juízo, motivo pelo qual cabe a “inversão” do ônus, conforme dispõe o TST na sua Súmula n. 338, já referida.

Ainda com vistas a redistribuir esse encargo da maneira mais equânime possível, recentemente o TST editou as Súmulas ns. 460⁽¹⁶⁾ e 461⁽¹⁷⁾. A primeira estabelece que “[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”, enquanto a segunda determina ser “do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS”.

Com relação à Súmula n. 460 (vale-transporte), impende ressaltar o teor da antiga OJ n. 215 da SBDI-1, hoje cancelada, pela qual se atribuía ao empregado o ônus de comprovar os requisitos para a concessão do vale-transporte. Em análise a um dos precedentes que justificaram a edição da Súmula n. 460 (ERR n. 250000-70.2006.5.09.0022), percebe-se que a modificação do entendimento configura evidente avanço na concepção hermenêutica das teorias da carga probatória, porquanto atribui o ônus da prova à parte que, efetivamente, se encontra mais apta para produzi-la: o empregador. Pela redação didática, reputamos de boa valia o destaque da ementa:

[...] Muito embora o art. 7º, incisos I e II, do Decreto n. 95.247/87 estabeleça como condição de exercício do vale-transporte que o empregado informe por escrito a seu empregador seu endereço residencial e a linha de transporte utilizada em seu trajeto de ida e volta do trabalho (exigência, aliás, não prevista na própria Lei n. 7.418/87, ao instituir esse benefício), isso não autoriza o empregador a alegar em Juízo que seus

empregados não se interessaram pelo recebimento daquela vantagem, sem nada precisar provar. Não há dúvida de que o empregador é a parte que tem melhores condições de produzir prova documental, em qualquer relação de emprego. Por outro lado, não se pode atribuir à parte hipossuficiente o *onus probandi* do cumprimento de requisito meramente formal para a fruição de direito cogente, de incidência genérica e imperativa a toda relação empregatícia, sendo razoável presumir que seu exercício é, em princípio, do interesse de todo e qualquer trabalhador. Desse modo, cabe ao empregador comprovar que o reclamante não tinha interesse no recebimento do vale-transporte ou que este não preenchia os requisitos legais para a sua percepção. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 24.5.2011, cancelou a citada orientação jurisprudencial, por passar a entender que o ônus da prova de que o reclamante não preencheu os requisitos para a obtenção do vale-transporte é do empregador. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (BRASIL, 2015)

No tocante à Súmula n. 461 (depósitos de FGTS), a despeito de que, em uma primeira e desatenta análise, possa parecer que caberia ao empregado o ônus da prova, porquanto alega o não recolhimento da parcela vindicada (aplicação do art. 818 da CLT, c/c art. 373, inc. I, do CPC), um diagnóstico acurado demonstra que não. A um, porque a empresa, ao alegar o adequado recolhimento do FGTS, atrai para si a hipótese prevista no art. 373, inc. II, do CPC (pagamento: fato extintivo do direito do autor); a dois, porque incide aqui também o princípio da melhor aptidão para a prova (precedente ERR n. 136300-53.2007.5.04.0012).

Observa-se, uma vez mais, o agir do Judiciário Trabalhista no sentido de procurar resolver de forma equânime as diferenças materiais das partes, não permitindo que essa disparidade de armas, verificáveis no plano extraprocessual, seja utilizada de modo a inquinar o processo por transferir à parte mais fraca um odioso prejuízo de ordem *probandi*.

(16) “VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA – Res. n. 209/2016, DEJT divulgado em 1º, 2 e 3.6.2016 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.”

(17) “FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA – Res. n. 209/2016, DEJT divulgado em 1º, 2 e 3.6.2016 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 (art. 373, II, do CPC de 2015).”

Ademais, tratando-se da teoria dinâmica do ônus da prova na seara trabalhista, não podemos deixar de retratar os Enunciados ns. 2⁽¹⁸⁾, 41⁽¹⁹⁾ e 60, todos da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida em 2007 pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho — ANAMATRA, Tribunal Superior do Trabalho e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (Enamat).

Na ocasião, firmou-se a tese de que, “quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita” (Enunciado n. 2, item III⁽²⁰⁾). Intenciona-se, com isso, tutelar garantias capitais do ser humano, o que pode ser observado na prática, infelizmente não tão incomum, de dispensas discriminatórias motivadas por origem, cor, idade, sexo etc.,

hoje respaldada também pela Súmula n. 443 do TST⁽²¹⁾.

Segundo o Enunciado n. 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, “cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”. Com efeito, o enunciado deve ser aplicado com parcimônia pelo juiz, porquanto devem ser conjugados os demais fatores e as deduções postas em juízo. Isso, contudo, não despreza, tampouco desqualifica, o sentido do enunciado, pelo qual visa a tutelar, de forma justificável, o trabalhador que, além de hipossuficiente, se encontra vitimado pelo acidente laboral.

Por fim, transcreve-se o Enunciado n. 60 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

60. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO E AFINS. AÇÃO DIRETA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPARTIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (art. 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (art. 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (art. 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (arts. 1º, I, 5º, e 21 da Lei n. 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “inaudita altera parte”, em havendo laudo técnico preliminar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (art. 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85), caso não haja laudo técnico

(18) “DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária. II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador. III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”

(19) “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.”

(20) “[...] LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”

(21) “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 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.”

preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

Desse modo, a despeito da regra celetista (distribuição legal, conforme art. 818 da CLT), a jurisprudência trabalhista, a fim de efetivar os princípios protetivos do direito do trabalho e concretizar o acesso à justiça (*rectius*: acesso ao Judiciário) de forma justa e isonômica, há muito mitiga a distribuição estática em determinadas situações, atribuindo ao juiz o poder de delegar à parte com melhor capacidade o encargo probatório, sob os riscos processuais que lhe são inerentes.

3.2. Aplicação do novo CPC ao processo do trabalho

Antes de adentrar ao tema ônus da prova no processo civil, cumpre perquirir se o regramento processual civil pode ser aplicado ao processo do trabalho, sobretudo porque este ramo do direito possui regras e princípios próprios.

De início, a questão é respondida pela leitura do art. 769⁽²²⁾ da CLT. Segundo esses dispositivos, o direito processual comum será fonte subsidiária do processo do trabalho quando houver omissão e, ainda, desde que haja compatibilidade com o regramento justralhista⁽²³⁾. Importante registrar que a omissão referida não se trata apenas da lacuna normativa (ausência de norma), mas também de lacunas ontológicas e axiológicas⁽²⁴⁾. Segundo

Schiavi (2013, p. 159-160), há lacuna ontológica “quando a norma não mais está compatível com os fatos sociais, ou seja, está desatualizada”; ao passo que há lacuna axiológica “quando as normas processuais levam a uma solução injusta ou insatisfatória”.

Ademais, no cotejo CPC e do processo do trabalho, parece-nos equivocado ignorar o conjunto normativo do direito do trabalho (direito substantivo), apesar de ramos jurídicos distintos. Com efeito, não é outra a função do processo do trabalho senão o de instrumentalizar a efetivação do direito laboral. E tendo o direito do trabalho princípios e peculiaridades próprias, não podem as regras processuais desconsiderá-los, sob pena de prejudicar a entrega jurisdicional. Não por outro motivo o processo do trabalho foi arquitetado sob princípios que se harmonizam cirurgicamente às particularidades do direito material, *v. g.*, simplicidade, informalidade, *jus postulandi*, etc.

Assim sendo, eventual exercício hermenêutico acerca da aplicabilidade, ou não, das normas do processo civil ao processo do trabalho deve inevitavelmente pressupor que a tutela do direito material do trabalho não pode ser prejudicada pela dificuldade ou pela impossibilidade processual de produção probatória, sob pena de valorizar mais o meio (procedimento) que o fim (proteção dos direitos) (CAMBI, 2006 *apud* ALMEIDA, 2015. p. 452).

Feito o introito, passa-se à análise do ônus da prova conforme o CPC.

O CPC trata da distribuição (legal/estática) do ônus da prova de forma inequivocamente mais detalhista e técnica se cotejada à CLT, motivo pelo qual seu regramento é (ou era) aplicado ao

estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social”.

(22) “Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

(23) Deixaremos, propositalmente, de tratar do art. 15 do novo CPC, com base na lição de Manoel Antonio Teixeira Filho: esse dispositivo não tem efeito derogante do art. 769 da CLT, já que constitui norma específica (TEIXEIRA FILHO, 2015. p. 46).

(24) Cumpre registrar que a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho assentou esta possibilidade no seu Enunciado n. 66, conforme ementa: “APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual

processo do trabalho sem maiores controvérsias, notadamente em face da compatibilidade existente.

Segundo o art. 333 do CPC de 1973, o ônus da prova incumbe “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e ao “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. O novo CPC, ao estabelecer a distribuição legal do ônus probatório, não inovou neste particular e manteve a mesma redação.

Portanto, segundo o ordenamento processual civil, incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, vale dizer, o fato gerador do direito afirmado em juízo. De outro lado, ao réu incumbe comprovar a existência dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Fato impeditivo é aquele que obsta os efeitos do fato constitutivo do autor. Fato modificativo é aquele que, reconhecendo o direito do autor, busca alterá-lo. Por fim, fato extintivo aquele que “retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015. p. 111-112).

Portanto, a regra prevista no CPC, a bem da verdade, aperfeiçoa o regramento celetista, uma vez que detalha e traça o delineamento do disposto no art. 818 da CLT. Mais do que compatíveis, a regra prevista no CPC soma à regra celetista, fazendo com que seja melhor aplicada e interpretada, em conformidade com o art. 769 da CLT.

Cabe, ainda, acrescentar:

Em resumo, o art. 769 da CLT é muito mais amplo do que o art. 15 do novo CPC. Ademais, o CPC somente será fonte supletiva e subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que for compatível com as suas normas, por força do art. 769 da CLT. Não pode ser esquecido que o processo do trabalho tem como diretriz fundamental a facilitação do acesso à justiça e à defesa em juízo dos direitos decorrentes da relação de emprego, o que favorece a incidência do art.

373 e seus §§ 1º e 2º do novo CPC ao Processo do Trabalho (ALMEIDA, 2015, p. 457).

Contudo, é de se observar que, ao contrário do novo CPC, o CPC de 1973 nada dispunha sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, tal como fez o CDC. Todavia, conforme já se observou, nem por isso a jurisprudência trabalhista deixou de aplicar, com tranquilidade, a possibilidade de o juiz, no caso concreto, redistribuir o ônus.

3.3. Inovações previstas no novo CPC

Inovando as regras de processo civil, o novo CPC adotou, de vez, a teoria dinâmica do ônus da prova, em que pese a adoção prática há muito já se verificar no âmbito das relações processuais de trabalho e de consumo, sempre que verificada a vulnerabilidade de alguma das partes.

As novas regras estão dispostas, agora, nos §§ 1º a 4º do art. 373 do CPC. É necessário registrar, contudo, que, apesar da demora do legislador processual civil, que só em 2015 regrou a distribuição dinâmica, a inovação avançou mais do que o esperado.

O § 1º do art. 373 trata da clássica distribuição dinâmica, já adotada no processo do trabalho e nas relações de consumo, uma vez que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”.

Caso o juiz verifique obstáculos na aquisição da prova ou, ainda, quando verifique que a parte, inicialmente desonerada do ônus, possua maior facilidade na sua obtenção, poderá estabelecer a redistribuição do ônus, desde que por decisão fundamentada. Trata-se do princípio da aptidão para a prova, já comentado neste trabalho e já adotado pelo Judiciário Trabalhista há muito tempo.

Percebe-se da redação do texto legal o conectivo “ou”, o que reforça quais são os

pressupostos necessários para a redistribuição do ônus pelo juiz: impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção probatória ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. São pressupostos alternativos, não cumulativos.

Será que, considerada apenas a facilidade da produção da prova por uma das partes, é possível o juiz redistribuir o ônus para delegar esse encargo? Antes de tentarmos responder, destaca-se recente julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. ÔNUS DA PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA. ART. 373 DO NCPC.

É bem verdade que teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora positivada no art. 373, § 1º do Novo Código, orienta que o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Todavia, é evidente que nem toda disparidade de condições probatórias justifica a dinamização, que deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que haja grande dificuldade para a produção de prova de um lado e facilidade do outro. É dizer, a mera facilidade de produção da prova de uma das partes, desacompanhada da dificuldade de produção da parte adversária não é uma situação apta a justificar a modificação dos encargos probatórios. (Rio de Janeiro, 2016)

Segundo o julgado transcrito, a mera facilidade não seria motivo para a redistribuição do ônus da prova. Seria necessário, segundo o acórdão, a conjunção dos dois pressupostos (impossibilidade/dificuldade de produção probatória e facilidade da parte adversa), apesar da literalidade diversa do CPC.

Obtemperamos, contudo, que a melhor interpretação seria aquela que exige tão somente um pressuposto, como quer a redação literal do CPC, sobretudo se analisado o marcante aspecto colaborativo do CPC, conforme arts. 6º, 77, inc. I, 370 e 378, todos do CPC, c/c arts. 765, 852-D e 852-I, § 1º, todos da CLT. Vale dizer, por exemplo, se a parte possui os documentos que poderão formar o arcabouço probatório para melhor solução do litígio, que traga aos autos.

Reconhecemos, todavia, que a posição por nós aventada exige cautela na aplicação, sob pena de se desprezar por completo a benquista previsibilidade, inerente à teoria estática, da qual decorrem os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

Destarte, é perceptível que a aplicação da teoria dinâmica, prevista no art. 373, §§ 1º e 2º, encontrará, ainda, percalços e obstáculos.

De qualquer modo, o que era apenas uma corrente tranquila da jurisprudência trabalhista (possibilidade de adoção da teoria dinâmica do ônus da prova), agora encontra previsão na lei, por aplicação subsidiária (art. 769 da CLT).

De outro norte, o CPC ainda traz regra importante a ser observada pelos julgadores: a redistribuição deve ocorrer antes do julgamento, sobretudo para oportunizar que a parte, agora ciente de um suposto novo encargo, possa dele se desvencilhar. De fato, o sujeito possui um prévio conhecimento das suas responsabilidades, o que o faz com base nas regras de distribuição legal (arts. 818 da CLT e 373, *caput*, do CPC). Caso o juiz, fundamentadamente, decida “inverter” os encargos, deve oportunizar à parte a produção probatória, em respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A regra mencionada acima é coerente com as funções do ônus da prova, já discutidas neste trabalho. Além da função objetiva (regra de julgamento, portanto dirigida ao juiz), reveste-se, também, de função subjetiva, sobretudo porque pauta a conduta da parte no processo (regra de procedimento). Daí a importância do prévio conhecimento acerca da redistribuição do ônus e a possibilidade de se desincumbir do encargo que agora lhe é imposto.

A necessidade de oportunizar à parte poder se desincumbir do seu ônus probatório vem ao encontro do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais tão caros em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LV, CF), hoje importados pelo novo CPC nos arts. 7º⁽²⁵⁾, 9º,

(25) “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades

caput⁽²⁶⁾, e 10⁽²⁷⁾. Assinala-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa não se resumem, tampouco se reduzem, ao prévio conhecimento do conteúdo decisório pela parte, mas também, e tão importante quanto, à possibilidade de influir eficazmente o resultado do processo, daí por que a decisão que redistribui o ônus da prova, além de ser publicada à parte onerada, deve-lhe possibilitar, como aduz o próprio texto legal, que haja a possibilidade de produção probatória plena.

Registre-se, contudo, que a redistribuição não pode gerar o mesmo ônus de dificuldade à outra parte, sob pena de apenas se inverter a impossibilidade da provar, conforme dispõe o § 2º do art. 373 do CPC⁽²⁸⁾, remetendo a parte à *probatio diabolica*.

Quanto às regras acima, em princípio nada de muito inovador, exceção feita à expressa previsão dos requisitos, agora em lei, acerca da aplicabilidade da redistribuição do ônus pelo juiz: impossibilidade ou dificuldade na produção da prova ou maior facilidade da parte adversa na produção da prova.

As alterações inovadoras do novo CPC encontram-se nos §§ 3º e 4º do novo CPC. Pelo seu ineditismo, cabe a transcrição literal:

Art. 373. [...] § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

- I – recair sobre direito indisponível da parte;
- II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

(26) “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

(27) “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

(28) “Art. 373. [...] § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Permite o novo CPC, com isso, que as próprias partes, em nítido — e incentivado — negócio processual, estabeleçam de modo diverso a distribuição legal (art. 373, *caput*, do CPC), conforme suas conveniências e interesses, o que gerará consequências diretas no resultado final do processo, por óbvio. É verdade que o próprio ordenamento processual prevê exceções, a saber: direitos indisponíveis e quando houver dificuldade excessiva para o exercício do direito.

O novo CPC vai além. Em evidente esforço ao estímulo do protagonismo das partes, estabeleceu-se que essa distribuição convencional (operada pelas partes) poderá ocorrer antes mesmo de existir processo judicial, ou seja, poderá ocorrer, por exemplo, por meio de um contrato.

Sobre essa “nova” possibilidade, vale a crítica de Robson Renault Godinho (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015. p. 122):

A doutrina não prestigia a distribuição convencional do ônus da prova, embora se empolgue com a distribuição judicial do ônus da prova, como se verá adiante. Tem razão Robson Renault Godinho quando manifesta o seu estranhamento quanto ao fato de que “praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos. O autor enxerga aí um sintoma da negligência com que se vem tratando a questão da autonomia privada no processo, especialmente em matéria probatória, em cujo regulamento se pode ver um dispositivo que expressamente prevê a possibilidade de as partes, convencionalmente, promoverem uma distribuição do ônus da prova de modo distinto daquele previsto na lei. Ele continua: “Realmente, é sintomático que se identifique a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, escrevam-se laudas sobre a necessidade de

uma ‘teoria dinâmica’ da carga probatória, prevejam-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufraguem a teoria e prosiga um silêncio — que em certo modo é eloquente — sobre a autonomia das partes para regulação da matéria, inclusive em conjunto com o juiz e, se for o caso, o membro do Ministério Público. Afigura-se sintomático que se pleiteie a dinamização do ônus da prova e se ignore a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos”.

Portanto, percebe-se que o CPC, além de incorporar a teoria dinâmica do ônus da prova, incrementou-a, delegando também às partes essa possibilidade, desde que observadas as excepcionalidades já mencionadas.

Trata-se de negócio jurídico similar à cláusula de eleição convencional de foro, que deve ser pactuado em harmonia com as disposições gerais aplicáveis aos negócios em geral, quais sejam: agentes capazes e legítimos, objeto lícito e forma admitida ou não defesa em lei (MACEDO, 2013, p. 83).

Diante do que foi exposto e introduzido no novo CPC, cumpre perquirir quais são as regras aplicáveis ao processo do trabalho.

3.4. Nova sistemática do novo CPC e o processo do trabalho

Pelo que foi exposto e diante da tranquila corrente jurisprudencial sobre o assunto, percebe-se que a redistribuição do ônus da prova pelo juiz continuará sendo possível, fortificada agora com a previsão legal (art. 373, *caput*, do CPC, aplicado subsidiariamente). Objetiva-se, acima de tudo, efetivar o pleno e o justo acesso à justiça, sobretudo porque não se ignora a disparidade de posição econômica e social dos sujeitos envolvidos na grande parte das lides trabalhistas (empregado e empregador), tudo autorizado, também, pela liberdade de condução do processo pelo juiz, que sopesará a necessidade, ou não, na adoção da redistribuição dos encargos (arts. 765 e 852-D, ambos da CLT).

A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o Enunciado n. 302, segundo o qual “[A]plica-se o art. 373, §§ 1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)”

Também a 1ª Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil, ocorrida no TRT da 18ª Região, discutiu a aplicabilidade do art. 373, § 1º, do CPC ao processo do trabalho, sob a seguinte proposta formalizada: “PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O art. 373, § 1º, do Novo CPC, aplica-se ao processo trabalhista, de forma supletiva, por ser compatível com os princípios norteadores do processo laboral”. Todavia, a proposta, em que pese aprovada em comissão, foi rejeitada na deliberação plenária, motivo pelo qual não chegou a se transformar em enunciado.

De outro lado, no que concerne à redistribuição convencional, atenção redobrada é merecida.

A redistribuição citada (promovida pelas partes) deve ser vista com ressalvas no processo do trabalho, porquanto pode, em princípio, não existir a compatibilidade exigida pelo art. 769 da CLT.

Em que pese já registrado ao longo desta articulação, é preciso sempre lembrar a inexistência, em regra, da simetria entre os sujeitos na relação de trabalho, sobretudo na relação de emprego. É comum que os polos processuais sejam frequentados pelo empregado, de um lado, e empregador, de outro, não

sendo incomum que este, durante o contrato de trabalho, possua maior poder de barganha e de convencimento se cotejado àquele.

Diante da falta de paridade isonômica, não seria crível, com a devida vênia, que se possibilitasse aos contratantes (empregado e empregador), durante a relação de emprego, convencionar sobre o ônus da prova em ação trabalhista a ser eventualmente proposta. Por decorrência lógica, a liberdade e a autonomia contratuais, princípios caros do direito civil, traria repercussões negativas à tutela da parte vulnerável (empregado). Não seria demais pressupor “variadas formas de delegar ao empregado diversos ônus probatórios”.

Cogita-se, a título de ilustração, a possibilidade de se convencionar que, caso o empregado seja dispensado motivadamente (“por justa causa”), e quisesse discutir o rompimento do contrato em juízo, haveria de comprovar o não cometimento da falta grave.

A conclusão pela impossibilidade de aplicar os §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC ao processo do trabalho parece inarredável, e o motivo é bastante simples: a liberdade contratual levada a cabo entre partes materialmente desiguais leva a resultados potencialmente injustos. Tomam relevo os princípios de direito material do trabalho, a fim de vedar essas “contratações sobre ônus da prova”, notadamente o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Guardada a duvidosa inconstitucionalidade de que se reveste (violação dos princípios da separação dos poderes e da inércia da jurisdição, competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual - CF, art. 22, inc. I -, e usurpação da competência do juiz natural), o TST mencionou quais os dispositivos do CPC seriam aplicáveis ao processo do trabalho, expungindo qualquer dúvida sobre a redistribuição convencional do ônus da prova, conforme art. 2º, inc. VII, da Instrução Normativa n. 39⁽²⁹⁾, *in verbis*:

(29) Resolução n. 203, de 15.3.16, que “Edita a Instrução Normativa n. 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: [...]

VII – art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes)

No momento da redação desta articulação, a Instrução Normativa n. 39 do TST encontra-se em discussão no STF, tendo em vista a provocação da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho — Anamatra, por meio da ADI n. 5.516. Contudo, esse fato não desnatura o “sentir inicial” da Corte maior do Judiciário Trabalhista sobre o assunto, o qual parece ser o mais adequado neste efêmero período de vigência do novo CPC.

Nesse passo, se o argumento jurídico utilizado para o afastamento da redistribuição convencional seria a proteção dirigida ao trabalhador, já que vulnerável, não se pode deixar de levantar questão oportuna: a aparente vedação da aplicação do art. 373, §§ 3º e 4º (redistribuição convencional do ônus da prova) alcança o direito coletivo do trabalho (dissídios coletivos)?

À primeira vista se poderia concluir que, ainda que o direito coletivo do trabalho não suponha, via de regra, vulnerabilidade de uma das partes, o bem tutelado continua sendo de ordem pública, portanto indisponível e irrenunciável. Não por outro motivo se mitiga a autonomia contratual privada, senão o de estabelecer, na feliz expressão de Godinho (2016, p. 122), um patamar civilizatório mínimo, aquém do qual não têm as partes livre disposição, ainda que por negociação coletiva (v. g., as regras de segurança e medicina do trabalho, conforme Súmula n. 437 do TST⁽³⁰⁾).

inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva”.

(30) INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012 I – Após a edição da Lei n. 8.923/94, a não concessão ou a

Todavia, a discussão sobre os limites da negociação no direito coletivo do trabalho foi objeto de análise pelo STF em 30 de abril de 2015, nos autos do Recurso Extraordinário n. 590.415, quando se analisou a possibilidade ou não de quitação geral do contrato de trabalho por meio de plano de demissão incentivada, elaborado por acordo coletivo de trabalho. No caso, o STF deliberou pela higidez do negociado, sob os seguintes argumentos, que aqui cabem registrar:

É relevante, ainda, para a análise do presente caso, o princípio da lealdade na negociação coletiva. Segundo esse princípio os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que as partes são equivalentes, ao contrário do que ocorre no ramo individual. Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada. (BRASILIA, 2015)

concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei n. 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.”

A *ratio decidendi* da Suprema Corte para chancelar o negociado foi não verificar a hipossuficiência apta a afastar a referida cláusula. Pelo contrário, segundo o STF, os empregados, quando assistidos pelo sindicato, assumem poder de barganha perante o poder econômico do empregador, motivo pelo qual não se verifica a mesma assimetria das relações individuais de trabalho apta a atrair os princípios do direito individual do trabalho.

Por conta disso, é possível inclinar-se no sentido de que o STF, ao julgar o RE n. 590.415, permite a possibilidade de se incluir, em norma coletiva, cláusula de nítido “negócio processual”, pelo qual se redistribuiria o ônus da prova pela conveniência dos sujeitos, na forma autorizada pelo art. 373, §§ 3º e 4º do CPC.

Contudo, a princípio, nos inclinamos em sentido intermediário.

Apesar de reconhecer a simetria de posição entre os sujeitos no direito coletivo do trabalho, seria desarrazoado ignorar o bem jurídico afinal transacionado pela inversão do ônus da prova. Eventual cláusula de redistribuição convencional quando a matéria a ser futuramente — e eventualmente — discutida em juízo envolver regras de medicina e segurança do trabalho, parece-nos infensa ao ordenamento trabalhista, porquanto indisponível ao talante das partes.

Com efeito, temos consciência de que este e outros assuntos ainda serão objeto de ampla discussão nos âmbitos judicial e acadêmico, sem perder de vista o desiderato do direito instrumental do trabalho: fazer valer o direito material do trabalho, cujo princípio tuitivo é o que mais lhe dá destaque.

4. Considerações finais

Ante todo o exposto apresentado neste sucinto trabalho, percebe-se que a distribuição legal (teoria estática) do ônus da prova permanece idêntica com a chegada do novo CPC, aplicando-se as disposições do art. 818

da CLT com os aperfeiçoamentos previstos no art. 373, *caput*, do novo código. No particular, prevê o legislador, de forma irreparável, um ônus a cada parte, de forma abstrata e genérica.

Outrossim, merece aplausos a incorporação, pela legislação processual civil, da distribuição dinâmica do ônus da prova (teoria das cargas dinâmicas), prática já adotada de forma tranquila pelo Judiciário Trabalhista. No particular, cabe ao juiz, na sua função de presidente do processo (art. 765 da CLT), remeter à parte o ônus da prova, a depender da sua facilidade ou dificuldade de demonstração no caso concreto.

Objetiva-se, com a distribuição dinâmica pelo juiz (arts. 765 e 852-D da CLT), o efetivo acesso à justiça de forma substancial, equiparando as partes a posição isonômica, fazendo valer o princípio de paridade das armas, daí por que compatível a regra do CPC ao processo do trabalho, *ex vi* do disposto no art. 769 da CLT.

De outro norte, porém, a redistribuição do ônus da prova convencional merece maior atenção, ao menos no processo do trabalho, tendo em vista a desigualdade substancial dos sujeitos presentes na ação trabalhista. Permitir, em princípio, a livre disposição do ônus da prova seria permitir, em tese, eventual abuso da parte mais forte sobre a parte vulnerável, em afronta aos princípios protetivos do direito do trabalho, conforme art. 7º do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT).

Portanto, a redistribuição pelas próprias partes merece acurada atenção e maior reflexão, uma vez que, ao menos em princípio, se enxerga incompatibilidade com o processo do trabalho e sua estrutura principiológica. Exceção se faz à aplicabilidade da convenção do ônus da prova quando se está diante do direito coletivo do trabalho, porquanto, em tese, desaparecida a disparidade entre os sujeitos, salvo nos casos de normas de caráter indisponível (por exemplo, normas de medicina e segurança do trabalho).

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria dinâmica do ônus da prova. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. cap. 27, p. 443-465.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Mandado de Segurança n. 0000469-03.2011.5.05.0000*. Relator: Suzana Maria Inácio Gomes. Salvador (BA), 28 de março de 2021. Disponível em: <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp/f/n/consultadocumentocon?id=10112030700698932147&municipio=1>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista n. 250000-70.2006.5.09.002212*. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília (DF), 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0250000&digitoTst=70&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0022&submit=Consultar>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de. Revisitando o ônus da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 123, p. 70-86, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário n. 0010373-13.2014.5.01.0078*. Relatora: Claudia Regina Vianna Marques Barrozo. Rio de Janeiro (RJ), 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://consultapje.trt1.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=fT1Kc6hcDevfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=1cybCgHwZJQ%3D&p_>

num=1cybCgHwZJQ%3D&p_npag=x>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

Da força legal das instruções normativas do Tribunal Superior do Trabalho: Uma análise acerca da (in)constitucionalidade da IN n. 39/2016 — entre erros e acertos

Tainá Angeiras^(*)

Resumo:

- O presente artigo fará uma abordagem delimitada quanto à constitucionalidade da Instrução Normativa n. 39/2016, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho — TST, a qual dispõe sobre as normas do CPC de 2015 aplicáveis ou não ao processo do trabalho, atendo-se a verificar o conteúdo deste ato administrativo e sua compatibilidade com as demais normas de nosso ordenamento. O objetivo principal da pesquisa será demonstrar, com base em uma análise doutrinária acurada e nas atuais discussões a respeito do problema, a inconstitucionalidade desta instrução, seja por desrespeito a diversas regras constitucionais e legais, seja por ofensa direta a vários princípios instituídos pela Carta Magna. Ficará demonstrado ao final que não é papel de uma instrução normativa o de criar direitos e impor obrigações, também não pode uma instrução ser elevada ao status de súmulas, precedentes ou orientações jurisprudenciais, por não possuir o mesmo processo democrático de criação de tais normas. Por todo exposto, restará comprovado que não há como sustentar que a mera insuficiência dos dispositivos celetistas, a suposta ausência de normas justas e atuais, a morosidade do Legislativo na elaboração de normas e a necessidade de uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, outorguem poderes completamente desvinculados da lei a um Tribunal, em atuação administrativa, para legislar sobre normas de caráter processual, em completo desrespeito à nossa Constituição.

Abstract:

- This article will make a defined approach to the constitutionality of Instruction 39/2016, issued by the Superior Labor Court, which deals about the rules of new Code of Civil Procedure that are or not applicable to the labor process, to check the content of this administrative act and its compatibility with other rules of our legal system. The main

(*) Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 19ª Região.

objective of the research will be to demonstrate, based on an accurate doctrinal analysis and in the current discussions about the problem, the unconstitutionality of this instruction, either disregard the various constitutional and legal rules, either by direct offense to a number of principles established by the Constitution. Will be shown at the end that is not the role of a normative instruction to create rights and impose obligations, can not an instruction to be elevated to the status of precedents or jurisprudences, not have the same democratic process of creating such standards. For all the above, it remains proven that there is no claim that the mere failure of labor devices, the alleged lack of fair and current rules, the length of the legislature in the development of standards and the need for standardization of jurisprudential understandings, grant completely unlinked powers of law to a court in administrative action, to legislate on procedural character standards, in complete disregard to our Constitution.

Palavras-chave:

- ▶ Instrução Normativa — TST — Competência — Inconstitucionalidade.

Key-words:

- ▶ Normative instruction — Superior Labor Court — Competence — Unconstitutionality.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Noções gerais e relevância das Instruções Normativas do TST. Análise da IN n. 39/2016: uma antecipação para resolução do problema da aplicação do novo CPC ao processo do trabalho
 - ▶ 2.1. As instruções normativas: conceito, função e aplicação jurídica
 - ▶ 2.2. Da análise das últimas Instruções Normativas do Tribunal Superior do Trabalho
 - ▶ 2.3. Do estudo específico da IN n. 39/2016
 - ▶ 2.4. Legalidade/Constitucionalidade da IN n. 39/2016 — acertos
 - ▶ 2.5. Da (in)constitucionalidade e/ou (i)legalidade da IN n. 39/2016 — erros
 - ▶ 2.5.1. Usurpação de competências do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo: Um problema de ordem constitucional
 - ▶ 2.5.2. Instrução normativa como fonte autônoma e geral — Impossibilidade
 - ▶ 2.5.3. Insuficiência de maturação na análise da problemática. Uma ofensa ao princípio do devido processo legal
 - ▶ 2.5.4. Supressão de instâncias. Efetiva diminuição dos poderes dos juízos e tribunais inferiores
 - ▶ 2.5.5. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.516
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

A cada novo momento histórico na sociedade, novos são também os direitos pretendidos, e novos são os problemas apresentados que precisam de solução concreta, mediante efetiva tutela jurisdicional.

Ocorre que, como se sabe, a evolução dos nossos complexos normativos nem sempre conseguem acompanhar estas modificações sociais, ficando quase sempre um passo atrás destes avanços.

É em decorrência desta morosidade legislativa que, cada vez mais, o Poder Judiciário vem atuando no sentido de suprir as lacunas constatadas em nosso ordenamento jurídico, no que se convencionou chamar de “ativismo judicial”.

Com o processo trabalhista essa situação é ainda mais evidente, na medida em que diante do seu diminuto número de textos normativos, o mesmo se utiliza da aplicação subsidiária de outros diplomas jurídicos, consoante autorizado pela própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Por isso, quando um ramo jurídico, como vem acontecendo com o processo civil, se moderniza ao ponto de se mostrar, aparentemente, mais eficaz que o processo laboral na prestação eficiente da tutela jurisdicional, muito se discute a respeito da abrangência de sua transposição para a esfera trabalhista.

Visando suprimir esses embates acerca das lacunas legais, os Tribunais têm se utilizado de mecanismos diversos para evitar o vedado “*non liquet*”.

Destarte, o artigo em comento tem por objetivo analisar, de forma crítica, a utilização desmedida de instruções normativas pelos nossos Tribunais trabalhistas, mais especificamente, a Instrução Normativa n. 39/2016, que está trazendo imensos reflexos na jurisprudência de nossos Tribunais, servindo, inclusive como supedâneo de cancelamentos e revisões de súmulas e orientações jurisprudenciais.

O tema a ser apresentado terá como foco a verificação da força legal das instruções normativas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, em especial da Instrução Normativa n. 39/2016, que tem por objeto o estabelecimento de parâmetros quanto à aplicabilidade ou não das normas do novo Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho.

O problema trazido no presente estudo será identificar os acertos e, principalmente, os erros, equívocos e falhas deste ato administrativo, para, finalmente, identificar a inconstitucionalidade deste diploma, demonstrando a necessidade do estabelecimento de limitações a respeito da abrangência e do conteúdo das instruções normativas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

2. Noções gerais e relevância das Instruções Normativas do TST. Análise da IN n. 39/2016: uma antecipação para resolução do problema da aplicação do novo CPC ao processo do trabalho

2.1. As instruções normativas: conceito, função e aplicação jurídica

A definição do que sejam as instruções normativas não é facilmente encontrada nos livros de estudo de direito e processo do trabalho. Seu conceito, quando disposto, é trabalhado nos compêndios doutrinários trabalhistas apenas de forma superficial.

Por isto, buscaremos a definição do instituto em outros ramos jurídicos, em especial no direito administrativo, tributário e constitucional, para estudar de forma mais detalhada o assunto em análise.

Considerando as instruções normativas como espécie do gênero maior de atos administrativos, o consagrado administrativista Gasparini⁽¹⁾ as definem como “a fórmula mediante a qual os superiores expedem normas

(1) GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 87.

gerais, de caráter interno, que prescrevem o modo de atuação dos subordinados em relação a certo serviço [...] Assemelha-se ao aviso, à circular e à ordem de serviço”.

No âmbito tributário, os Tribunais definem as Instruções Normativas como sendo uma espécie de “regulamento” com o objetivo exclusivo de clarificar as normas do ordenamento. Vejamos o seguinte julgado do TRF da 3ª Região⁽²⁾:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS IMPORTAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI N. 10.865/2004. CRÉDITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABÍVEL. TAXA SELIC. [...] *Em nosso sistema jurídico, a natureza das instruções normativas é o de regulamento, tendo elas a função de aclarar os preceitos legais para a melhor aplicação da norma. Desta forma, revela-se incompatível com o princípio da estrita legalidade a instrução normativa que além de aclarar o dispositivo legal, cria novas hipóteses de exação ou restringe direitos do contribuinte que a lei lhe conferiu.* Desta forma, entendo que a IN SRF n. 457/2004 extrapolou os limites a elas impostos. [...]. (TRF-3 - AMS: 5702 SP 0005702-48.2008.4.03.6103, Relator: Desembargador Federal Nery Junior, Data de Julgamento: 27.11.2014, Terceira Turma). (grifos nossos)

Em artigo intitulado “A lei e a instrução normativa: A força da Instrução Normativa”, Oliveira⁽³⁾ dispõe que:

A Instrução Normativa pode ser definida como um *ato puramente administrativo*, uma norma complementar administrativa, tão somente. Esta tende a completar o que está em uma Portaria de um superior hierárquico, num Decreto Presidencial ou em uma Portaria Interministerial. Desta forma,

a Instrução Normativa jamais poderá inovar o ordenamento jurídico. Assim, a Instrução Normativa *nunca poderá passar colidir com Leis ou decretos*, pois estes devem guardar consonância com as Leis. (grifos nossos)

Como se vê, mesmo nestes diplomas jurídicos, ainda persiste certa indefinição e inconsistência sobre o que seja, efetivamente, instrução normativa para o ordenamento jurídico brasileiro.

Talvez por isso seu emprego venha sendo utilizado de maneira estranha e duvidosa, ora sendo aplicado de maneira correta, com base nas funções que, indiscutivelmente, lhe pertençam, ora aplicado em substituição ou em oposição às normas do sistema jurídico, fugindo de sua finalidade primordial, de maneira a subverter a ordem legal do sistema constitucional, especialmente a relativa aos procedimentos do processo legislativo.

Apesar da celeuma existente em torno da conceituação deste instituto, temos firmado na doutrina e jurisprudência algumas funções básicas das Instruções Normativas. São elas: esclarecer ou clarificar as normas legais postas; dispor sobre os procedimentos administrativos para aplicação de determinada norma pelo Tribunal que a instituir; estabelecer os métodos de utilização de algum instituto jurídico no âmbito interno dos Tribunais, recomendando (e não impondo) a melhor forma de aplicação para os órgãos inferiores; servir de complemento às leis postas, como forma de dar a melhor interpretação possível para os dispositivos que contenham cláusulas abertas etc.

Por sua vez, regra geral, estes instrumentos não servem para: invadir a esfera de competência constitucional ou legal; revogar dispositivo de lei; ofender ou ir de encontro a preceitos principiológicos; modificar redação de norma ou aplicá-la com restrições não previstas em lei; dar interpretação contrária à lei ou a Constituição; estabelecer parâmetros normativos vinculativos para os Tribunais e juízes inferiores, reduzindo sua independência funcional; criar direitos e obrigações para os jurisdicionados; aplicar sanções etc.

(2) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AMS: 5702 SP 0005702-48.2008.4.03.6103. Relator: Des. Nery Junior.

(3) OLIVEIRA, Lenice Iolanda de. A lei e a Instrução Normativa: A força da Instrução Normativa. Disponível em: <<http://www.rochamarques.com.br/artigos/lei-e-instrucao-normativa>>.

Isto porque, apesar das instruções normativas possuírem grande relevância, elas ainda não são aceitas como fontes formais do direito, na medida em que não preenchem os requisitos para alcançar este fim. Seu âmbito de aplicação é bem mais restrito do que as normas (regras e princípios); não possuem a mesma força normativa dos decretos executivos (regulamentos e decretos autônomos); não conseguem, em regra, vincular os demais Poderes do Estado; nem mesmo têm eficácia *erga omnes*, ou seja, aplicação para todos os destinatários sociais, só se aplicando no ambiente interno do Tribunal prolator da resolução.

Deste modo, verifica-se que não é papel das Instruções Normativas o de servir como integradora de lacuna normativa ou mesmo para suprimir omissões valorativas, seu papel é muito mais elucidativo e interpretativo do que propriamente normativo.

2.2. Da análise das últimas Instruções Normativas do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho, seguindo outros órgãos do Judiciário e de todos os demais poderes estatais, utiliza-se de resoluções e instruções normativas, bem como outros mecanismos administrativos, para organizar suas estruturas e demais procedimentos internos do Tribunal, conforme prevê seu regimento, autorizado pelo art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.

No que se referem, especificamente, as Instruções Normativas do TST já foram 40 (quarenta) as publicadas desde 1982 até hoje. Em quase sua maioria podemos observar que foram utilizadas para definir parâmetros acerca de procedimentos a serem adotados no âmbito interno do Tribunal. Assim foi com a IN n. 09/1996 que estabeleceu os procedimentos a serem adotados na Justiça do Trabalho, relativamente ao arbitramento das custas processuais, com a IN n. 10/1997, que estabeleceu os procedimentos quanto às contribuições previdenciárias dos representantes classistas, e,

dentre outras, com a IN n. 20/2002, que dispõe sobre os procedimentos para recolhimento de custas e emolumentos devidos à União no âmbito da Justiça do Trabalho.

Ocorre que, de uns tempos para cá, esta utilização vem se alargando, passando a Corte Trabalhista Suprema a empregar as Instruções Normativas para suprir os vácuos normativos de sua legislação, em patente desrespeito a diversos princípios e regras constitucionais, como os princípios da reserva legal e da separação de poderes, bem como a regra de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF).

Por este motivo, vários dispositivos de diversas instruções normativas elaboradas pelo Tribunal Superior do Trabalho, no decorrer dos últimos anos, foram considerados como ilegais ou inconstitucionais.

Em 1997, a IN n. 11/1997 do TST, atualmente revogada pela IN n. 32/2007, foi declarada parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da ADI n. 1.662-7/SP. Na petição inicial desta ação de controle concentrado, o Governo do Estado de São Paulo arguiu a inconstitucionalidade de tal ato administrativo por violar os arts. 19, 22 e 100 e parágrafos da Constituição Federal, bem como os princípios da isonomia, da federação e da divisão de poderes.

Já em 2005, a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB, em um contexto diferenciado, mas similar ao que aconteceu com a IN n. 39/2016, conforme veremos a seguir, ao analisar a aplicação da Instrução Normativa n. 28 do TST, considerou-a ilegal e solicitou a correção de seu texto por contrariar a legislação vigente. Em trecho do ofício do Presidente da Comissão de Tecnologia da Informação do Conselho Federal da OAB encaminhado ao então Presidente do Conselho Federal da OAB⁽⁴⁾ alertando-o acerca

(4) CONSELHO FEDERAL DA OAB. Comissão da OAB alerta para ilegalidade em instrução do TST. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/4768/comissao-da-oab-alerta-para-ilegalidade-em-instrucao-do-tst>>.

de tal problema evidenciado naquele instrumento normativo, o autor afirmou que:

[...] Entretanto, certamente causada pela ânsia de aprimorar o funcionamento da máquina judiciária, a referida instrução comete uma ilegalidade, que, reparada, trará de volta todo o brilho e oportunidade que seus redatores desejaram. [...] Sendo assim, é imperiosa a correção, no texto da referida Instrução. [...] Se este reparo não ocorrer estaremos diante de um cenário futuro desafiador diante deste precedente [...]. (grifos nossos)

Esta situação se repetiu com a Resolução Administrativa n. 1470 de 24 de agosto de 2011 do Tribunal Superior do Trabalho, objeto da ADI n. 5.474. E, mais recentemente, no dia 5 de maio de 2016, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5.516), objetivando suspender a eficácia da IN n. 39/2016.

2.3. Do estudo específico da IN n. 39/2016

A evolução do diploma processual civil trouxe consigo diversos debates sobre o diálogo das fontes e a heterointegração dos diplomas cível e trabalhista, diante de uma possível compatibilidade entre estes dois subsistemas jurídicos.

E se as mínimas alterações no revogado Código de Processo Civil de 1973 já desencadeavam dúvidas em torno de sua aplicação ou não ao processo do trabalho, imagine a promulgação de um código completamente novo e modernizado como o CPC de 2015.

Neste período de discussões e estudos acerca da viabilidade da aplicação dos preceitos inovadores contidos no novo CPC ao processo laboral, o Tribunal Superior do Trabalho resolveu publicar a Instrução Normativa n. 39/2016.

O Ministro João Oreste Dalazen⁽⁵⁾, Coordenador da Comissão de Ministros do TST, já

na Breve Exposição de Motivos da mencionada Instrução Normativa deixou claro que os objetivos perseguidos pelo Tribunal na elaboração desta norma seriam de impor um posicionamento do TST sobre os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho, examinando as questões mais relevantes e controvertidas e buscando analisar a possibilidade de transposição de tais normas para o processo laboral.

Ante o exposto e da análise de suas Considerações Iniciais, percebe-se que tal Instrução teve como objetivo principal tentar acalmar os ânimos dos operadores do direito, buscado soluções prévias para os questionamentos trazidos com a promulgação e vigência deste novo diploma jurídico.

Todavia, a princípio, não foi este o sentimento externado por estes atores sociais. A sensação, ao que me parece, foi de levantar maiores indagações e suspeitas acerca da constitucionalidade/legalidade do instrumento em questão. Afigura que a antecipação prematura na elaboração de uma norma com tantas disposições superficiais acerca de um assunto de tão grande fragilidade e tantos posicionamentos controversos trouxe problemas ainda maiores para os destinatários destas normas. Será mesmo que a norma em questão transmitiu segurança jurídica aos jurisdicionados como ela mesma prevê? Será que a celeridade processual pode atuar em detrimento do devido processo legal, sem nenhuma ponderação? Será que era tão imperativa a necessidade do Tribunal Superior do Trabalho se manifestar acerca deste assunto que desnecessária a observância dos procedimentos legais previstos para tal desiderato?

É por essas e outras indagações que Garcia⁽⁶⁾, assim como tantos outros doutrinadores e estudiosos no assunto começaram a questionar a legitimidade deste ato administrativo.

Questiona-se, entretanto, a legitimidade democrática da referida norma administrativa, ao fixar, de modo unilateral, preceitos

(5) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa n. 39/2016.

(6) GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. *Novo CPC e Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 156.

genéricos a respeito de questões ainda não submetidas à sedimentação da jurisprudência, bem como ao adotar posições que certamente não são unânimes na interpretação doutrinária e científica a respeito da matéria. (grifos nossos)

Destarte, o objetivo central deste artigo será verificar a constitucionalidade e/ou legalidade de algum dos dispositivos ordenados na Instrução Normativa n. 39/2016, verificando os pontos positivos e negativos deste instrumento normativo e investigando sua real importância para a sociedade jurídica.

2.4. Legalidade/Constitucionalidade da IN n. 39/2016 — acertos

Em uma primeira análise do diploma, merece destaque a iniciativa do Tribunal Superior do Trabalho ao editar e publicar uma Instrução Normativa buscando dirimir, em primeira mão, possíveis controvérsias sobre a aplicação do novo CPC ao processo do trabalho.

Parecia que tudo estava prestes a se encaixar perfeitamente, na medida em que o Tribunal, de forma célere e objetivando a segurança jurídica dos jurisdicionados, conforme atesta nas Considerações Iniciais da Resolução que aprovou o instrumento citado, visava uniformizar o entendimento ainda não discutido em sua gênese pela jurisprudência e supostamente pacificar os conflitos sociais que porventura viessem a existir. Uma louvável iniciativa se não fosse tão comprometedora como veremos mais a frente.

É certo que em alguns itens da Instrução Normativa podemos observar que esta cuidou somente de constatar o que já vem sendo aplicado pela jurisprudência e defendido pela doutrina dominante. Em outros pontos vê-se que a mesma apenas buscou esclarecer alguns entendimentos que estavam, aparentemente, obscuros. Nestes aspectos, andou bem a IN n. 39/2016, uma vez que se limitou a atuar em conformidade com as suas funções informativa, complementar e esclarecedora.

Por exemplo, o art. 1º da IN n. 39, ao afirmar que o novo CPC se aplica supletiva e subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos dos arts. 769 e 889 da CLT e art. 15 do CPC, esclarece a compatibilidade entre estes dispositivos e dirime a dúvida existente quanto à revogação dos artigos celetistas pelo novo código. Ao fazer esta constatação, estaria o ato em questão apenas esclarecendo uma discussão que há em torno da aplicação/interpretação de duas normas jurídicas em vigor, o que como vimos, faz parte de uma de suas funções — função esclarecedora.

O § 1º do art. 1º da IN n. 39/2016 também estabeleceu norma que está encaixada dentro das funções deste ato administrativo, na medida em que tão só replica um posicionamento já adotado na CLT e na sedimentada jurisprudência trabalhista, ao tratar do princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias na Justiça do Trabalho — função informativa. O mesmo ocorre com o § 2º que indica o prazo de 08 (oito) dias para interpor recursos trabalhistas.

O *caput* do art. 4º, por sua vez, aponta que é aplicável ao processo do trabalho os arts. 9º e 10 do NCPC que tratam do princípio do contraditório, o que nem precisaria estar descrito em instrução normativa, pois se está diante de uma norma constitucional (art. 5º, LV, CF). Mais uma vez, é a função informativa e esclarecedora da IN n. 39 atuando em consonância com as balizas deste ato administrativo.

No entanto, o instrumento normativo já começa a apresentar falhas ao distribuir, unilateralmente, normas não aplicáveis (arts. 2º; 5º; 11), aplicáveis (arts. 3º, 10) e aplicáveis com ressalvas (arts. 4º; 6º; 15) ao processo trabalhista, em patente desrespeito a diversas regras e princípios do nosso ordenamento jurídico.

2.5. Da (in)constitucionalidade e/ou (i)legalidade da IN n. 39/2016 — erros

Se é certo que podemos constatar algumas virtudes na Instrução Normativa n. 39/2016,

quando a mesma se atém apenas a esclarecer o conteúdo da nova norma processual civil em vigor e clarificar alguns pontos controvertidos, é tão mais patente a possibilidade de se verificar um número ainda maior de equívocos na elaboração e no conteúdo de tal diploma. São vários os erros que podemos constatar de pronto neste instrumento. Alguns destes serão enumerados e detalhados a seguir.

2.5.1. Usurpação de competências do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo: Um problema de ordem constitucional.

Como é cediço, cada Poder estatal (Executivo; Legislativo e Judiciário) possui funções específicas e típicas para desenvolver suas atividades de modo independente e autônomo dos demais. Em suma, é função típica do Executivo a de administrar o Estado, do Legislativo a de produção normativa e fiscalização orçamentária e do Judiciário a de aplicação do direito ao caso concreto posto à sua solução.

Apesar de possuir estas funções ordinárias, cada um dos poderes recebeu da Constituição Federal missões anômalas, como forma de manter balanceada e harmônica esta subdivisão, são as chamadas funções atípicas.

Em decorrência dessas atribuições extraordinárias é que cada um dos Poderes desempenham funções típicas dos demais. Porém, esta atribuição deve ser expressamente distribuída pela Constituição, não podendo ser criada ao alvedrio de cada Poder ou órgão institucional. Somente o diploma normativo maior, ápice do escalonamento jurídico, é capaz de fazer esta distribuição de competências atípicas.

Pois bem. No que tange ao processo de criação de fontes normativas primárias, como as leis, de abrangência geral e abstrata, a Constituição deixou claro a competência privativa do Poder Legislativo, só delegando tal função, em situações excepcionais, ao Poder Executivo, nos casos de Medidas Provisórias, Leis Delegadas e de Decretos regulamentares ou autônomos. Porém, para o Poder Judiciário

esta delegação foi ainda mais restritiva, não podendo o mesmo criar normas jurídicas de caráter abstrato. As normas criadas pelo Poder Judiciário, ao emitir uma decisão definitiva tem incidência concreta, direta e individualizada para as partes envolvidas no dissídio. Ademais, o poder de elaborar seu próprio regimento interno e, portanto, legislar, é uma garantia mais administrativa de controle dos Tribunais do que propriamente normativa, na medida em que suas disposições não irão vincular nenhum dos demais poderes em questão, nem ultrapassarão os muros daquele órgão estatal, não atingindo de forma direta os particulares.

Como se vê, a atividade legiferante do Poder Judiciário é bastante limitada. Isto não impede que o mesmo, no uso de suas atribuições administrativas, elabore atos administrativos como portarias, ordens de serviço e instruções, objetivando a melhoria da organização interna dos procedimentos de seus órgãos. Atente-se que aqui não se está mais falando no uso de atribuições atípicas legislativas (criação de normas gerais), mas sim na utilização de funções tipicamente administrativas do Poder Judiciário.

Ao elaborar um ato administrativo, como uma instrução normativa, o Poder Judiciário deve seguir os parâmetros legais, em estrita obediência ao princípio da legalidade formal (reserva legal), típico princípio que norteia as atividades da Administração Pública e que impõe aos administradores a atuação conforme preceitua a legislação. Não pode o administrador se furtar da observância deste vetor principiológico. Assim, uma Instrução Normativa não pode ir além ou ser contrária à lei.

Esta atuação em desconformidade com o princípio da reserva legal é inconstitucional e criticada por diversos autores, como faz Ferraz Jr.⁽⁷⁾ ao tratar da atuação do Estado-gestor na

(7) FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 202.

elaboração de decretos regulamentares do Executivo, nos seguintes termos:

Os decretos que regulamentam leis [...] devem servir ao fiel cumprimento da lei, não podendo, em tese, contrariar-lhe os conteúdos prescritivos nem acrescentar-lhes outros. Essa restrição está ligada aos valores de segurança e da certeza. Apesar disso, é conhecido o problema do moderno Estado-gestor que, em face da complexa celeridade das transformações econômicas, acaba por contrariar aquela restrição, produzindo, no rol das normas regulamentadoras, prescrições que ou são incompatíveis ou extrapolam as limitações legais. Isto, ademais, não ocorre apenas com os decretos, mas também com outros atos normativos do Executivo, como as portarias (atos administrativos ministeriais que estabelecem normas, em princípio, de eficácia individual e apenas para os órgãos da administração), instruções (atos administrativos internos que vinculam no âmbito de órgãos) etc. (grifos nossos)

Portanto, se até mesmo um decreto deve, regra geral, obediência às leis, o que dizer de uma instrução normativa que nem ao menos é considerada fonte formal de direito?

Nota-se, que neste aspecto — elaboração da IN n. 39/2016 — o Tribunal Superior do Trabalho excedeu em sua competência, atuando de maneira a legislar sobre um assunto que foge das suas funções ordinárias e extraordinárias, conforme constata Cyntia Possídio⁽⁸⁾, Diretora-Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB/BA:

Ocorre que o E. Tribunal acabou por exceder em sua competência, na medida em que, em lugar de dispor sobre procedimentos por meio do referido ato administrativo, editou diversas normas de conteúdo normativo-processual, numa clara postura legiferante

desautorizada, que, em verdade, inverte a lógica judicial, para matar no nascedouro as discussões jurídicas que decerto emergirão da aplicação supletiva e subsidiária do Novo CPC ao Processo do Trabalho. [...] Nessa medida, é questionável a legalidade da Instrução Normativa n. 39/2016 do E. Tribunal Superior do Trabalho, cabendo-nos, assim, a reflexão sobre sua efetiva aplicação ao Processo do Trabalho. (grifos nossos)

Não existe em nosso ordenamento nenhuma norma que autorize a delegação para que qualquer órgão do Poder Judiciário possa deliberar sobre a regulamentação de lei federal processual por meio de ato administrativo, como são as instruções normativas. Ao contrário, o art. 22, I, da Constituição Federal prevê que é da competência privativa da União legislar sobre normas de processo, neste incluído o processo do trabalho.

Cumprе ressaltar que a separação das funções estatais em poderes é considerada norma fundante do nosso Estado Democrático de Direito, princípio sensível do sistema constitucional, conforme preceitua o art. 60, § 4º, III de nossa Constituição. Não se pode menosprezar este tão importante preceito constitucional. É preciso que se mantenha íntegro o sistema dos Poderes da República, como forma de respeito a nossa Constituição. Qualquer instrumento normativo que vise a suprimir ou mitigar esta regra deve ser invalidado pela pecha da inconstitucionalidade.

2.5.2. Instrução normativa como fonte autônoma e geral — Impossibilidade

As instruções normativas são espécies de atos administrativos e veiculam comandos de agentes hierarquicamente superiores para os seus subordinados acerca do tratamento específico a ser dado a certo procedimento interno de seus órgãos.

Por sua vez, não são consideradas fontes formais de direito, justamente pela ausência dos atributos da abstração, da autonomia e da generalidade.

(8) POSSÍDIO, Cyntia. *A legalidade da Instrução Normativa n. 39 do TST à luz do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/483-a-legalidade-da-instrucao-normativa-n-39-do-tst-do-novo-codigo-de-processo-civil.html>>.

Destarte, tais instrumentos não podem ser utilizados em substituição às normas jurídicas. Foge as funções de uma IN servir como se lei fosse. Primeiro porque não é, como já vimos, competência do Poder Judiciário, especificamente do TST, elaborar normas de conteúdo normativo-processual. Segundo porque o processo legislativo de formação de uma lei é muito mais democrático, participativo e complexo do que o de um ato normativo, como as instruções. E, finalmente, porque a abrangência de uma IN é demasiadamente menor do que a de uma lei.

Ademais, uma Instrução Normativa não é nem ao menos considerada um decreto regulamentar. Primeiramente, porque a Constituição distribuiu a competência para elaborar este instrumento normativo ao Poder Executivo e não ao Judiciário. Segundo, porque a instrução normativa não é fonte legal, mas sim ato administrativo. Não é, assim, apta a fazer julgamentos interpretativos acerca de uma norma, contrários ou diversos da própria lei. Dar a uma Instrução Normativa a mesma finalidade de uma lei ou até mesmo de um decreto executivo é ultrapassar os limites constitucionais travados pelos nossos constituintes.

Note que as Instruções Normativas também não podem ser aceitas como espécies dos antigos prejudgados que vigoraram no período anterior à Constituição Federal de 1946. Isso porque a previsão originária dos prejudgados contida no art. 702, “f” e no § 1º do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho há muito foi revogada.

Conforme ensinamento de Vilhena⁽⁹⁾ ao tratar sobre os prejudgados e as súmulas do TST, os prejudgados se consubstanciavam no pronunciamento prévio do Pleno do TST sobre a interpretação de uma norma que aparentasse

ser passível de várias interpretações, o que poderia gerar *a posteriori* contradições nos julgamentos dos Tribunais Trabalhistas.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1946, a constitucionalidade destes instrumentos passou a ser bastante criticada. Foi assim que em 1977 o STF começou a redefinir a abrangência e o conteúdo destes instrumentos, evidenciando não a inconstitucionalidade direta dos mesmos, mas a ausência de sua força vinculativa apta a condicionar a atividade dos demais órgãos da Justiça Laboral, conforme restou claro na Representação 946/DF⁽¹⁰⁾.

Face a isto, em 1982, a Lei n. 7.033 alterou a alínea “f” do art. 702 e revogou os parágrafos do art. 902 da CLT, suprimindo o instituto dos prejudgados do nosso ordenamento e os substituindo, definitivamente, pelas súmulas da jurisprudência dominante e uniforme.

Pois bem. Ao que parece é que, de forma errônea, a Instrução Normativa n. 39/2016 quis, muito provavelmente, ressuscitar os chamados “prejudgados”, que foram declarados tacitamente revogados pela Constituição Federal de 1946 e considerados sem força vinculante obrigatória pelo Supremo Tribunal Federal há mais de duas décadas e, ainda, retirado da CLT desde 1982, atitude esta que não deve ser aceita.

Portanto, não seria possível que uma Instrução Normativa, que nem é lei, nem é o Código de Processo Civil, nem é a Consolidação das Leis do Trabalho, pudesse indicar, sem um debate mais acurado, quais os dispositivos do NCPC serão ou não aplicados ao processo laboral. E o que é ainda pior, é aceitar que um ato normativo possa mudar, sem nenhum embasamento, o alcance de dispositivos legais ou mitigar os seus efeitos, como foi feito em diversas ocasiões na Instrução Normativa n. 39/2016.

A título de exemplificação, abordaremos alguns artigos da IN n. 39/2016 que, visivelmente, fogem das atribuições administrativas de uma instrução.

(9) VILHENA. Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejudgados, as súmulas e o TST. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 14, n. 55, 1977. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181022>>, p. 83-100.

(10) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação 946/DF*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888273/representacao-rp-946-df>>.

O primeiro deles é a questão relacionada ao princípio do contraditório e a decisão surpresa. A IN n. 39/2016, já em suas considerações iniciais peca ao se mostrar apta a mitigação do princípio do contraditório, numa real suposição de que se o Código de Processo Civil de 2015 pôde fazer, ela também estaria autorizada. Veja o seguinte trecho de suas Considerações: “considerando que o Código de Processo Civil de 2015 não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa, como transparece, das hipóteses de [...]”. Esta tendência de relativização do contraditório se confirma no art. 4º e parágrafos da IN. Apesar de informar no *caput* do artigo citado que “Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os arts. 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa”, no seu § 2º⁽¹¹⁾ prevê restrição não contida nem na CLT nem no próprio CPC, *in verbis*:

§ 2º Não se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.

Aliás, como bem observa Garcia⁽¹²⁾,

Em verdade, o art. 10 do CPC de 2015, na parte final, é expresso ao incluir a matéria sobre a qual o juiz deva decidir de ofício na exigência de dar prévia oportunidade de manifestação das partes antes de decidir. Vale dizer, as questões de ordem pública, como é justamente o caso das condições da ação e dos pressupostos processuais, a rigor, também exigiram o contraditório prévio.

Portanto, qual a pretensão desta Instrução Normativa? Criar normas? Se sim, tais normas

vinculariam os demais órgãos do Poder Judiciário? Se esta norma não é prevista nem na CLT e nem no CPC, que norma é esta? Norma nova? Isto não pode ser aceito!

Esquece-se que mais do que um princípio processual, o princípio do contraditório é, antes de qualquer coisa, um princípio constitucional com previsão expressa no art. 5º, LV da CF/88, direito humano e garantia fundamental de todo cidadão. Deve, portanto, ser cada vez mais aplicado e efetivado e não restringido, muito menos, por atos administrativos.

Por fim, para embasar tal atitude, a Instrução Normativa⁽¹³⁾ em questão fundamenta sua decisão na ideia de que “[...] o conteúdo da aludida garantia do contraditório há que se compatibilizar com os princípios da celeridade, da oralidade e da concentração de atos processuais no Processo do Trabalho, visto que este, por suas especificidades e pela natureza alimentar das pretensões nele deduzidas, foi concebido e estruturado para a outorga rápida e impostergável da tutela jurisdicional (CLT, art. 769)”.

Sem dúvida, tais princípios elencados pela IN são vetores do processo trabalhista, mas precisam ser ponderados e aplicados com a também observância do devido processo legal, da garantia de um processo justo, que respeite o contraditório e a ampla defesa, e a segurança jurídica. A celeridade não pode servir como óbice ao cumprimento dos procedimentos úteis ao devido processo, como adverte Didier Jr.⁽¹⁴⁾:

[...] O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. [...] A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao

(11) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 39/2016*.

(12) GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. *Novo CPC e Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 114.

(13) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 39/2016*.

(14) DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. 1, 14. ed., rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 69.

devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles.

Portanto, deve-se entender que a Instrução Normativa 39/2016 neste ponto específico é inconstitucional e ilegal, seja por mitigar o princípio constitucional do contraditório, seja por impor restrições não previstas em lei.

Um segundo ponto que merece ser destacado é o que diz respeito ao julgamento antecipado parcial do mérito e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Nesse ponto, veremos que, além de ilegal, a própria IN n. 39 se mostra contraditória em seus argumentos.

Isto porque o art. 5º da IN n. 39 traz a seguinte redação: “Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, *cabendo recurso ordinário de imediato da sentença*”. (grifos nossos).

A instrução normativa deixou de fora o § 5º do mencionado artigo que contém a previsão de que a decisão proferida em julgamento antecipado parcial de mérito será impugnável por meio de agravo de instrumento, provavelmente porque este não é um recurso previsto na seara trabalhista.

Ao invés disso, a Instrução Normativa, consoante previsão da parte final do seu art. 5º adrede mencionada, indica que da decisão de julgamento antecipado parcial do mérito caberá recurso ordinário imediato.

Duas situações requerem realce. A primeira é a de que a decisão de julgamento antecipado parcial de mérito é um típico exemplo de decisão interlocutória, posto que apenas resolve um incidente processual, não extinguindo a fase de conhecimento nem de execução. Não é por outro motivo que no âmbito cível é combatida por meio de agravo de instrumento. A segunda é a de que sendo decisão interlocutória ao ser transposta esta regra para o processo laboral deve-se obedecer ao princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, previsto no art. 893, § 1º da CLT, bem como na Súmula n. 214 do próprio TST, não podendo, ao menos em princípio, ensejar recurso de imediato fora das hipóteses ali previstas.

Deste modo, como aceitar que por meio de uma Instrução Normativa, que não é lei, não é decreto executivo e também não é súmula ou orientação jurisprudencial, seja inserida uma nova restrição legal ao duplo grau de jurisdição? Ainda que esta garantia fundamental não seja entendida como absoluta, ela não pode ser afastada ou suprimida por instrumentos que não tenham competência para tal.

Esta ideia do ato administrativo contradiz, inclusive, o vaticinado em seu § 1º do art. 1º que diz: “observar-se-á, em todo caso, o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, de conformidade com o art. 893, § 1º da CLT e Súmula n. 214 do TST”.

Sendo assim, resta claro que a IN n. 39/2016 extrapolou sua esfera de competência, em confronto com o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e a regra constante do art. 893, § 1º da CLT.

Destarte, da análise de apenas dois exemplos, podemos destacar que não é papel de uma Instrução Normativa o de atuar como fonte autônoma, abstrata e geral, restringindo ou ampliando o texto legal, motivo pelo qual ao fazer isso a IN n. 39/2016 ofende diretamente o princípio da reserva legal.

2.5.3. Insuficiência de maturação na análise da problemática. Uma ofensa ao princípio do devido processo legal

Outra situação que induz a inconstitucionalidade e a ilegalidade do diploma administrativo (IN n. 39/2016) é a de que não há a devida maturação na análise da problemática discutida.

Até a jurisprudência se concretizar em uma súmula ou orientação jurisprudencial é realizado um processo de amadurecimento das ideias e do posicionamento dos Tribunais sobre determinado assunto, processo este muito mais extenso e completo do que para a elaboração de um ato administrativo qualquer.

Não é de um dia para o outro que uma situação individualizada analisada pelo Judiciário é elevada ao *status* de súmula, precedente ou orientação jurisprudencial. É preciso que haja controvérsia reiterada sobre a interpretação do direito discutido no processo e aplicado aos casos concretos.

O procedimento para elaboração de uma Resolução que edite uma Instrução Normativa é bem mais simples do que o processo para uniformização de jurisprudência, conforme explicado abaixo.

Para elaborar uma Instrução Normativa basta que o Tribunal Superior do Trabalho reunido em plenário discuta os dispositivos que serão objetos do ato administrativo. Qualquer artigo, em tese, poderá ser debatido em sede de instrução normativa para esclarecimento. Veja que aqui não é necessário nem que haja ao menos uma decisão concreta sobre o assunto supostamente controvertido.

Por sua vez, o regimento interno do TST, em diversos artigos, disciplina todo o procedimento para uniformização de jurisprudência, para edição de precedentes normativos e orientações jurisprudenciais, procedimento este bem mais complexo.

Assim, é natural constatar que existe um conjunto de atos coordenados para a apuração

da controvérsia muito maior e eficiente na edição e revisão de súmulas e orientações jurisprudenciais do que na elaboração de uma instrução normativa, tornando o processo muito mais democrático e justo e muito menos arbitrário, unilateral e autoritário.

Com ênfase na necessidade de uma maior maturação das divergências apresentadas acerca da aplicação de determinados dispositivos do NCPC ao processo do trabalho, Aluísio Barros⁽¹⁵⁾, Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SINOP/MT, em artigo intitulado “Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade da IN n. 39 do TST”, afirma que:

Em razões de tais circunstâncias (entendimentos divergentes sob o mesmo assunto), *se esperava que nos primeiros anos haver-se-iam grandes embates processuais até que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho se posicionasse definitivamente sobre as questões que lhe fossem apresentadas. [...]* Essa Instrução Normativa foi editada com o objetivo de regulamentar e esclarecer quais dispositivos do Novo Código de Processo Civil seriam aplicados no Processo do Trabalho. [...] No entanto questiona-se desde já se a instrução normativa seria o meio adequado para esse posicionamento, porquanto se esperava que a jurisprudência fizesse esse papel. (grifos nossos)

Portanto, não se mostra aceitável que o Tribunal Superior do Trabalho, de maneira apressada, antecipada, sem um trâmite processual democrático, sem debate das partes, sem defesa, sem teses, possa se sobrepor a tudo isto e impor como vinculante, cláusulas visivelmente inconstitucionais como as da IN n. 39/2016.

(15) BARROS. Aluisio Felipe. *Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade da IN n. 39 do TST: Usurpação de Competência Legislativa e Ferimento ao Princípio da Liberdade Decisória do Magistrado*. Disponível em: <<http://aluisio.jusbrasil.com.br/artigos/317623794/da-ilegalidade-e-inconstitucionalidade-da-in-39-do-tst>>.

2.5.4. Supressão de instâncias. Efetiva diminuição dos poderes dos juízos e tribunais inferiores

Além de tudo isto que já fora exposto, e não menos importante, o que vai acabar acontecendo se for aberto este precedente para que as Instruções Normativas assumam um papel normativo, interpretativo e vinculativo será o esvaziamento dos poderes dos juízes e tribunais de primeira e segunda instâncias, os quais terão que se curvar ao disposto em tais instrumentos, em patente ofensa a independência funcional e a liberdade decisória de nossos magistrados.

Apesar de seguirmos uma tendência moderna, a aproximação do nosso processo ao sistema anglo-saxônico do *common law*, principalmente, com a entrada em vigor do novo CPC e as modificações no que diz respeito à autoridade dos precedentes judiciais, é inegável que o nosso sistema atual ainda finca suas raízes no sistema romanístico da *civil law*, o qual segundo Ferraz Jr.⁽¹⁶⁾ apresenta as seguintes características:

O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela *não-vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões*; segundo, *cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia*, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, *o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes*; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da *independência da magistratura judicial*: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência. (grifos nossos)

Portanto, ainda que supostamente já tivéssemos aderido por completo o sistema de *common law*, com os tribunais inferiores obrigados a

aceitar qualquer decisão dos superiores, quando todas as decisões relevantes apresentarem argumento forte para vincular as decisões judiciais de primeira instância, dentre tantas outras características deste sistema, não seria por meio de instruções normativas, meros atos administrativos, de caráter interno, sem quase nenhum poder de vinculação, que seriam impostos tais posicionamentos. Seria preciso mais, seria essencial a formação de precedentes normativos. O que demonstra ser inconcebível aceitar que uma Instrução Normativa seja capaz de suprimir ou mitigar a atuação plena dos magistrados sociais.

Felizmente, os nossos juízes trabalhistas já estão se mostrando atentos a esta problemática.

No 18º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — CONAMAT realizado nos dias 27 a 30 de abril de 2016, na cidade de Salvador/BA, em homenagem aos 40 anos de fundação da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, e com o tema central: Magistratura, Independência e Direitos Sociais, o juiz do trabalho do Tribunal Regional da 10ª Região, Excelentíssimo Senhor Ricardo Machado Lourenço Filho⁽¹⁷⁾, ao tratar sobre o tema da Independência da Magistratura e do ativismo judicial à luz do novo CPC, expôs tese para apresentação no evento, com a seguinte ementa:

Ementa: A edição de Instrução Normativa pelo Tribunal Superior do Trabalho, versando a aplicação dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, não vincula os Juízes e Tribunais Regionais do Trabalho, produzindo *efeito de mera recomendação, pois do contrário haveria violação aos princípios da independência dos magistrados e do livre convencimento*. (grifos nossos)

Do que se extrai da tese apresentada pelo citado magistrado é que, para ele, as instruções

(16) FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 211.

(17) CONAMAT. *Teses aprovadas da Comissão 04: Independência da Magistratura e Ativismo Judicial à luz do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>.

normativas não servem para substituir leis ou jurisprudências. O processo de criação de um entendimento consolidado deve ser mais democrático do que a imposição unilateral de uma norma pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho.

Afirma ainda o retrocitado jurista que “É importante registrar que a preocupação com a uniformização de tratamentos judiciais tem sido enfrentada, sobretudo, pelo trabalho das Escolas Judiciais e a promoção de debates entre magistrados sobre a interpretação e a aplicação a ser conferida aos dispositivos do Novo Código”.

Citem-se como exemplo desta afirmação do autor, os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis realizados ao decorrer dos anos e que, atualmente, conta com uma Comissão específica para análise dos reflexos do novo Processo Civil ao Processo do Trabalho, o chamado “Grupo: Impactos do CPC no Processo do Trabalho”. Enunciados estes que são discutidos e debatidos por centenas de processualistas e que possuem caráter informativo e de recomendação para todo o âmbito do Poder Judiciário.

No mesmo sentido, neste evento, o Juiz do Trabalho da 18ª Região, Excelentíssimo Senhor Juliano Braga Santos⁽¹⁸⁾, também se manifestou sobre a necessidade de respeito à independência funcional dos magistrados e a função meramente informativa das instruções normativas. Vejamos a ementa da sua tese apresentada:

Ementa: Instrução Normativa n. 39 do TST. Ato administrativo de efeitos gerais, subordinado à lei e não equiparável a Súmula ou Orientação Jurisprudencial, com função estritamente informativa. Vinculação do magistrado apenas às normas de heterointegração aplicáveis (NCPC, art. 15; CLT, arts. 769 e 889). A atribuição de qualquer efeito impositivo às disposições da Instrução Normativa n. 39

(18) CONAMAT. Teses aprovadas da Comissão 04: Independência da Magistratura e Ativismo Judicial à luz do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>.

do TST ofende os princípios da separação de poderes, reserva legal e juiz natural. Por sua natureza de ato administrativo geral, pode ter eficácia meramente informativa para fins jurisdicionais, não se equiparando a lei nem a Súmulas e Orientações Jurisprudenciais para quaisquer finalidades, especialmente admissibilidade de recursos. (grifos nossos)

Este Douto Jurista, além de diferenciar o procedimento mais complexo de criação de súmulas, precedentes e orientações jurisprudenciais do de criação de instruções, também demonstra sua preocupação com a infração a diversos princípios constitucionais, nos seguintes termos:

[...] A Instrução Normativa em exame, caso tenha sua observância imposta às instâncias inferiores, inverteria esse fluxo: o entendimento seria firmado sem o teste da experiência, fazendo do TST, na prática, único e isolado intérprete de uma codificação complexa e de infundáveis desdobramentos potenciais. Tudo sem que tenha sido provocado para dizer o direito e em descompasso com as competências funcionais estabelecidas para as instâncias originárias no texto constitucional e na legislação ordinária, por onde se espera que ascenderiam as causas até eventual chegada às cortes superiores. (grifos nossos)

Ademais, cairão por terra as possíveis divergências nos entendimentos dos nossos juizes, na medida em que o próprio TST, no nascedouro das discussões, poderá impor seus posicionamentos para os demais jurisdicionados, sem ao menos ter tido nenhum processo discutindo a respeito do direito e, como visto, sem o amadurecimento necessário às decisões desta magnitude.

Exemplo prático e atualíssimo de divergência no seio jurídico laboral é a aplicação ou não do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no processo trabalhista. Que a descon sideração da personalidade jurídica é aceita no processo do trabalho isto não se discute, aplica-se tal regra com fundamento nos arts. 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor, com base na teoria

menor de Fábio Ulhoa Coelho. No entanto, com a entrada em vigor do NCPC, surge um procedimento específico para realização desta desconsideração, como previsto nos arts. 133 e seguintes do NCPC. Assim que o diploma civilista fora publicado já surgiram às discussões a respeito de sua aplicação ou não ao processo do trabalho. Isto porque, além de exigir a manifestação das partes para dar impulso a tal incidente, impedindo a atuação de ofício dos magistrados, admitida hoje no processo trabalhista com base no art. 878 da CLT, o § 3º do art. 134 do NCPC aduz a suspensão do processo até a resolução do incidente. Com isso, parte dos magistrados aceita a aplicação deste novo procedimento, diante da omissão da CLT a respeito do instituto em questão e de uma possível compatibilidade com ajustes ao processo trabalhista. No entanto, outra parte significativa de juristas entende que este dispositivo não poderia ser aceito e aplicado ao processo do trabalho por violação de diversos preceitos laborais, tais como o princípio da celeridade, eficiência, a maior autonomia dada aos juízes sociais pelo art. 765 da CLT etc.

Esperava-se, com isso, que tal embate seria solucionado pela jurisprudência dos nossos Tribunais, após julgamentos reiterados de casos concretos. Mas não foi isso que aconteceu. A Instrução Normativa 39/2016, em seu art. 6º, afirma que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no NCPC é sim aplicável ao processo do trabalho, o que ofende os princípios da independência funcional e da livre motivação dos magistrados.

E não para por aí. Vejamos mais um exemplo de divergência que foi sepultado prematuramente pela IN n. 39/2016. É o caso da necessidade de fundamentação das decisões com fulcro no § 1º do art. 489 do NCPC. Seria este artigo aplicável ao Processo do Trabalho? Para alguns juízes sim, sem nenhuma ressalva, diante da própria imposição de fundamentação das decisões previstas no art. 93, IX e X da CF/88. Para outros não, tendo em vista ser o processo trabalhista mais simples e informal que o

processo civil, em respeito aos princípios da oralidade e simplicidade. Contudo, mesmo diante desta discussão, a IN n. 39/2016 em seu art. 15 passou a dispor que o art. 489, § 1º do NCPC seria aplicado ao processo do trabalho, ainda que de forma amenizada.

Foi também no 18º CONAMAT, ao tratar sobre a necessidade de fundamentação das decisões com base no NCPC e sua aplicação ao processo do trabalho, conforme a IN n. 39/2016, que o Excelentíssimo Juiz Rinaldo Guedes Rapassi⁽¹⁹⁾ da 19ª Região, apresentou tese com a seguinte ementa:

Ementa: NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES. IN n. 39/TST, ART. 3º, IX. A aplicação dos incisos II e III do § 1º do art. 489 do CPC deve ser feita de forma sistemática, à luz das regras da CLT e legislação extravagante. Assim, devem-se considerar os princípios da oralidade, simplicidade processual (incluído no novo CPC, art. 322, § 2º — Enunciado 49/FNTF) e da informalidade que regem o processo do trabalho, desde a formação da petição inicial e da contestação. Logo, é permitida a fundamentação sucinta (Enunciado n. 10/Enfam e n. 35/TRT10), inclusive para a identificação de questões irrelevantes eventualmente suscitada por uma das partes.

Portanto, mais uma vez, em que pese entendimentos contraditórios de nossos juízes que deveriam ser solucionados após longo processo de amadurecimento de ideias pela nossa jurisprudência, a IN n. 39 atuou de forma precipitada e engessou a criatividade judicial dos magistrados das instâncias inferiores.

Deste modo, revelam-se mais alguns motivos para ser decretada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da IN n. 39/2016: ofensa aos princípios da separação de poderes, da independência funcional dos magistrados, do juiz natural e do livre convencimento motivado.

(19) CONAMAT. *Teses aprovadas da Comissão 04: Independência da Magistratura e Ativismo Judicial à luz do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>.

2.5.5. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.516

Com a mesma celeridade que usou o Tribunal Superior do Trabalho na elaboração da IN n. 39/2016, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA, no dia 5 de maio de 2016, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5.516) no Supremo Tribunal Federal com pedido de liminar visando suspender a eficácia da debatida Instrução.

Segundo informações colhidas da Petição Inicial da ADI n. 5.516⁽²⁰⁾, para a ANAMATRA a IN n. 39 violou o art. 22, I da Constituição Federal, invadindo a competência da União, violou também o art. 5º, II e o art. 96, I, a do mesmo diploma normativo. Ainda de acordo com esta Associação, a IN em comento violou o princípio da independência dos magistrados previsto nos arts. 95, I, II, III e art. 5º, XXXVII e LIII da Carta Magna.

Nos restará observar qual será o posicionamento de nossa Suprema Corte na análise do normativo em questão, aguardando, ansiosamente, que seja verificado os vícios constantes desta Instrução Normativa, para que seja esta declarada inconstitucional, como forma de evitar que outros instrumentos administrativos sejam utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho e por outros Tribunais em clara ofensa constitucional.

3. Considerações finais

O que na teoria parece ser algo prático, célere e eficiente, destripar determinadas situações possivelmente conflituosas sem a necessária observância dos mínimos procedimentos legais para tanto, na prática, pode evidenciar clara ofensa constitucional e acarretar problemas prospectivos ainda maiores, diante do impensado precedente que se abre com a oportunidade dos Tribunais Superiores virarem o centro formulador das diretrizes

normativas do nosso sistema jurídico, tarefa esta designada, indiscutivelmente, ao Poder Legislativo e, em raras e destacadas exceções, ao Poder Executivo e ao próprio Poder Judiciário. O que é inconcebível!

A utilização de Instruções Normativas com conteúdo nitidamente normativo-processual, como sucede com a IN n. 39/2016, em desacordo com funções internas, informativas e esclarecedoras, típicas deste ato administrativo, acabam por contrariar o consagrado princípio da separação de poderes, previsto como cláusula pétrea na Carta Maior, bem como a regra de divisão de competências e o princípio da reserva legal, em patente ofensa constitucional.

Restou claro no desenvolvimento da pesquisa que as instruções normativas possuem funções bastante restritas e delimitadas (informar, esclarecer, clarificar, complementar). Não podem ser utilizadas para substituir as normas legais ou principiológicas do nosso ordenamento ou para suprir as omissões/lacunas do nosso sistema. Não são leis, não são decretos regulamentares do Executivo e também não são consideradas súmulas, precedentes normativos ou orientações jurisprudenciais. Enfim, não são, nem ao menos controvertidamente, consideradas fontes de direito processual do trabalho.

Como pudemos observar, cada diploma normativo possui seu próprio procedimento de criação e órgãos e/ou agentes competentes para sua elaboração. Não é normal uma súmula ou uma orientação jurisprudencial ser feita pelo Legislativo e uma lei ser editada pelo Judiciário. Cada Poder estatal possui suas funções ordinárias, não podendo, em regra, utilizar-se das funções típicas de outro poder. Fazendo isto, fora das hipóteses expressamente previstas pela Constituição Federal (funções atípicas), estará o Poder respectivo usurpando as funções dos demais, fato este que deve ser rechaçado por toda sociedade jurídica.

E foi isso que aconteceu neste caso concreto. Além de invadir a esfera de competência do

(20) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5.516*.

Legislativo em afronta ao princípio da separação de poderes, a Instrução Normativa n. 39/2016 extrapolou em seu próprio conteúdo, invadindo barreiras que fogem a sua competência. Quis por vezes restringir o âmbito legal, como o fez com o princípio do contraditório e a reinterpretção da decisão surpresa, e por vezes maximizar as hipóteses previstas na lei, como na possibilidade de recorrer de imediato de decisão interlocutória (julgamento antecipado parcial do mérito), mesmo não possuindo aptidão para tanto. Aqui, é que fica mais evidente o confronto da Instrução em comento com o princípio da legalidade ou reserva legal.

Também falhou este ato administrativo por se antecipar demais a supostas controvérsias que poderão existir. Agiu o Tribunal Superior do Trabalho de maneira açodada, às pressas e sem maiores formalidades. Sem sequer analisar um caso concreto, já tratou de detalhar e especificar, ainda que de forma não exaustiva, quais os parâmetros de aplicação do novo Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho que devem ser seguidos pelos juízos de instâncias inferiores, atuando de maneira unilateral, com total ausência de amadurecimento de ideias e em descompasso com o complexo processo de uniformização da jurisprudência vigente, se era esta a sua intenção. Com isso, desrespeitou os procedimentos legais para que o processo possa ser efetivamente justo, debatido e democrático, se aproximando muito mais da superficialidade e do arbítrio.

Por fim, analisando todo este panorama apresentado pela Instrução Normativa n. 39/2016 demonstra-se que se esta for aceita, em seus termos, acarretará uma clara ofensa ao princípio da independência e ao livre convencimento dos magistrados, impedindo que se discutam as controvérsias nas instâncias inferiores, restringindo a criação de teses e engessando a criatividade jurídica, vetores inerentes ao próprio Estado Democrático de Direito.

Evidencia-se, portanto, que a Instrução Normativa n. 39/2016, ato administrativo que demonstra inúmeras falhas que, em tese, já ostenta inconstitucionalidades e ilegalidades em seu texto, não possui o condão de vincular juízes e tribunais de primeiro e segundo graus, como forma de preservar a autonomia de suas decisões, o princípio da independência funcional, consagrado na nossa Constituição, e o livre convencimento motivado dos magistrados. Não é factível aceitar que um ato administrativo possa ofender a liberdade de convicção técnica-jurídica dos nossos juízes, sujeitando-os a um padrão antidemocrático, unilateral e autoritário de reprodução de normas, que sequer súmulas ou orientações jurisprudenciais são.

Nem mesmo os entendimentos consubstanciados em súmulas e orientações jurisprudenciais que são construídos democraticamente e de forma cooperativa, com observância de todos os trâmites processuais, são aceitos majoritariamente como fontes vinculativas de direito. Ainda que editados com maior reflexão e discussão em sua elaboração, servem, hodiernamente, como fonte de inspiração para os demais magistrados. Portanto, com ainda mais razão, não há como submeter nossos juízes ao império de uma Instrução Normativa, ato administrativo e não legiferante, que ainda por cima aparenta ser inconstitucional.

Por tudo que fora exposto, não podemos admitir que a Instrução Normativa n. 39/2016 possa continuar refletindo na direção da atuação dos nossos Tribunais Trabalhistas. Seus prejuízos já se mostram evidentes. Em virtude dela, já foram modificadas as redações de diversas súmulas e orientações jurisprudenciais do TST. Até onde se permitirá isso? É preciso unir as diversas classes envolvidas (sociedade; advocacia; magistratura) para impedir que se perpetue a inconstitucionalidade vivenciada na adoção de Instruções Normativas desvirtuadas de suas finalidades essenciais, para manter íntegro o princípio da separação de poderes, o devido processo legal, a garantia

do contraditório, o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, a independência funcional dos magistrados, a segurança jurídica e tantas outras normas que estão sendo completamente ignoradas por este ato administrativo.

Felizmente, a notícia recente da propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5.516), em 05 de maio de 2016, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA, visando à suspensão da Instrução Normativa 39, reforça todo o esforço que buscamos passar nesta pesquisa, embasando, com mais fervor, a inconstitucionalidade de tal ato administrativo. Espera-se, com isso, que o Supremo Tribunal Federal suspenda, em caráter liminar, a eficácia deste texto normativo e, por fim, declare-o inconstitucional, evitando, como já fora analisada ao decorrer de toda a pesquisa, a direta afronta constitucional que advirá com a manutenção deste ato administrativo.

Portanto, o que nos resta atestar é que nesse mixer de acertos e erros vê-se que a Instrução Normativa n. 39/2016 se mostrou muito mais propensa aos erros, falhas e equívocos do que aos acertos, motivo pelo qual merece ser invalidada, a fim de se evitar os milhares de recursos que fatalmente irão existir, tanto por ofensa a normas federais, quanto por violação a normas constitucionais, um verdadeiro desserviço, que travará a tão almejada celeridade e simplicidade do processo trabalhista.

4. Referências bibliográficas

BARROS, Aluisio Felipe. *Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade da IN n. 39 do TST: Usurpação de Competência Legislativa e Ferimento ao Princípio da Liberdade Decisória do Magistrado*. Disponível em: <<http://aluisio.jusbrasil.com.br/artigos/317623794/da-ilegalidade-e-inconstitucionalidade-da-in-39-do-tst>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação 946/DF*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888273/representacao-rp-946-df>>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5516*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4977107>>. Acesso em: 9 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 39/2016*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 2 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/601/2008_ra1295_atualizado.pdf>. Acesso em: 9 maio 2016.

CONAMAT. *Teses aprovadas da Comissão 04: Independência da Magistratura e Ativismo Judicial à luz do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>. Acesso em: 3 maio 2016.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. *Comissão da OAB alerta para ilegalidade em instrução do TST*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/4768/comissao-da-oab-alerta-para-ilegalidade-em-instrucao-do-tst>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. 1, 14. ed., rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. *O incidente de uniformização e a Súmula da Jurisprudência dominante nos Tribunais Regionais do Trabalho*. Disponível em: <<http://coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em313.htm>>. Acesso em: 18 maio 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo CPC e Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Lenice Iolanda de. *A lei e a instrução normativa: A força da Instrução Normativa*. Disponível em: <<http://www.rochamarques.com.br/artigos/lei-e-instrucao-normativa>>. Acesso em: 3 maio 2016.

POSSÍDIO, Cyntia. *A legalidade da Instrução Normativa n. 39 do TST à luz do Novo Código de*

Processo Civil. Disponível em: <<http://www.bahia-noticias.com.br/justica/artigo/483-a-legalidade-da-instrucao-normativa-n-39-do-tst-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil.html>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejulgados, as súmulas e o TST. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 14, n. 55, 1977. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181022>>. Acesso em: 17 maio 2016.

Teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a sua aplicação ao processo do trabalho

Wilker Jaymisson Gomes da Silva^(*)

Resumo:

- Com o advento no Código de Processo Civil de 2015 alguns institutos jurídicos foram inovados e outros aprimorados, inclusive o instituto das provas. Tendo em vista a aplicação subsidiária do Direito Processual Civil ao Processo do Trabalho, objetiva-se compreender a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada pelo Código de Processo Civil de 2015, ao processo trabalhista, em razão das peculiaridades que o ramo juslaboral possui. Para o estudo em questão, far-se-á uma análise bibliográfica e jurisprudencial para a abordagem da temática ora suscitada. Interpretando a modificação processual civil, em análise aos fins perseguidos pelo processo do trabalho, percebe-se que a previsão legal desta teoria positivou uma atuação que já vinha sendo adotada jurisprudencialmente.

Abstract:

- With the advent of the Civil Procedure Code of 2015, some legal institutes were innovated and others improved, including the institute of evidences. Given the subsidiary application of Civil Procedural Law to the Labor Process, the objective is understand the application of the dynamic distribution of the evidences incumbency, positivized by the Civil Procedure Code of 2015, to the labor process, due to the peculiarities that the Labor Law has. For the study in question, will be made a bibliographical and jurisprudential analysis about the thematic now studied. Interpreting the Civil Procedural modification, in analysis to the ends pursued by the Labor Procedural Law, it is perceived that a legal prediction of this theory posited an action that had already been adopted jurisprudentially.

Palavras-chave:

- Direito processual civil — Provas — Ônus da prova — Distribuição dinâmica do ônus da prova.

(*) Estagiário da Procuradoria Geral do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Ex-estagiário da 8ª Vara do Trabalho da Comarca de João Pessoa – Tribunal Regional do Trabalho da 13ª

Região. Bacharelado em Direito pela FESP – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, cursando o 8º período, no turno da noite. Monitor das disciplinas de Direito Administrativo I e II nesta instituição.

Key-words:

- Civil Procedural Law — Evidences — Evidences incumbency — Dynamic distribution of the evidences incumbency.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O instituto das provas em direito processual civil e no processo do trabalho
- 3. A distribuição estática do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973 e a aplicação ao processo do trabalho
- 4. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a sua aplicação ao processo do trabalho
 - 4.1. A possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil e no processo do trabalho
 - 4.2. Teoria da carga dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil: a aptidão para a prova no processo do trabalho
- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Em análise ao novo Código de Processo Civil de 2015, percebe-se a inovação e aprimoramento de alguns institutos jurídicos, fazendo o legislador uma adaptação entre a lei e as novas necessidades que o processo contemporâneo requer. Dentre os institutos que foram aprimorados destaca-se a prova, que sofreu algumas modificações positivas, a fim de possibilitar uma melhor instrução probatória e, por conseguinte, uma maior efetividade e justiça da prestação jurisdicional pelo Estado.

Estas modificações e inovações advindas com o Código de Processo civil repercutem, como consequência, nos demais ramos de Direito Processual, em razão de estes outros possuírem o processo comum como fonte subsidiária, sendo aplicado de forma suplementar em razão das omissões existentes nas demais searas processuais, como o Código de Processo Penal e o Processo do Trabalho, sendo este último regido pela caduca e omissa Consolidação das Leis do Trabalho.

No presente estudo, far-se-á uma análise bibliográfica, legal e jurisprudencial acerca

das provas em processo civil e no processo do trabalho, a fim de perceber as peculiaridades existentes neste ramo especializado, bem como para compreender a possibilidade da aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova ao processo trabalhista, conforme a Instrução Normativa n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em março de 2015.

2. O instituto das provas em direito processual civil e no processo do trabalho

Como corolário do direito fundamental ao devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, assegurados no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, tem-se que as partes de uma relação processual possuem a oportunidade de fazer prova das alegações expressas, podendo utilizar-se, para tanto, de todos os meios lícitos e que não forem expressamente vedados pelo Direito. A Constituição assegura, desta forma, embora de maneira implícita, o direito fundamental à prova, sendo esta a forma instrumental do contraditório e da ampla defesa.

Bezerra Leite⁽¹⁾ obtempera que, em razão deste mandamento constitucional “As partes têm o direito fundamental de se manifestar reciprocamente sobre as provas apresentadas. Trata-se de um princípio constitucional explícito que deve ser observado em qualquer processo”. Assim, o referido direito constitucional proporciona às partes que integram o polo de uma relação processual a possibilidade de provarem o que alegam bem como as razões da resistência ao pedido autoral, no caso do réu.

Sobre o vetor do contraditório que diz respeito à defesa propriamente dita, Bulos⁽²⁾ assevera que o princípio constitucional em questão visa “ensajar a possibilidade de as partes defenderem-se daquilo que lhes for desfavorável”. Quanto à ampla defesa, Puccinelli Júnior⁽³⁾ aduz que este “compreende todos os recursos, meios e provas colocados à disposição do indivíduo, judicial ou administrativamente, para defesa de seus interesses legítimos”. Destarte, conclui-se que o ato de se defender e levar os argumentos para esclarecer a verdade instrumentaliza-se através do uso de provas.

Na visão de Schiavi⁽⁴⁾, as provas possuem o caráter instrumental, sendo os meios permitidos pelo Direito para se demonstrar a ocorrência de um fato ou acontecimento, quicã o próprio direito que se pleiteia na relação processual, visando, por meio deste instrumento, formar o convencimento do juiz, sendo esta a finalidade da prova. Segundo Guimarães⁽⁵⁾, provas são os “meios regulares e admissíveis em lei, utilizados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido

ou para convencer da certeza de ato ou fato jurídico”.

Para Theodoro Júnior⁽⁶⁾ o ato de provar, em termos processuais, é “conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato”. Deste modo, entende-se que a prova busca expor a verdade dos fatos ocorridos, sob o ponto de vista da parte, para o magistrado, o destinatário da prova, por sua vez, que decidirá a lide com base nos elementos levados aos autos. Visualiza-se, desta maneira, que a prova é o meio indispensável para que se possa ter um litígio solucionado da forma mais justa e condizente possível com a realidade.

Para convencer o juiz, desta forma, necessita-se de provas. Entretanto, é necessário entender o que pode ser considerado como prova. Segundos as lições de Scarpinella Bueno⁽⁷⁾, podem ser considerados como meios de prova “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”.

Destarte, em relação aos meios de se provar os fatos alegados no processo, Didier Jr.⁽⁸⁾ assevera que esta prova “[...] se faz por meios adequados a fixá-los em juízo. Os meios de prova variam conforme a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser provado por vários meios. No processo, os meios de prova precisam ser juridicamente idôneos”.

As partes podem, por decorrência da ampla defesa, fazer prova do que alegam por todos os

(1) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 545.

(2) BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 695.

(3) PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 303.

(4) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 657.

(5) GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. Organização e atualização pela Equipe Rideel. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

(6) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento — volume 1*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 230.

(7) SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 2, tomo 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 261.

(8) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela — volume 2*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 39.

meios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispõe o art. 369 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Assim, este dispositivo explicita a possibilidade de uso de provas que não constem no Código de Processo Civil, permitindo, assim, o uso de provas atípicas, desde que respeitem a lei, a moral e os bons costumes. Ademais, o juiz pode determinar as provas que entenda ser úteis para o deslinde do processo, conforme possibilita o art. 370 do Código de Processo Civil, e analisará a prova produzida independentemente de quem a tenha proposto — princípio da comunhão das provas — indicando os motivadores de seu convencimento, conforme dispõe o art. 371 do Código de Processo Civil.

Cada parte, no processo, terá que provar a veracidade dos fatos que alegar em juízo, fatos estes que na processualística são chamados de constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos, cabendo a prova do primeiro ao autor e os demais ao réu, conforme estabelece o art. 373 do Código de Processo Civil. Este poder-dever de provar os fatos que suscitar denomina-se de ônus da prova, ou seja, o encargo de provar, que na processualística civil possui regras prefixadas.

Especificamente quanto ao Direito Processual do Trabalho, neste ramo especializado seguem-se as lições do Direito Processual comum, com algumas peculiaridades. Corroborando com o processo comum, há a necessidade de provar-se o alegado, a necessária observância ao contraditório e à ampla defesa, a vedação às provas ilícitas, o convencimento motivado do juiz e o dever de lealdade processual e boa-fé na apresentação de provas.

As especificidades do processo trabalhista se legitimam pelos direitos que visa tutelar, que

são, como sabido, de caráter alimentar, alcançados por esforços e empenho da força laborativa do empregado. Assim, visando facilitar o acesso do trabalhador à justiça bem como tornar simplificado o procedimento trabalhista, a processualística nesta seara processual traz, em suas disposições, institutos próprios e concede a outros uma maior importância.

Exemplificativamente, tem-se que o Direito Processual do Trabalho, com maior relevância do que no processo comum, é regido pelo princípio da oralidade, segundo o qual a palavra falada terá importância no processo, tornando mais célere, inclusive, o procedimento instrutório. Também pode ser citado o princípio da verdade real, pelo qual o juiz trabalhista não deve se contentar com a verdade que aparenta existir nos autos, pois em decorrência do princípio da primazia da realidade, que permeia o Direito do Trabalho, o magistrado do trabalho deve buscar conhecer do que realmente aconteceu de fato, não analisando apenas os elementos formais.

3. A distribuição estática do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973 e a aplicação ao processo do trabalho

Sabendo-se que no processo civil e no processo do trabalho predomina o princípio do dispositivo, como regra, pelo qual às partes cabe diligenciar no sentido de alcançar o resultado que lhes for pretendido na demanda proposta, é de salutar importância o conhecimento do instituto do ônus probatório, por ser o cerne deste estudo.

Em análise morfológica, a palavra ônus, de modo geral, significa encargo ou obrigação da qual alguém é titular. Em direito processual, no que diz respeito às provas, o ônus seria a incumbência de alguém provar algo. Logo, conforme as lições de Dinamarco⁽⁹⁾ “ônus da

(9) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* — vol. 3, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

O ônus da prova, assim, segundo assevera Didier Jr.⁽¹⁰⁾, é “[...] o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato”. Este encargo, na verdade, não pode ser entendido como uma obrigação, mas sim como uma faculdade, pois não pode ser a parte compelida a fazer prova e sequer pode o adversário exigir-lhe que o faça, em que pese possuírem as partes o dever de colaborar para o descobrimento da verdade, conforme dispõe o art. 378 do Código de Processo Civil.

No entanto, sabe-se que a ausência de prova dos fatos acarretará, provavelmente, no não acolhimento, pelo juízo, das alegações suscitadas e consequentemente dos pedidos formulados pelo autor ou réu, pois este, ao se deparar com um fato sobre o qual não foi provada a veracidade, verificará quem possuía o dever de prová-lo, decidindo a causa em desfavor deste, por decorrência lógica. Montenegro Filho⁽¹¹⁾ aduz que “[...] quando a lei atribui a uma das partes a responsabilidade pela produção, não sendo assumida a responsabilidade, contra a parte incidirão consequências danosas, por vezes irremediáveis [...]”.

Nesse sentido, Schiavi⁽¹²⁾ obtempera que o ônus da prova

[...] é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do

autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

Este encargo, assim, é atribuído às partes na medida em que lhes for cabível. Quanto à regra do ônus *probandi*, tem-se que ao autor cabe fazer prova dos fatos que constituem o direito por ele alegado, cabendo ao réu, por sua vez, a prova em contrário, por meio da comprovação da existência de fato que impede, modifica ou extingue o direito pelo autor alegado, conforme os ditames do art. 373 do Código de Processo Civil. Este dispositivo trata, em resumo, a quem cabe provar determinada alegação.

Entende-se por fato constitutivo o acontecimento fático ou jurídico que fundamenta o direito pleiteado pelo autor. Fato impeditivo, por sua vez, é todo aquele que obsta a ocorrência dos efeitos jurídicos almejados quando da prática de um determinado ato ou fato pelo autor. Modificativo é o fato que altera a relação jurídica, transmutando os seus efeitos, por consequência. Extintivo, por fim, é o fato que põe fim ao direito alegado, em decorrência do término da relação jurídica suscitada como embasamento do pleito formulado.

Esta atribuição legal determinando, de maneira antecipada, a quem cabe a prova de determinados fatos, denomina-se, doutrinariamente, de “teoria estática da distribuição do ônus da prova”, buscando conferir iguais oportunidades às partes da relação processual, subentendendo que as partes se encontram em situação equânime para acessar os meios de prova, em que pese não ser esta a realidade fática, na maioria dos casos.

Com a mesma linha de pensamento do Código de Processo Civil, o Processo do Trabalho, em conformidade com o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõe que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Assim, vê-se que o Processo do Trabalho, como regra, adotou a teoria estática da distribuição do ônus da prova, da mesma forma que o Código de Processo Civil de 1973.

(10) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* — volume 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 107.

(11) MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 442.

(12) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 683.

Por ser a CLT um tanto quanto vaga, ao dispor que ônus da prova da alegação é de quem a fizer, de modo que parte da doutrina entende ser aplicável a regra do Código de Processo Civil sobre o ônus da prova, em razão de a CLT ser insuficiente nesse sentido. Bezerra Leite⁽¹³⁾ “[...] em face da escassez de normas trabalhistas sobre a temática da prova, há necessidade de o intérprete utilizar a lei processual civil como fonte subsidiária, com devidas cautelas, é claro, como exige o art. 769 da CLT”.

Deste modo, como regra, ao reclamante cabe fazer a prova do fato constitutivo e ao reclamado cabe provar os fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito perseguido pelo autor, sendo esta aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aceita pela maioria da doutrina e também pela jurisprudência, conforme diversos julgamentos exarados pelo Tribunal Superior do Trabalho.

No entanto, este sistema de distribuição parte de uma premissa abstrata para estabelecer uma regra geral, limitando, inclusive a atividade do juiz em sua atuação no processo, pelo que a doutrina sempre defendeu a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, ao revés da regra estática criada pelo legislador de 1973. Assim, atendendo à doutrina e corroborando com a jurisprudência, que já vinha entendendo pela aplicação desta teoria, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em seu bojo, a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

4. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a sua aplicação ao processo do trabalho

A teoria da dinamização do ônus da prova, historicamente, originou-se pelas concepções de Jeremy Bentham, jurista que entendia que o ônus da prova deveria ser imputado à parte que

estivesse em melhores condições de produzi-la. Originada em Bentham, a citada teoria foi propagada pelo jurista Jorge Walter Peyrano, a partir do ano de 1981, que a divulgou como sendo uma exceção, ao revés da ideia original de Bentham, que pensava ser a distribuição dinâmica uma regra geral.

O novo Código de Processo Civil, ciente das situações de desigualdade existentes na maioria dos casos, no que diz respeito à dificuldade de acesso aos meios de prova, positivou o entendimento de que algumas destas situações permitem a flexibilização da regra estática, podendo haver inversões no ônus da prova e atribuição à parte diversa daquele determinado pela lei.

Segundo Didier Jr.⁽¹⁴⁾ “O legislador brasileiro autoriza o juiz a, preenchidos certos pressupostos, redistribuir o ônus da prova, diante de peculiaridades do caso concreto. A redistribuição é feita caso a caso. É chamada, por isso, de distribuição dinâmica do ônus da prova [...]”. Assim, percebe-se a adoção de uma teoria mista, quanto à distribuição do ônus da prova, pois embora ainda subsista o sistema que preestabelece a quem cabe a prova de determinados fatos, o Código de Processo Civil trouxe a possibilidade de distribuição diversa, excepcionando assim, a teoria estática.

4.1. A possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil e no processo do trabalho

Como visto em linhas anteriores, a regra geral é que o autor prove o fato que constitui o seu direito e que o réu prove os fatos que possam impedir, modificar ou alterar dito direito. No entanto, pode haver alteração dessa regra geral, quando o juiz entender que a situação seja excepcional, determinando, por exemplo, que ao autor caiba provar a inexistência de fato que

(13) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 543.

(14) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* — volume 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 122.

impede o seu direito, ou determinar ao réu que prove a inexistência de fato que constitui o direito autoral, quando a lei prever que haja a inversão, ou quando esta possibilidade seja acordada entre as partes.

Essa possibilidade de inversão é corroborada pelo princípio da cooperação, que determina que as partes e o juiz colaborem entre si para a busca da prestação jurisdicional efetiva. Este princípio, previsto no art. 6º do Código de Processo Civil, determina que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A inversão do ônus da prova por meio de convenção é prevista no art. 373, § 3º, incisos I e II, do Código de Processo Civil, não sendo aplicável apenas quando tratar-se de direito indisponível ou quando deste acordo resulte onerosidade excessiva para uma das partes. A inversão legal, por sua vez, decorre de previsão da lei, quando o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, determina que o fornecedor deve provar que o serviço não é defeituoso, conforme aduz o art. 14, §3º do CDC.

A inversão judicial, por fim, prevista no §1º, do art. 373 do Código de Processo Civil, cabe quando o juiz, ao ater-se ao caso em apreciação, entender que a hipossuficiência do empregado lhe obsta o acesso às provas ou dificulta que este as produza, ou quando entender que há verdade aparente nas alegações destes, assim como a probabilidade do direito, que é requisito para a concessão das tutelas provisórias.

No que tange ao processo do trabalho, a CLT não tem disposição legal tratando sobre a inversão do ônus da prova, embora, na prática, haja a aplicação deste instituto, em razão de o estado de hipossuficiência do empregado, muitas vezes, impossibilitar que este produza as provas necessárias para o deslinde da lide. Essa onerosidade excessiva é que legitima a aplicação da inversão do ônus da prova no processo do trabalho, mesmo sem previsão

expressa, utilizando-se este ramo, assim, da previsão do Direito Processual Civil comum, conforme autoriza o art. 769 da CLT.

Nesse sentido, Leite⁽¹⁵⁾, se atendo à regra da distribuição estática, presente na processualística civil anterior, já dizia que “A jurisprudência trabalhista vem mitigando a rigidez dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, passando a admitir a inversão do ônus da prova em algumas hipóteses, como a do registro de horário para fins de comprovação de horas extras”.

O processo do trabalho aplica, por semelhança teleológica, a regra do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual pode haver a inversão judicial do ônus da prova por faculdade do juiz e se as alegações feitas forem verossimilhanças ou se for considerada a hipossuficiência do empregado reclamante, entendida como tal a impossibilidade ou excessiva onerosidade em se produzir a prova que lhe é cabível para comprovar determinado fato.

4.2. Teoria da carga dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil: a aptidão para a prova no processo do trabalho

Classicamente posta como regra geral, a teoria estática vinha sendo superada pela jurisprudência e doutrina, que a interpretavam como injusta solução para todos os casos apresentados à jurisdição estatal. A crítica feita à teoria estática do ônus da prova é a sua forma rígida de ver o processo. Com esta prefixação, percebe-se que o legislador parte da presunção errônea de que:

As partes, pois, são vistas como seres ideais, afastadas das peculiaridades dos casos concretos, isoladas de interferências que se originam na relação jurídica material. E é a partir dessa visão abstrata, imóvel, estática que se repartem os ônus probatórios⁽¹⁶⁾.

(15) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 589.

(16) DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 601.

Tendo em vista que, segundo Donizetti⁽¹⁷⁾ “[...] a distribuição prévia do ônus de prova pode, em determinadas circunstâncias, tomar a tarefa de produzir a prova demasiado árdua para uma das partes, afastando-se, pois, da ideia comum de justiça,” a doutrina e a jurisprudência passaram a entender pela relativização desta regra, visando evitar a prolação de decisões injustas, em razão da rigidez contida na distribuição estática do ônus da prova, que desconsidera o contexto situacional do caso concreto.

Estas situações desproporcionais não merecem subsistir, pois se busca, cada vez mais, a maior amplitude do acesso à justiça, bem como a maior viabilização da tutela jurisdicional àquela parte que, embora possua o direito, não possui os meios aptos a provar a sua existência, aplicando-se, assim, uma relativização do ônus da prova com base nas condições fáticas e técnicas de cada sujeito da relação processual, atribuindo o ônus àquele que melhor puder proceder com a prova que se requer no processo.

Isto é o que a doutrina denomina de aptidão para a prova ou distribuição dinâmica do ônus da prova que, segundo Schiavi⁽¹⁸⁾, significa que “[...] deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual, mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova em juízo”. Segundo Donizetti⁽¹⁹⁾ “[...] o encargo probatório deve ser atribuído casuisticamente, de modo dinâmico, concedendo-se ao juiz, como gestor das provas, poderes para avaliar qual das partes terá maiores facilidades na sua produção”.

A jurisprudência assim já se posicionava, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁽²⁰⁾:

(17) DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 602.

(18) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 674.

(19) DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 602.

(20) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0011949-33.2011.8.19.0001, Décima Nona Câmara Cível, Relatora Desembargadora Valeria Dacheux, Publicação: 4.7.2013.

APELAÇÃO. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. ANATOCISMO. IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA PARA A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. Perícia não realizada porque a parte autora não apresentou o contrato de arrendamento mercantil firmado com o réu. *Consoante a teoria da carga dinâmica da prova, o ônus de sua produção deve recair sobre a parte que tiver melhores condições de produzi-la*. PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA E DETERMINAR O REGULAR PROSEGUIMENTO DO FEITO. DECISÃO COM BASE NO ART. 557, § 1º-A DO CPC (grifos acrescidos).

Nesse passo, o Código de Processo Civil, corroborando da necessidade afirmada pela doutrina e jurisprudência pátria, positivou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevendo, em seu art. 373, §1º, que:

Art. 373 (*omissis*)

[...]

§1º 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 *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Essa positivação, historicamente aguardada, em termos processuais, sedimentou a teoria que a jurisprudência aplicava na prática, assim como defendia a doutrina, em razão de entender-se que em determinados casos a aplicação da regra geral não trazia a isonomia esperada ao processo, causando, ao contrário, maior onerosidade para uma parte que possuía menor capacidade ou evidente impossibilidade de produzir as provas de suas alegações.

Nesse sentido, tratando a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como uma forma de efetivação dos direitos

fundamentais processuais, Guilherme⁽²¹⁾ afirma que:

[...] a teoria dinâmica do ônus da prova é a que melhor fornece ferramentas ao julgador num momento da história processual em que é cada vez maior a tendência a uma aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, a se relacionarem com o direito privado. Enquanto a teoria clássica do ônus da prova baseada nos fatos e nas posições processuais dos litigantes fornecia critérios relativamente equânimes para a solução de casos em que se discutisse questões pecuniárias e obrigacionais padrão, a tutela processual dos direitos fundamentais exige, em alguns casos, que se supere o critério dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos.

Destarte, diante da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, constatada através da leitura do art. 769 da CLT, que dispõe que “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título”, extrai-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova é aplicável integralmente ao processo trabalhista, em que pese sempre ter sido aplicada, embora não havendo previsão legal para tanto.

Nesse sentido, a Instrução Normativa n. 39, de 15 de março de 2016, do Tribunal Superior do Trabalho, determinou expressamente, em seu art. 3º, inciso VII, que a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no art. 373, §1º e §2º, do Código de Processo Civil, é aplicável ao processo do trabalho, exceto no que tange à possibilidade desta distribuição diversa por meio de convenção entre as partes, conforme

determina o art. 2º, inciso VII desta instrução normativa.

O juiz do trabalho, desta maneira, pode modificar o ônus da prova, atribuindo-lhe para o sujeito do processo que demonstrar possuir maior capacidade de produzi-la, sendo-lhe conferida esta possibilidade em razão dos poderes que lhe são concernentes como condutor do processo, conforme se depreende da análise do art. 765 da CLT. Diante do princípio da cooperação, positivado pelo novo Código de Processo Civil, esta possibilidade torna-se ainda mais evidente.

A aptidão para a prova, assim, é analisada no contexto real do processo, visando dar maior efetividade ao processo e primar pelo contraditório e pela ampla defesa reais, e não apenas formais, sendo que no processo do trabalho o juiz deve atuar de maneira razoável e proporcional para utilizar-se do princípio em questão, partindo da hipossuficiência do trabalhador para verificar que este possui dificuldade ou impossibilidade de produzir as provas que lhe são cabíveis, em razão da regra geral do art. 818 da CLT.

Outrossim, Almeida⁽²²⁾ aduz acerca da necessidade da aplicação desta teoria nos casos concretos, asseverando “que se deve exigir do juiz uma repartição mais justa do ônus da prova. A fixação dinâmica não depende de regulamentação em lei ordinária, uma vez que é baseada no princípio constitucional da isonomia material, que se encontra consagrado, além do texto constitucional, no art. 125, I, do CPC”.

Por fim, quanto ao momento oportuno para realizar-se a aplicação da referida teoria, tem-se que esta deve ser suscitada, segundo aduz Friedrich⁽²³⁾ “[...] no início da fase instrutória,

(21) GUILHERME, Thiago Azevedo. Acesso à justiça. Considerações sobre a flexibilização do ônus da prova e o acesso à justiça na constitucionalização do processo civil. *Encontro Nacional do CONPEDI* (19.: 2010: Fortaleza, CE) Anais do [Recurso eletrônico] XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 172.

(22) ALMEIDA, André Luiz Paes de. *CLT e súmulas do TST comentadas*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2013. p. 128.

(23) FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*, Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.5 n.1, jan./jun., 2013, p. 25-26.

no despacho saneador, devendo o magistrado fixar os pontos controvertidos e determinar a produção das provas, informando qual delas ficará a cargo de cada um”.

Importante salientar que, embora relacionado com a inversão do ônus da prova, por ser uma forma de relativização do ônus preestabelecido, estes institutos são diferentes entre si, pois a inversão do ônus da prova possui requisitos para ser aplicada, invertendo-se uma regra prevista na lei, ao passo que a distribuição dinâmica não inverte os papéis no ato de realizar a prova, mas sim dá a possibilidade de o juiz atribuir o ônus *probandi* à parte que entender possuir maior capacidade de produzi-la, fundamentando a sua decisão, nos termos do art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil.

5. Considerações finais

Por todo o exposto, verificou-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova, que consiste na possibilidade de o juiz, da lei ou das partes convencionarem o encargo probatório de maneira diversa da estatuída pela lei é aplicável ao processo do trabalho, excepcionada a situação de acordo *inter partes*, que não foi recepcionada, de maneira expressa, pela instrução normativa do Tribunal Superior do Trabalho.

Desta maneira, por ser um instituto compatível com o processo do trabalho, poderá o juiz, entendendo que a situação por ele apreciada enquadra-se nas hipóteses legais autorizadoras da distribuição diversa do ônus da prova, poderá atribuir este dever à parte que achar ter mais possibilidade, capacidade ou facilidade de produzir a prova, fundamentando, em todos os casos, a sua decisão.

Havendo previsão legal, também poderá o ônus da prova ser atribuído de modo diverso, só sendo vedada esta possibilidade, como já mencionado, por tratativa entre as partes do processo, em razão da figura vulnerável do trabalhador, que impede a negociação nesse sentido, presumindo-se que poderá advir um prejuízo para o empregado.

6 Referências bibliográficas

- ALMEIDA, André Luiz Paes de. *CLT e súmulas do TST comentadas*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2013.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo : LTr, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.
- _____. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.
- _____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.
- _____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* — volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* — volume 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*, Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, jan./jun., 2013. p. 1-31.
- GUILHERME, Thiago Azevedo. Acesso à justiça. Considerações sobre a flexibilização do ônus da prova e o acesso à justiça na constitucionalização do processo civil. *Encontro Nacional do CONPEDI* (19.: 2010: Fortaleza, CE) Anais do [Recurso eletrônico] XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010. p. 166-180.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. Organização e atualização pela Equipe Rideel. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol 2, tomo I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento — volume 1*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Resolução n. 203, de 15 de março de 2016. *Edita a Instrução Normativa n. 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

A Constituição, as normas fundamentais do processo civil e o processo do trabalho

João Humberto Cesário(*)

Resumo:

- ▶ O artigo trata das normas fundamentais do Processo Civil, procurando estabelecer os seus pontos de contato e as suas principais influências sobre o Processo do Trabalho. Fala, em síntese, dos seguintes itens: a) devido processo legal; b) inafastabilidade da jurisdição e sistema multiportas de resolução de conflitos; c) razoável duração do processo e celeridade processual; d) boa-fé e colaboração; e) paridade de armas e isonomia; f) contraditório como possibilidade de influência na decisão de mérito; g) publicidade dos atos processuais e fundamentação das decisões judiciais.

Abstract:

- ▶ The article deals with the fundamental rules of Civil Procedure Law seeking to establish its contact points and its major influences on the Labour Procedure Law. In summary, it treats the following items: a) due process of law; b) non-obviation of jurisdiction and multi-door courthouse; c) reasonable process duration and process speed; d) good faith and collaboration; e) weapons parity and equality; f) contradictory as a possibility to influence the merit decision; g) publicity of procedural acts and fundamentals of judicial decisions.

Palavras-chave:

- ▶ Constituição — Novo CPC — Normas fundamentais do processo civil — Processo do trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Devido processo legal

(*) Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Juiz do Trabalho no TRT da 23ª Região. Membro do Comitê Executivo do Fórum de Assuntos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça de 2013 a 2014. Coordenador Acadêmico da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura

Trabalhista de Mato Grosso nos biênios 2011 a 2013 e 2013 a 2015. Professor das disciplinas Teoria Geral do Processo, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho. Tem atuado ultimamente como professor visitante na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 5ª, 6ª, 9ª, 14ª, 15ª, 18ª e 23ª Regiões.

- ▶ 3. Inafastabilidade da jurisdição e sistema multiportas de resolução de conflitos
- ▶ 4. Razoável duração do processo e celeridade processual
- ▶ 5. Boa-fé e colaboração
- ▶ 6. Paridade de armas e isonomia
- ▶ 7. Contraditório como possibilidade de influência na decisão de mérito
- ▶ 8. Publicidade dos atos processuais e fundamentação das decisões judiciais
- ▶ 9. Considerações finais
- ▶ 10. Referências bibliográficas

1. Introdução

Os Estados Liberal e Social apostavam todas as suas fichas no legalismo em nome da segurança jurídica. Neles, o Direito, diminuído à esterilidade da lei, apartou-se completamente da moral. Apesar disso tudo, alguns eventos nefandos para a história da civilização humana, como, por exemplo, o fascismo e o nazismo, se incumbiram de demonstrar aos povos, principalmente no cenário posterior à Segunda Guerra, o quanto a ideia do legalismo exacerbado se mostrava equivocada, já que foi justamente em nome da reverência à legalidade estrita (aética) que se cometeram as maiores barbaridades de que se têm notícias na história recente.

A irrefutável constatação da estreiteza do positivismo abriu as portas para mais um salto qualitativo na evolução do Direito. Estava iniciada, a partir de então, a era do Estado Democrático de Direito, que apostando na força normativa dos princípios, viu-se compelido a transferir os fundamentos constitucionais do patamar subalterno da coadjuvância para o andar elevado protagonismo jurídico. Direito e moral, finalmente, se (re)amalgamavam. Inaugurava-se, pois, o pós-positivismo jurídico, melhor definido como positivismo-ético.

A grande novidade que aparece no cenário jurídico com a superação do legalismo é a constatação de que os princípios constitucionais, além de possuírem força normativa, não raramente entram em rota de colisão uns com os outros, sem que entre eles exista uma graduação prévia, seja valorativa ou temporal, capaz

de apontar com clareza as respostas necessárias para a solução dos imbrólios que se instauram na pluralidade social.

Descortina-se para a comunidade dos intérpretes, daí em diante, o problema da ponderação dos princípios constitucionais, com o qual foram derruídas, via de consequência, as vetustas regras interpretativas de resolução de antinomias legais baseadas em anterioridade e hierarquia. A ordem jurídica sofre, com efeito, a mais extraordinária transformação que se tem notícia.

O centro da ordem jurídica, tanto no Estado Liberal quanto no Social, era o direito de propriedade. Foi justamente em sua honra que a legalidade estrita sempre manejou as poderosas armas de que dispunha. Entretanto, a noção do Estado Democrático de Direito nasceu na quadra histórica da violação dos direitos de personalidade pelo nazismo e pelo fascismo. Ficou muito evidente para todos, politicamente falando, que em nome da legalidade aética foram cometidas inenarráveis atrocidades contra a espécie humana.

Ocorre, com a vinda a lume do Estado Democrático de Direito, via de consequência, uma amplíssima ressignificação do princípio da legalidade. A lei, muito embora conservando grande importância, deixa finalmente de ser a expressão máxima do Direito. Como não poderia deixar de ser, o papel da magistratura também se transforma por completo. O Estado-juiz, que até então era a mera boca da lei, passa a ser o poder que interpreta o texto legal de mãos dadas com a

comunidade jurídica, para dele extrair a norma encarada como ideal de justiça. Lei e norma, de tal arte, não se confundem. A primeira é meramente texto e a segunda é o texto interpretado e otimizado pelos fundamentos republicanos (art. 1º da CRFB).

O ofício de julgar, dessarte, deixa de ser visto como uma simples operação silógica de subsunção do fato à lei, para, então, ser exercitado dentro de um paradigma essencialmente axiológico, cujo valor primordial é a exaltação constitucional das virtudes humanas em detrimento do puro e simples patrimonialismo. Como consequência natural de toda essa avassaladora transformação do fenômeno jurídico, o direito de propriedade, embora mantendo a nota da fundamentalidade, deixou de ser a referência gravitacional do ordenamento no Estado Democrático de Direito, que assim foi transferida para a dignidade da pessoa humana. A partir de então, passou-se a exigir da propriedade, para muito além de um mero discurso de boas intenções, o efetivo cumprimento de uma função social.

Atento a isto tudo, o art. 1º do CPC/2015 esclarece que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, no que é adensado pelo art. 8º do mesmo diploma, quando estabelece que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Resta claro, assim, que os princípios processuais de índole constitucional como a inafastabilidade da jurisdição, a razoável duração do processo, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, bem como a publicidade e a fundamentação decisória devem ser utilizados como guias interpretativos do novo Código de Processo Civil, sempre a favor da densificação dos fundamentos republicanos da dignidade

da pessoa humana, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Tudo isto, naturalmente, deve ser transposto para o Processo do Trabalho, desde que respeitadas as suas características autonômicas⁽¹⁾.

Feita esta breve introdução, a nossa próxima tarefa é a de estudar um pouco mais detalhadamente os princípios constitucionais que foram alçados à condição de Normas Fundamentais do Processo Civil. Para tanto, evidentemente, temos que partir do ‘devido processo legal’, embora curiosamente não exista remissão explícita a ele nos arts. 1º a 12 do CPC/2015.

Esclarecemos, antes disso, que não trataremos especificamente do conteúdo do art. 12, pois em que pese a sua localização topológica no código, a ordem cronológica de julgamentos à toda evidência não possui natureza jurídica de norma fundamental do processo. Vale ressaltar, de qualquer modo, que o aludido preceito foi alterado antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, para se ficar claro que a ordem legal de julgamentos será apenas ‘preferencialmente’ respeitada.

2. Devido processo legal

Historicamente falando, embora seja possível cogitar-se do registro de rudimentos históricos pretéritos, a ideia de um devido processo legal, nos moldes em que hoje concebida, tem o seu nascedouro na Inglaterra, no ano de 1215, no documento conhecido por *Magna Charta Libertarum*, editado pelo Rei João Sem-Terra⁽²⁾.

(1) Sobre as características autonômicas da processualística laboral, denominadas na nossa doutrina como o Núcleo Duro do Processo do Trabalho, vide, CESÁRIO, João Humberto. O Processo do Trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, LTr, n. 53, jan./fev./mar. 2015. p. 134-151.

(2) Reproduzimos, sobre a figura do Rei João Sem-Terra e o advento da *Magna Charta Libertarum*, a título de ilustração histórica, as anotações de ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117, 118: “João Sem-Terra (1166-1216) ou John Lackland ascendeu ao trono inglês com a morte de seu pai, Henrique II. Apesar de ser coroado rei, John perdeu muitas terras

Já o epíteto *devido processo legal* propriamente dito, cunhado originalmente como *due process of law*, vai aparecer no universo jurídico no ano de 1354, ocasião em que o Rei Eduardo III, ao editar o *Statute of Westminster of the Liberties of London*, reformulou a *Magna Charta Libertatum*, para incorporá-lo, como tal, ao documento em questão.

Consoante se pode perceber do quanto até aqui alinhavado sobre a matéria, muito embora o princípio do devido processo legal tenha começado a ganhar formato em um momento histórico em que as monarquias fruía o seu apogeu, tal instituto carregava consigo, a bem da realidade, o germen do liberalismo jurídico, já que notoriamente intentava proteger os súditos de todo arbítrio estatal que conspirasse contra os direitos à propriedade e à liberdade.

Explicado de outro modo, pode-se assentar que na sua concepção originária o *due process of law* muito mais se assemelhava a uma garantia somente reconhecida aos réus, capaz de colocá-los a salvo da tirania do Estado, impondo a

este último um comportamento abstencionista, hábil à garantia da incolumidade dos direitos — hoje ditos de primeira geração — dos acusados em geral.

Embora de lá para cá a sociedade tenha passado pelos adventos dos Estados Liberal e Social, estando a vivenciar, atualmente, o processo de afirmação do Estado Democrático de Direito, o fato concreto é que a noção do devido processo legal, lamentavelmente, continua a ser enxergada em uma perspectiva que, embora detenha óbvia importância, está muito aquém das suas reais possibilidades.

Vale dizer que o universo jurídico, ainda hoje, não se deu conta plenamente de que o Estado — nele incluído o Estado-juiz — além de estar obrigado a respeitar os direitos de primeira geração dos cidadãos, eximindo-se de qualquer conduta autoritária capaz de impor-lhes um sacrifício injustificado, necessita estar ainda disposto a concretizar, até mesmo judicialmente se for a hipótese, os seus interesses de segunda geração, tais como o direito ao lazer, ao trabalho, à saúde e à previdência, tomando, ademais, todas as medidas concretas para que os valores fundantes da sociedade contemporânea, consubstanciados na transindividualidade democrática, possam ser adequadamente tutelados.

Convenhamos que um “devido processo” que se limite à tutela da propriedade (jurisdição civil) e da liberdade (jurisdição penal) é manifestamente insuficiente. Nesta perspectiva, um “processo verdadeiramente devido” há de no mínimo se preocupar com a tutela do valor social do trabalho, sendo necessário, assim, um modelo de jurisdição especial (como, por exemplo, o da Justiça do Trabalho), que tutele os vulneráveis e os seus direitos.

Este modelo de jurisdição, naturalmente, causa estranhamento às elites econômicas, que nele não têm a sensação do pertencimento, fato que lhes provoca revolta e a tendência ao menoscabo deste braço judicial do Estado. É como se perguntassem: por que tutelar os direitos dos vulneráveis? E depois afirmassem: a

em guerras, o que lhe valeu o apelido de ‘João Sem-Terra’ (John Lackland em inglês). Antes de assumir o trono, o pai de John, Ricardo II, foi feito prisioneiro de guerra pelo Imperador do Sacro Império, Henrique VI, que cobrou pela sua libertação 150 mil marcos — uma verdadeira fortuna para a época — e, ainda, fez com que a Inglaterra perdesse suas possessões francesas em 1204. Para arrecadar esse dinheiro, John, substituindo o seu pai no governo inglês, impôs principalmente à nobreza pesados impostos especiais. Com essa cobrança excessiva de tributos tornou-se um governante impopular. (...) Para piorar a sua situação, ainda tentou interferir na escolha do Arcebispo de Cantuária, o que desagradou o Papa Inocêncio III, que acabou por excomungá-lo em 1211. (...) Finalmente, após novo fracasso na tentativa de recuperar suas possessões na França, e completamente debilitado internamente, rendeu-se ao Papa e aos nobres, sendo obrigado pelos lords a jurar a Magna Carta em 1215. O texto é considerado um dos documentos jurídicos mais importantes feitos pelo homem. Caracteriza o início do constitucionalismo e o primeiro passo histórico para o fim do absolutismo. Pela Carta Magna, João Sem-Terra teve que renunciar a vários direitos e, principalmente, a respeitar procedimentos legais (due process of law). É, ainda, através da Carta Magna que o rei reconhecia que não estava mais acima da lei: O Estado também deveria respeitar as suas normas pré-instituídas (lei). É o surgimento do Estado de Direito.”

jurisdição que tutela a propriedade e a liberdade nos é suficiente; tudo o que daí desborda deve ser desprezado.

Em síntese, quando a constituição se limita a dizer que “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CRFB), restringe-se acriticamente à ideologia liberal. Vale anotar, nesta perspectiva, que embora a Justiça do Trabalho respeite a propriedade (já que ela é um direito fundamental quando cumpre uma função socioambiental), não existe para tutelá-la, mas sim para fazer valer o valor social do trabalho. É justamente por isso que ela é tão menosprezada pelos setores liberais da sociedade.

Dito isto, faz-se ainda imperioso sublinhar uma outra faceta absolutamente nefasta do tratamento que a doutrina e a jurisprudência legalista vêm imprimindo ao postulado do devido processo legal. Ocorre que em função de uma compreensão claudicante da expressão anglo-saxônica *due process of law*, o direito brasileiro a trata como devido processo legal, outorgando, conforme ver-se-á adiante, um tratamento nada elástico ao pressuposto da legalidade, descurando-se, com efeito, do ideário jurídico ético-positivista, que clama, contemporaneamente, pela edificação de uma noção justa e constitucionalmente estruturada do devido processo, que, rompendo abertamente com qualquer resquício de uma inapropriada — e mesmo inatingível — neutralidade, seja capaz de ativamente transformar em realidade os valores fundantes do pacto constitucional-republicano.

O fato é que a utilização legal e doutrinária do epíteto devido processo *‘legal’*, resultante de uma vulgar conformação semântica erigida vernacularmente ao pé da letra, conduz o jurista a imaginar, sem maior preocupação crítica, que o processo, para ser verdadeiramente hígido, deve se conformar insanamente à estreiteza da dicção *‘legal’*.

Redunda deste comportamento inadequado uma exótica tendência da jurisprudência brasileira em interpretar a Constituição em

conformidade com a legislação infraconstitucional, enquanto que o óbvio nesta senda seria interpretar-se a lei em consonância com a Carta Maior. Daí o iniludível mérito do art. 1º do CPC/2015 quando adverte que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Como ressoa óbvio para aqueles que possuem alguma intimidade, mínima que seja, com o idioma inglês, a expressão *‘law’* carrega consigo um sentido muito mais abrangente do que a palavra portuguesa *‘lei’*, já que se esta última, para os lusófonos, possui o sentido de um texto geral, abstrato e impessoal, editado em precisa consonância com o procedimento legislativo, aquela outra, aos ouvidos dos anglo-saxônicos, possui um significado transcendente, que para muito além do que é legal, abarca tudo aquilo que na essência é jurídico.

Não por outra razão é que o direito de origem inglesa, por exemplo, quando quer se referir ao Direito Ambiental vale-se da expressão *environmental law*, quando deseja aludir a Direito do Trabalho utiliza-se da expressão *labour law* e quando trata do Direito Processual fala em *procedural law*. Tais assertivas demonstram o sentido dilatado que o direito anglo-saxônico atribui à expressão *‘law’*.

Sobreleva realçar que no Brasil há ainda uma excessiva tendência a confundir-se processo com procedimento, fato que somado àqueles outros antes ventilados, amplia ainda mais a já anunciada deturpação do princípio do devido processo legal, vez que não são poucos aqueles que ainda hoje teimam em imaginar que o processo, para ser *‘legal’* (mas não necessariamente justo), deve obedecer cegamente a um rito ordinariamente esquadrinhado nos preceptivos legais infraconstitucionais, como se todas as situações da vida fossem idênticas e sem peculiaridades distintivas.

Não se quer com isso sustentar que a noção de procedimento não seja importante para a

conformação da ideia de processo. Decididamente não. Mas o fato é que embora se mesquem, o processo e o procedimento não se confundem, até mesmo porque este último, como se verá oportunamente, deve estar a serviço dos escopos daquele primeiro.

Assim é que o princípio do devido processo legal deve assumir uma feição completamente diferenciada em um Estado Democrático de Direito que se estriba no amplo diálogo das fontes jurídicas e cujas nótulas distintivas são a transcendência da propriedade, a ampliação dos sujeitos de direito e o privilégio da prevenção em detrimento da repressão.

É a partir desta constatação, que defendemos o ponto de vista de que atualmente se mostra mais adequado falar-se em um devido processo constitucionalmente estruturado e jurisdicionalmente justo⁽³⁾, que seja capaz de outorgar a ambas as partes — e não somente ao réu como parece sugerir a insuficiente redação do art. 5º, LIV, da Constituição da República (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) — as garantias processuais do amplo e eficiente acesso à jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, imparcial e competente, da licitude das provas, da publicidade processual e da motivação decisória, sem que para tanto se veja compelido a observar patologicamente um procedimento infraconstitucional rigorosamente predeterminado para toda e qualquer crise jurídica.

(3) Ressaltamos que na nossa concepção mais aprofundada da matéria, temos hoje delineado nos tratados internacionais de direitos humanos e no bloco de constitucionalidade das nações democráticas, um modelo de Estado que chamamos de Democrático-Ambiental de Direito, capaz de render ensejo, processualmente falando, àquilo denominamos como 'Devido Processo Constitucionalmente Estruturado e Ambientalmente Justo'. Todavia, em face dos objetivos menos ambiciosos da presente obra, não entraremos em pormenores sobre o assunto. Aqueles que desejarem aprofundamento no tema podem pesquisar CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

3. Inafastabilidade da jurisdição e sistema multiportas de resolução de conflitos

Estabelece o art. 5º, XXXV da Magna Carta, em redação que mereceria ser mais clara e abrangente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em composição praticamente idêntica, a cabeça do art. 3º do CPC/2015 estatui que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

À toda evidência, ambos os preceitos estão a cuidar do princípio da inafastabilidade da jurisdição. O fato, porém, é que a máxima processual em destaque parece dizer que tanto a Constituição quanto o CPC/2015 estariam meramente responsabilizando-se pelo acesso formal dos cidadãos à jurisdição, impedindo o legislador, que seria o único destinatário da sua mensagem, de editar qualquer documento legislativo capaz de inibir o *day in court* dos jurisdicionados.

Ocorre, no entanto, que o compromisso da inafastabilidade de jurisdição vai muito além de possibilitar, por via da atividade legiferante, o simples acesso formal dos indivíduos ao Poder Judiciário. Imperioso mesmo é que tanto a CRFB quanto o CPC/2015 proporcionem à coletividade a certeza de que o Estado-juiz estará empenhado em garantir a todos o acesso substancial a uma ordem jurídica justa e eficiente, hábil a transformar em realidade palpável as promessas republicanas de construção de uma sociedade livre e solidária, na qual a dignificação humana e a cidadania plena sejam mais do que alegorias e adereços de um texto constitucional despido de concretude.

O grande problema do jurisdicionado hoje não é o de vir formalmente ao Poder Judiciário, o que, por exemplo, é extremamente simples na Justiça do Trabalho, onde o litigante sequer necessita custear despesas prévias para veicular a sua pretensão perante o Estado-juiz. Na realidade, a dificuldade que o cidadão possui contemporaneamente é a de sair de dentro

do Judiciário em tempo razoável e com uma resposta jurisdicional capaz de efetivamente tutelar os seus direitos (art. 4º do CPC/2015). Desse modo, tanto o art. 5º, XXXV, da CRFB, quando o art. 3º, *caput*, do CPC/2015, só podem ser compreendidos como a garantia a um processo sem dilações temporais indevidas, hábil a inibir ou a remover os ilícitos (art. 497 do CPC/2015) e, se necessário, ressarcir os danos na forma específica ou mesmo pelo equivalente monetário.

Dito de modo mais claro, o direito de ação deve ser enxergado como um consectário lógico do postulado fundamental da inafastabilidade substancial da jurisdição, que uma vez moldado na forja de um devido processo constitucionalmente estruturado e jurisdicionalmente justo, será capaz de efetivamente tutelar — e não apenas proclamar — os fundamentos republicanos preconizados pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB).

É digno de nota, por outro lado, que os §§ 1º, 2º e 3º do art. 3º do CPC/2015, indo além do disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB, incentivam o incremento da adoção de um ‘sistema multiportas de resolução de conflitos’ (*multi-door courthouse*) visto como um ‘centro de justiça abrangente’ (*comprehensive justice center*)⁽⁴⁾, dispondo, respectivamente, que: a) é permitida a arbitragem na forma da lei; b) o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; c) a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Quanto à arbitragem, a doutrina e a jurisprudência trabalhista sempre foram um tanto refratárias a ela. Entretanto, parece-nos que existe margem, inclusive de compleição constitucional, para a sua aplicação na resolução de conflitos laborais.

(4) Vide, a propósito, MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 115.

É certo que a Lei n. 13.129/2015, que alterou a lei de arbitragem (Lei n. 9.307/1996), teve vetada pela Presidência da República a disposição que assim dispunha: “*desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.*”⁽⁵⁾

Não se pode olvidar, porém, que como método alternativo ao ajuizamento de dissídio coletivo normativo, a parte inicial do § 2º do art. 114 da CRFB permite expressamente aos interessados a adoção da negociação coletiva e da arbitragem. Há de se ficar claro, ainda, que o art. 83, XI, da Lei Complementar n. 75/1993, autoriza o Procurador do Ministério Público do Trabalho a “*atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho*” (sem distinguir entre conflitos individuais ou coletivos).

Relativamente à mediação, o parágrafo único do art. 42 da Lei n. 13.140/2015, estabelece que “*a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria*”. Percebe-se que em face das peculiaridades do mundo do trabalho, o legislador preferiu remeter a regulação da mediação trabalhista para diploma normativo autônomo, demonstrando assim, ainda que implicitamente, que ela pode ser um método útil de resolução de conflitos na esfera juslaboral.

(5) Razões do veto: “O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral.” (Disponível em: <<http://migre.me/rEmPl>>. Sítio Eletrônico da Presidência da República. Acesso em: 28 set. 2015)

Vale recordar, a propósito, que a preocupação com o estabelecimento de um sistema multiportas de resolução de conflitos nas relações de trabalho não é novidade. Tanto é verdade, que a Lei n. 9.958/2000 inseriu os arts. 625-A a 625-H na CLT para tratar das chamadas Comissões de Conciliação Prévia. O fato, porém, é que tal modelo sucumbiu fragorosamente diante da degradação ética do sindicalismo brasileiro, que em pleno século XXI, em franca contraposição com o postulado da liberdade sindical estabelecido pela OIT (rememore-se, por exemplo, que a Convenção n. 87 ainda não foi ratificada pelo Brasil), continua regido pela unicidade sindical (art. 8º, II, da CRFB) e pelo sistema de financiamento compulsório (arts. 578 e seguintes da CLT).

Como é por demais sabido, o Processo do Trabalho, mais que qualquer outro, sempre foi comprometido com a solução consensual dos litígios. Não custa recordar, sobre o afirmado, que o art. 764, § 1º, da CLT estabelece que “os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”, razão pela qual “os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos”, sendo corroborado no pertinente pelo art. 852-E da CLT quando diz que “o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência”.

Nesta perspectiva, parece-nos existir boa margem de diálogo entre o Processo do Trabalho e os arts. 165 e seguintes do CPC/2015, que determinam aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

4. Razoável duração do processo e celeridade processual

O art. 4º do CPC/2015 dispõe que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução

integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Tal preceito é extraordinariamente louvável, dizendo muito mais do que aparenta expressar quando o lemos açodadamente.

Na realidade, o artigo em questão, além de homenagear a razoável duração do processo, estabelece a regra da primazia do julgamento de mérito (*direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito*), motivo pelo qual o juiz deverá, na medida do possível, contornar as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485 do CPC/2015).

Demais disso, o preceptivo em questão relembra ao Estado-juiz que não basta decidir em tempo razoável, sendo imprescindível, sobretudo, que a atividade satisfativa também se realize sem dilações temporais insuportáveis (*direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*).

Reforçando o disposto no art. 4º do CPC/2015, o art. 139 do CPC/2015 deixa claro que o juiz dirige o processo, incumbindo-lhe, entre outros deveres, velar pela duração razoável do processo; prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias e determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Nesse ponto, resta claro que o art. 139 do CPC/2015 combina perfeitamente com o art. 765 da CLT, quando dita que os Juízes do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Questão de delicado enfrentamento é a de saber em que medida a razoável duração do processo se afina com a celeridade processual. Não são poucas as vozes doutrinárias que embora aplaudam a razoável duração do processo condenam a celeridade. Vale, por oportuna, a

transcrição da lição de Fredie Didier Jr. sobre o tema:

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional (...) É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não nos parece, porém, que se sinta saudade deles.⁽⁶⁾

Tem-se, na mesma linha, o escólio dos professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

O direito à tutela jurisdicional tempestiva, por fim, não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, do que o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere. O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico — a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo.⁽⁷⁾

Os juristas citados são de primeiríssima linha, mas, ainda assim, pensamos que deles podemos respeitosamente divergir, principalmente quando deitamos o nosso olhar sob a

processualística laboral. Como já demonstramos em outro texto⁽⁸⁾, a concentração dos atos processuais, a imediação, a oralidade, a simplicidade procedimental e a celeridade processual são marcas indeléveis do Processo do Trabalho. Não custa rememorar que a jurisdição trabalhista foi desenhada para a satisfação de verbas imantadas de inquebrantável natureza jurídica alimentícia. Assim, seria irracional se pensar na possibilidade de que um processo desta índole pudesse ser formal, complexo e consequentemente lento.

Aliás, não podemos perder de vista que a própria Constituição, quando fala da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) a associa expressamente à celeridade processual. A redação do aludido preceito é de máxima clareza quando dita, com tintas fortes, que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo “e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O processo, na realidade, não pode ser sumário (embora o próprio CPC/2015 trabalhe, em algumas circunstâncias, mormente no seu art. 304, com a autonomização de procedimento sumário — de cognição não exauriente —, inclusive com a possibilidade de estabilização de tutela provisória) ou muito menos autoritário, mas deve indiscutivelmente ser célere, principalmente quando o bem da vida que se busca em juízo são verbas de natureza alimentar como as trabalhistas. Como já dissemos alhures e agora repetimos, o Processo do Trabalho é de índole inquisitiva, mas nem por isso é antidemocrático. Sobreleva ser lembrada, propósito, a construção doutrinária do próprio professor Didier, que esclarece, com a propriedade intelectual que lhe é peculiar, que “*nem processo dispositivo é sinônimo de*

(6) DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 17 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 96.

(7) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 171.

(8) *Vide*, mais uma vez, CESÁRIO, João Humberto. O Processo do Trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, LTr, n. 53, jan./fev./ma. 2015, p. 134-151.

processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário⁽⁹⁾.

5. Boa-fé e colaboração

O art. 5º do CPC/2015 apregoa que *“aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*. Na sequência, o art. 6º do CPC/2015, em disposição intimamente correlacionada com a anterior, estabelece que *“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

A boa-fé, como se sabe, pode ser analisada pelos ângulos subjetivo e objetivo. Para diferenciá-las é importante nos atermos à primorosa lição do prof. José Miguel Garcia Medina:

A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva são formadas pelo mesmo substrato ôntico, mas ambas diferem quanto ao modo de manifestação. A boa-fé objetiva se projeta do exterior para o interior, uma vez que a manifestação da vontade no meio social é o que deverá prevalecer para a segurança do tráfego negocial. Na boa-fé subjetiva o caminho é inverso, centrando-se a análise sobre o sujeito emitente da declaração de vontade. (...) O aspecto ético — e não meramente psicológico — é fundamental, na caracterização da boa-fé objetiva, tendo em vista as necessidades do direito moderno. (...) A violação do princípio da boa-fé objetiva não depende, necessariamente, da prova da má-fé subjetiva; há exercício abusivo de um direito processual não quando se quebra um determinado ou específico dever processual, mas quando se contraria ou se afasta da finalidade essencial de um direito processual.⁽¹⁰⁾

(9) DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: <<http://migre.me/oiH7a>>. Acesso em: 23. jan. 2015

(10) MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. (reescrita de acordo com a Lei n. 13.105, de 16.3.2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 47-46.

Como visto, a boa-fé subjetiva está intimamente ligada ao estado psicológico-anímico do indivíduo, razão pela qual a sua constatação prática é demasiadamente difícil. Fundado nessa premissa, o direito, contemporaneamente, afere a má-fé, seja ela contratual (art. 422 do CC) ou processual (art. 5º do CPC/2015), pelo prisma objetivo, confrontando as atitudes do contratante ou do litigante com o padrão ético que se espera do homem médio.

Com efeito, age de má-fé, objetivamente falando, aquele que, independente das suas motivações psicológico-anímicas, comete um ilícito ao exercer o seu direito abusivamente (art. 187 do CC), violando, com o seu comportamento ambíguo, uma legítima expectativa de confiança nele depositada pela comunidade jurídico-processual.

Resta claro, de tal arte, que o substrato da boa-fé objetiva é a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Assim, mesmo que lícito, um segundo ato do agente não pode contrariar um outro anterior, ainda que igualmente lícito, em face da manifesta quebra da expectativa de coerência comportamental.

Imagine-se, melhor explicando, que uma das partes, na sessão inicial de uma audiência, manifeste expressamente o seu desinteresse no depoimento pessoal da parte contrária, para depois, na sessão de prosseguimento, requerer a oitiva do adverso sob a cominação da confissão ficta. Percebe-se, no exemplo, que ambos os atos, quando isoladamente considerados, são respaldados pelo direito, mas que o segundo ato, por contrariar o primeiro, atenta contra a boa-fé objetiva, na justa medida em que se afasta da expectativa de proteção da confiança gerada na parte contrária e no próprio juiz.

Justamente por isso é que a legislação processual é pródiga em exemplos de obstrução ao comportamento contraditório, podendo ser citados, entre outros, os seguintes:

- A parte inicial do parágrafo único do art. 801 da CLT, quando dita que *“se o recusante*

houver praticado algum ato pelo qual haja consentido na pessoa do juiz, não mais poderá alegar a exceção [de suspeição], salvo sobrevindo novo motivo”;

- Os arts. 276 do CPC/2015 e 796, “b”, da CLT, esclarecendo, respectivamente, que “quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa” e que “a nulidade não será pronunciada quando arguida por quem lhe tiver dado causa”;

- O art. 1.000 do CPC/2015 e seu respectivo parágrafo único, quando aduzem que “a parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer”, considerando-se “aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer”;

- O art. 795 da CLT, que ao estatuir que “as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”, inviabiliza a arguição de nulidade processual relativa (anulabilidade) quando o litigante, ciente do ato viciado, não se insurge contrariamente a ele no momento processual oportuno.

Da boa-fé (art. 5º do CPC/2015), evidentemente, exsurge o dever de colaboração, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015), compreendendo-se, como colaboração, a atividade sinérgica da comunidade processual, que pela racionalização adequada do papel de cada um dos sujeitos do processo, seja capaz de entregar a quem de direito, sem dilações temporais desarrazoadas, o bem da vida legitimamente perseguido em juízo.

Vale anotar que há um setor respeitadíssimo da doutrina brasileira, capitaneado pelos professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que defende a posição de que a colaboração preconizada pelo art. 6º do CPC/2015 cingir-se-ia

à colaboração do juiz para com as partes, não se podendo exigir que estas últimas colaborem entre si. Por relevante, merecem reprodução as palavras dos mencionados juristas:

E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes — qualquer leitura do art. 6º do CPC, nesse sentido, é equivocada. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil.⁽¹¹⁾

Aqui, mais uma vez, ousamos divergir respeitosamente destes notáveis professores. Cuida-se de verdadeiro truismo a assertiva de que os interesses processuais dos litigantes são digladiantes. Todavia, isso não quer dizer que eles estejam autorizados, em nome de um antagonismo ilimitado, a menosprezarem o dever de se pautarem de acordo com a boa-fé processual. Deste modo, não é demais exigir-se do homem probo que colabore com o Estado-juiz e até mesmo com o seu adversário (adversário não é inimigo), para a busca de uma solução equilibrada de um imbróglgio jurídico.

O Direito, como se sabe, é um fenômeno culturalmente intersubjetivo, que reclama a probidade de conduta na vida em sociedade, mesmo no contexto da instauração de dissídios. Um novo código só tem razão de ser quando se dispõe a substituir os padrões comportamentais existentes por outros mais éticos. Nesta ótica, um processo verdadeiramente republicano não pode ser palco para ardisosidades que colimem a obtenção de vantagens pessoais a qualquer custo, devendo, antes, estimular um mínimo de *fair play* processual.

(11) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 176.

Não bastasse a inequívoca redação do art. 6º do CPC/2015 no sentido de que *‘todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si’* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, não são poucas as passagens do novo CPC que demonstram que as partes têm sim o dever de colaborar uma com a outra e ambas com o Estado-juiz para que a justiça do caso concreto seja efetivada. Vejamos:

- O art. 77 dispõe, por exemplo, que são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; c) não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; d) cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
- De sua vez, o art. 80 do CPC/2015 considera como litigante de má-fé aquele que: a) deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; b) alterar a verdade dos fatos; c) usa do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opõe resistência injustificada ao andamento do processo; e) procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provoca incidente manifestamente infundado; g) interpõe recurso com intuito manifestamente protelatório;
- Por outro lado, o art. 774 do CPC/2015 considera atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: a) frauda a execução; b) se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; c) dificulta ou embaraça a realização da penhora; d) resiste injustificadamente às ordens judiciais; e) intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Lidos atentamente tais regramentos, não se pode chegar à conclusão diversa, senão àquela que o CPC/2015 impõe aos contendores — ainda que os seus interesses sejam contrapostos — o dever de colaborarem uns com os outros (e todos com o Judiciário) para que o processo seja um instrumento ético de tutela efetiva dos direitos. Ao contrário do que se possa objetar, esta não é uma visão jurídico-romântica, mas um imperativo essencial da eticidade que deve orientar o direito.

Mas a colaboração não se esgota aí. Também o juiz, naturalmente, tem o dever de cooperar com as partes. Diz-se, em decorrência, que o juiz tem os deveres de esclarecer, prevenir e auxiliar os litigantes.

Um ótimo exemplo do dever de esclarecimento a que está adstrito o magistrado está inserido no art. 852-E da CLT, quando diz que o juiz deve *“esclarecer as partes sobre as vantagens da conciliação”*, usando, demais disso, os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

Quanto à prevenção, doutrinadores do porte de Fredier Didier chegam a afirmar, expressamente, que *“tem o magistrado, ainda, o dever de apontar deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas”*⁽¹²⁾.

Relativamente ao dever de auxílio, pode ser destacada, por exemplo, a regra do § 1º do art. 319 do CPC/2015, cuja inteligência estabelece que no caso de o autor não dispor das informações alusivas ao nome, estado civil, CPF e outros elementos identificadores do réu, poderá na petição inicial requerer ao juiz diligências necessárias à respectiva obtenção.

Na mesma linha, insta ser citado o art. 772, III, do CPC/2015, que impõe ao juiz, em qualquer momento do processo, o dever de determinar que sujeitos indicados pelo exequente

(12) DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 17 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 96.

forneçam informações relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.

Parece-nos de bom alvitre, ao final do presente tópico, recordar que a estruturação do Processo do Trabalho, embora não rechace a perspectiva democrática do diálogo entre os sujeitos processuais, neles incluído o próprio Estado-juiz, é marcadamente inquisitiva, o que nem de longe implica em autoritarismo. Deste modo, é mais que salutar o repisamento da preleção do prof. Daniel Mitidiero quando diz que “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa”⁽¹³⁾, desempenhando, assim, “duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”⁽¹⁴⁾.

6. Paridade de armas e isonomia

Não é difícil supor que o princípio da igualdade de oportunidades emana dos princípios da isonomia e do contraditório. Sendo todos iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, da CRFB) e, sendo obrigação do juiz assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 139, I, do CPC/2015), não há como se refutar a necessidade de que o magistrado garanta aos litigantes as mesmas oportunidades processuais.

Neste diapasão, o art. 7º do CPC/2015 assegura “às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Daí decorre que em matéria probatória, por exemplo, todas as vezes que em juízo houver um fato controvertido e relevante para o desate da causa, o magistrado deverá garantir

ao interessado a possibilidade de prová-lo e à parte contrária a possibilidade de refutá-lo. Se não proceder em consonância com essa regra, estará abrindo ensanchas a uma futura decretação de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa.

Isonomia, contudo, não significa igualdade absoluta. Antes de ser meramente formal, a igualdade há de ser substancial. A respeito do afirmado, não custa recordar a lição de Coqueijo Costa, que calha justa para ilustrar o afirmado, quando realça que no Processo do Trabalho “mitiga-se o princípio teórico da igualdade desde o nascimento da jurisdição especial do trabalho”⁽¹⁵⁾ na medida em que “o desequilíbrio dos sujeitos no processo do trabalho impõe a especialização desse processo, como consequência das peculiaridades do conflito individual de trabalho, para corrigir esse desequilíbrio”⁽¹⁶⁾, arrematando, logo em seguida, que na processualística laboral “a relação processual é tutelar, rompendo com o princípio teórico da igualdade jurídica também no processo”⁽¹⁷⁾.

Exemplificativamente falando, as regras de fixação de competência territorial na Justiça do Trabalho, insertas no art. 651 da CLT, sempre privilegiaram a facilitação do acesso do empregado, não importando se reclamante ou reclamado, ao Poder Judiciário. Aliás, tais disposições, que sempre foram tuitivas, têm recebido interpretação ainda mais dúctil pelo Estado-juiz, para, em conformidade com a Constituição, que garante a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB), compreender-se que o empregado, parte hipossuficiente da relação trabalhista, pode optar pelo ajuizamento da demanda no local em que trabalhou, no qual foi contratado, ou naquele em que foi arrematado.

(13) MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72-73.

(14) *Idem*.

(15) COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 4 ed., rev., atual. e adap. por TRINDADE, Washington Luiz da. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 19.

(16) *Idem*.

(17) *Ibidem*, p. 20.

7. Contraditório como possibilidade de influência na decisão de mérito

Dispõe o art. 5º, LV, da CRFB que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Percebe-se, pois, que o contraditório é uma garantia reconhecida ao cidadão contra o arbítrio do Estado, cuidando-se, assim, de uma cláusula constitucional essencialmente democrática.

Dito de outro modo e, abusando da tautologia, podemos afirmar que não existe Estado Democrático de Direito sem a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos processuais que lhe são próprios. Não é por outra razão que qualquer manual minimamente sério de Teoria Geral do Processo esclarece que o processo é o procedimento estruturado em contraditório. Justamente por isso, a parte final do art. 7º do CPC/2015, estudado no tópico anterior, adverte que compete “ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Durante muito tempo, todavia, o contraditório foi enxergado de um modo muito limitado, sendo compreendido como a mera possibilidade formal de uma parte conhecer o fundamento da outra com o fito de rebatê-lo. Nesta perspectiva reducionista, o Estado-juiz assistia passivamente o embate dos litigantes, sem contribuir dialogicamente para a construção do discurso jurídico-processual e, pior, não raramente decidia um caso submetido à sua apreciação com fundamentos não debatidos no processo, prolatando, assim, as chamadas decisões de *terza via* (decisões-surpresa), sem consentir, portanto, que as partes influenciassem substancialmente na construção da resposta jurisdicional.

Eis aqui uma das mais radicais mudanças culturais preconizadas pelo novo Código: a vedação das decisões-surpresa. Basta ver, para ilustrar o afirmado, que o art. 10 do CPC/2015 dispõe que “o juiz não pode decidir, em grau

algun de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Na mesma linha, o art. 933 do CPC/2015 estabelece que “se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias”.

Percebe-se, com efeito, que para além da tradicional potência formal outrora atribuída ao contraditório (mera possibilidade de uma parte conhecer o fundamento da outra com o fito de rebatê-lo), o CPC/2015 lhe reconhece uma potencialidade substancial, estimulando os contendores a influir, com argumentos fáticos e jurídicos, nos destinos da disputa judicial (direito de influência), sem que sejam surpreendidos com decisões inesperadas, cujos elementos não foram discutidos previamente.

Para ilustrar o asseverado, trazemos à tona um exemplo polêmico e por isso enriquecedor. Discute-se, contemporaneamente, se o juiz pode, por iniciativa própria, trazer provas não carreadas pelas partes para os autos, como, por exemplo, aquelas colhidas na internet, para, fundado nelas, proferir a sua sentença.

A resposta parece-nos positiva⁽¹⁸⁾. Não bastasse a dicção do art. 765 da CLT, que homenageando a inquisitividade processual trabalhista (recorde-se que inquisitividade não é sinônimo de autoritarismo) estabelece que os Juízos e Tribunais do Trabalho ‘terão ampla liberdade na direção do processo’ e velarão pelo andamento rápido das causas, ‘podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas’, não podemos esquecer que o juiz já não é mais um mero espectador do contraditório, sendo na realidade um dos seus sujeitos ativos.

(18) Para aprofundamento do tema indicamos o estudo de livro da nossa autoria: CESÁRIO, João Humberto. *Provas no processo do trabalho*: de acordo com o novo Código de Processo Civil. Cuiabá: JHC, 2015. p. 281 e segs.

Tanto é verdade, que o art. 6º do CPC/2015 é inequívoco quando estabelece que *‘todos os sujeitos do processo’* (neles incluído o juiz, naturalmente) devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, *‘decisão de mérito justa e efetiva’*.

Uma ressalva, contudo, merece ser feita quanto ao tema. Com lastro no art. 10 do CPC/2015 é mais que recomendável, obviamente, que antes de decidir o juiz exponha o resultado da sua pesquisa probatória ao crivo do contraditório, de modo a que os litigantes teçam as suas considerações, inclusive com possibilidade de impugnarem a prova desse modo colhida, evitando, com isso, as chamadas decisões de *terza via*.

Nesta mesma linha, aliás, não se pode fazer tábula rasa do art. 493, parágrafo único, do CPC/2015, que possibilita que o juiz tome em consideração por ocasião da decisão, até mesmo de ofício, qualquer fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito capaz de influir no julgamento do mérito, ainda que ocorrido depois da propositura da ação, bastando, para tanto, que ouça as partes sobre ele antes de decidir.

Como regra geral, o contraditório deve ser prévio. Acerca do afirmado, a cabeça do art. 9º do CPC/2015 é indene de dúvidas ao dizer que *“não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”*. Como tudo em direito, tal regramento não é absoluto, existindo situações nas quais o contraditório pode ser perfeitamente protraído.

Dentro desta diretiva, o próprio parágrafo único do art. 9º do CPC/2015, sem qualquer pretensão exaustiva, excepciona a regra geral para permitir a postecipação do contraditório nas tutelas de urgência (sejam cautelares ou satisfativas), nas hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III do CPC/2015, bem como na decisão monitória do art. 701 do CPC/2015 (que também não deixa de ser uma modalidade de tutela de evidência).

Demonstrando de maneira clara que as exceções do parágrafo único do art. 9º do CPC/2015 não constituem um *numerus clausus*, há que ser realçada a dicção do art. 332 do CPC/2015, ao dizer que nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará *‘liminarmente improcedente o pedido’* (portanto, não apenas sem oitiva prévia do réu, mas também sem oitiva prévia do autor, sendo este último a parte em tese prejudicada com a decisão) que contrariar: a) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local; e) se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Neste caso, o contraditório a que o autor tem direito será mais uma vez protraído, na medida em que de acordo com o § 3º do mesmo art. 332 do CPC/2015, se ele apelar, o próprio juiz prolator da decisão hostilizada poderá retratar-se em 5 (cinco) dias, sem a necessidade de remessa do recurso ao tribunal, ocasião em que a apelação será dotada do chamado efeito recursal regressivo⁽¹⁹⁾.

(19) Valem reprodução, aqui, as acertadíssimas palavras de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 169-170: *“Alguém poderia imaginar que o julgamento liminar de improcedência não poderia levar em consideração questões sobre as quais o autor não teve a oportunidade de se manifestar (arts. 5º, LV, da CF, e 10, CPC). Isso poderia levar à conclusão de que, acaso o autor não tenha se pronunciado sobre a aplicação do precedente, da jurisprudência, da decadência ou da prescrição ao seu caso na petição inicial, teria o juiz de oportunizar que o autor se pronunciasse sobre a aplicação do precedente ou da jurisprudência ao seu caso (viabilizando a demonstração de eventual distinção ainda não realizada que o autor entenda pertinente). No entanto, como nesse caso a apelação*

Questão ainda mais delicada é se o juiz pode indeferir a petição inicial de ofício, sem nem mesmo ouvir o requerente antecipadamente, quando, por exemplo, não estiverem presentes a legitimidade, o interesse processual ou algum dos pressupostos processuais. Parece-nos, por uma questão lógica, que se o juiz pode até rejeitar liminarmente o pedido do autor (art. 332 do CPC/2015), com muito maior razão poderia indeferir a inicial liminarmente, a fim de extinguir o processo sem resolução do mérito, pois, afinal, quem pode o mais, pode também o menos.

Contraditoriamente, contudo, não é esta a resposta do novo modelo processual civil para a matéria. Vale notar, a propósito, que em nome da colaboração do juiz para com as partes (art. 6º do CPC/2015), o art. 317 do CPC/2015 esclarece que antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Como se não bastasse o art. 321 do CPC/2015 determina que o magistrado, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC/2015 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Somente depois disso é que o juiz indeferirá a petição inicial em caso de inércia do vindicante.

excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 332, § 3º), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição. E é justamente por essa razão que o art. 332, § 1º, dispensa o contraditório prévio no julgamento de improcedência liminar que declara a decadência ou a prescrição — pelas mesmas razões, o contraditório deve também ser dispensado quando houver a invocação de precedente não debatido ou de orientação jurisprudencial não discutida pelo autor na petição inicial”.

Como se percebe, o código exige colaboração do Estado-juiz para com a parte, mas não se preocupa muito com a colaboração do litigante para com o Poder Judiciário. Ora, não parece muito exigir-se que a parte, representada por advogado, traga a juízo uma petição minimamente hígida, contribuindo, assim, para que o processo tenha duração razoável.

É no mínimo paradoxal, para não dizer exótico, que o novo código exija tanto do magistrado ao decidir (*vide*, a propósito, o art. 489, § 1º, I, II, III, IV, V, VI, e § 2º) e, ao mesmo tempo, seja tão permissivo com o litigante, impondo ao juiz o dever de indicar ao causídico, com precisão, o que deve ser corrigido ou completado na sua peça de ingresso. É por essas e outras que os juízes consomem boa parte das suas vidas lendo petições absolutamente desconexas e desprovidas de sentido lógico-jurídico, transformando o prazer da leitura em verdadeiro martírio pessoal.

A questão que resta a ser respondida é se os arts. 317 e 321 do CPC/2015 seriam compatíveis com o Processo do Trabalho. A resposta, pelo menos em linhas gerais, parece-nos ser negativa. Um bom exercício de análise do tema, passa necessariamente pelo cotejo das regras em questão com os ditames do rito sumaríssimo trabalhista.

Ocorre que o procedimento sumaríssimo, previsto para os dissídios individuais que não excedam a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação (art. 852-A, da CLT), foi edificado sob a lógica da mais absoluta celeridade e concentração dos atos processuais.

Tanto é assim, que a legislação de regência (art. 852-B, III, da CLT) alardeia que a apreciação da reclamação deverá ocorrer no máximo de 15 (quinze) dias do seu ajuizamento, podendo constar, se necessário, de pauta especial de acordo com o movimento judiciário da Vara do Trabalho. Imagine-se, com efeito, o que acontecerá se o Juiz do Trabalho, ao aplicar irrefletidamente o art. 321 do CPC/2015, conceder

15 (quinze) dias para o autor a adequar a inicial defeituosa. Neste caso, obviamente, a regra do art. 852-B, III, da CLT tornar-se-á letra morta.

Assim é que em nome da celeridade, encarada do ponto de vista da tramitação coletiva de todos os processos em curso na Vara (e não do prisma inerente a um único processo), é que o procedimento sumaríssimo se revela liberto de qualquer compaixão para com as iniciais defeituosas, preferindo abortar o processo iniciado com uma petição de contornos duvidosos.

Dito de outro modo, o que a lógica do procedimento sumaríssimo colima é a defenestração de petições iniciais que não primem pela higidez, para que processos contaminados não tomem o lugar na pauta daqueles que tenham sido ajuizados em arquitetura tecnicamente sólida.

Justamente por isso, por exemplo, é que os incisos I e II do art. 852-B estabelecem alguns requisitos para a inicial do sumaríssimo, alertando, logo em seguida, já no § 1º do mencionado preceito, que o não atendimento das aludidas regras importará, incontinentemente, no “arquivamento da reclamação” (*sic; rectius*: na extinção do processo sem exame do mérito).

Também no rito ordinário a questão não pode ser vista de modo muito diferente. Imagine-se uma situação mais que corriqueira nas Varas do Trabalho, na qual o reclamante não comparece à sessão inicial da audiência. Neste caso, diante da ausência de um pressuposto essencial para a definitiva formação da relação processual trabalhista, a inteligência do art. 844 da CLT determina que o juiz extinga o processo sem resolução do mérito. Neste caso, antes de promover o arquivamento dos autos do processo, seria necessário que o juiz determinasse a oitiva do autor? Seria razoável aplicar uma regra, por si só protetiva, para atrasar o andamento do feito de tal modo que protraído o trânsito em julgado da decisão, o autor se visse impedido, inclusive, de ajuizar novamente a ação sob o risco de configuração de litispendência?

Parece-nos, por essas e outras, que para o rito ordinário continuará válida a Súmula n. 263 do TST, que se encontra a dizer que salvo nas hipóteses do art. 295 do CPC [remissão feita ao Código de 1973; leia-se art. 330 no CPC/2015], o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 10 (dez) dias, a parte não o fizer.

O que o mencionado verbete sumular está a dizer, quando bem compreendida a exceção enfatizada na sua parte inicial (salvo nas hipóteses do art. 295 do CPC; leia-se: salvo nas hipóteses do art. 330 do CPC/2015), é que naqueles casos em que a primígena carregar consigo vícios como a inépcia, a ilegitimidade, a ausência de interesse processual etc., o indeferimento da inicial com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito (art. 330 do CPC/2015 c/c o art. 485, I, do CPC/2015) poderá ser realizado sem a observância da regra estampada no art. 321 do CPC/2015.

No Processo do Trabalho, com efeito, se o autor, por exemplo, deixar de apresentar os fatos e os fundamentos do pedido ou ainda o próprio pedido (art. 840 da CLT c/c art. 319, III e IV, do CPC/2015), a sua petição poderá ser indeferida de plano, sem qualquer possibilidade de complementação, ainda que no rito ordinário, isso pela inteligência combinada do art. 330, I, § 1º, inciso I, do CPC/2015, com a primeira parte da Súmula n. 263 do Tribunal Superior do Trabalho.

E nem se objete que tal solução maltrataria o contraditório a que o autor tem direito. Decididamente não. Como já vimos, nada obsta que em situações especiais o contraditório seja excepcionalmente postecipado. Nesta hipótese, incidirá à espécie o art. 331 do CPC/2015, que se encontra a dizer que uma vez indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao próprio juiz que proferiu a decisão hostilizada retratar-se no prazo de cinco dias, tudo

isso sem a necessidade de remessa do recurso ao tribunal, ocasião em que a apelação, tal e qual já vimos no art. 332, § 3º, do CPC/2015, será mais uma vez dotada do chamado efeito recursal regressivo.

8. Publicidade dos atos processuais e fundamentação das decisões judiciais

Segundo o art. 5º, LX, da CRFB, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Em semelhante disposição, mas avançando um tanto mais, o art. 93, IX, da CRFB estabelece que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”.

Como não poderia deixar de ser, a CLT aduz no seu art. 770 que “os atos processuais serão públicos salvo quando o contrário determinar o interesse social”, asseverando, ainda, no art. 813, que “as audiências dos órgãos da Justiça do Trabalho serão públicas”, arrematando em seguida, já no seu art. 832 que na sentença deverão constar “os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

Percebe-se, pois, que a responsabilidade democrática para com a publicidade dos atos processuais e a fundamentação decisória é preocupação antiga, estando inserida há décadas na Consolidação das Leis do Trabalho, tendo sido recepcionada, no pertinente, pelos arts. 5º, LX, e 93, IX, da CRFB.

Logo, parece um tanto inexplicável a efusividade com que certo setor da doutrina civilista mais afoita tem saudado o art. 11 do CPC/2015, que ao dizer que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões,*

sob pena de nulidade”, nada mais faz do que repetir o que a CLT ensina desde a década de quarenta dos noventa.

O que na verdade merece ser destacado é que o ato de julgar tem ganhado novos contornos com a passagem do liberalismo jurídico para o Estado Democrático de Direito. Naquele primeiro modelo de Estado, no qual a grandeza do Direito estava reduzida à esterilidade da lei, a decisão não passava de um mero mecanismo silógico de subsunção dos fatos às leis, sendo a atividade do juiz reduzida ao aviltante papel de *bouche de la loi*.

Com o segundo pós-guerra, ficou claro que em nome da observância estrita e patológica da lei, construída e aplicada sem qualquer preocupação ética, foram praticados os atos mais bárbaros da história do século XX, tudo com lastro nas chamadas leis de Nuremberg. É neste momento que temos o nascedouro do Estado Constitucional, qualificado como um momento pós-positivista do direito, que pode ser adequadamente nominado de positivismo-ético.

Nesta quadra histórica, a Constituição deixa de ser uma simples declaração de boas intenções ou mera pauta programática, para assumir força normativa a ser implementada de imediato. Tanto é verdade que, por exemplo, o art. 5º, § 1º, da CRFB estabelece, sem margem para dúvidas (embora certos setores jurídicos teimem em ignorar a disposição), que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É preciso dizer, embora tal afirmação gere desconforto a muitos (principalmente aos setores da chamada advocacia estratégica, que pouco preocupados com a Justiça, consomem as suas pobres vidas apegados a métricas que se traduzem no lucro abusivo dos seus clientes), que o papel do Estado-juiz cambia radicalmente no Estado Democrático de Direito. De mera boca da lei o juiz é alçado — com o auxílio da comunidade aberta dos intérpretes (professores, membros do Ministério Público e advogados)

— à condição de magistrado normatizador, que, interpretando o texto legal, dele extrai a norma encarada como ideal de justiça.

Resta patente, neste instante, a diferença entre texto e norma, já que a lei não passa de um verbete legal, ao passo que a norma é o texto interpretado e enriquecido pela eticidade que exala dos princípios constitucionais dotados de força normativa (dimensão objetiva dos direitos fundamentais). Importa sublinhar, já que não serão poucos os detratores das nossas palavras, que não se trata de corrigir a lei pela moral individual do juiz.

Obviamente, o jurisdicionado, quando vem a juízo, não deseja saber a opinião pessoal do magistrado que julga o seu caso. O que ele almeja, naturalmente, é uma resposta jurisdicional do Estado-juiz, que embasada no direito e orientada pela moral republicana, laica por excelência, lhe garanta em tempo razoável o bem da vida legitimamente perseguido.

A sociedade pós-moderna é cada vez mais complexa, caótica e multifacetada. Vai-se longe, felizmente, a ideia liberal-infantilóide de que o Estado-legislador seria capaz de dar uma solução prévia, abstrata e geral para qualquer crise do direito. Pululam nos textos legislativos, em decorrência, os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos legais de tessitura aberta, que somente ganham significado concreto com o apoio da doutrina e das decisões dos tribunais. É nesse sentido que o Estado-juiz assume a sua função normatizadora, para, em colaboração com o Estado-legislador, atribuir sentido ético-universalizável ao direito.

Evidentemente, na mesma medida em que o juiz passa de boca da lei a magistrado normatizador, as suas responsabilidades aumentam exponencialmente, já que o Estado-juiz, em última instância, assume em mãos a função de fiador da segurança jurídica, imprescindível para a consecução da paz social em um Estado que pelo menos idealmente almeja a democracia plena.

Em tal sentido, há que ser elogiada a aproximação do nosso direito, fundado em uma raiz

romano-germânica de *civil law*, com o sistema anglo-saxônico da *common law*. Merece aplausos, de tal arte, a preocupação do CPC/2015 com a necessidade de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais (art. 926 do CPC/2015), bem como com o respeito aos precedentes (art. 489, § 1º, do CPC/2015). Mas sobre esse tema trataremos pormenorizadamente em outro momento.

9. Considerações finais

Em apertadíssima síntese de tudo o quanto antes exposto, podemos assentar que:

- O ofício de julgar, em um Estado Democrático de Direito, não é mais uma simples operação silógica de subsunção do fato à lei;
- O ato de julgar necessita ser exercitado, contemporaneamente, dentro de um paradigma essencialmente axiológico, cujo valor primordial é a exaltação constitucional das virtudes humanas em detrimento do puro e simples patrimonialismo;
- Em decorrência, tanto o Processo Civil quanto o Processo do Trabalho deverão ser ordenados, disciplinados e interpretados conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil;
- Assim, incumbirá ao Estado-Juiz, tanto no âmbito da jurisdição comum quanto da jurisdição trabalhista, resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade ampliada, a publicidade e a eficiência.

10. Referências bibliográficas

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011.

CESÁRIO, João Humberto. O Processo do Trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo: LTr, n. 53, jan./fev./mar. 2015.

_____. *Provas no Processo do Trabalho: de acordo com o novo Código de Processo Civil*. Cuiabá: JHC, 2015.

_____. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 4 ed., rev., atual. e adap. por TRINDADE, Washington Luiz da. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 17 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: <<http://migre.me/oiH7a>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. (reescrita de acordo com a Lei n. 13.105, de 16.3.2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

A importância do art. 489 do novo Código de Processo Civil na consolidação de um processo do trabalho verdadeiramente democrático e alinhado aos valores constitucionais

Vladimir Andrei Ferreira Lima^(*)

Resumo:

- Após intensos debates e um ano de *vacatio legis*, entra em vigor o novo Código de Processo Civil (NCPC). Tendo em vista sua aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho por força dos arts. 769 da CLT e 15 do NCPC, torna-se importantíssimo destrinchá-lo em alguns aspectos, visando, especialmente, a construção de um Direito Processual do Trabalho verdadeiramente democrático, pautado pelo diálogo e cooperação, no qual as partes tenham acesso a uma tutela jurisdicional efetivamente legítima e plena. Propõe-se, assim, abordar nesse estudo a aplicabilidade do art. 489 do NCPC ao Direito Processual do Trabalho, dispositivo que se encontra alinhado à mais moderna teoria do processo — a teoria constitucionalista do processo —, acrescentando, assim, substrato legal para edificação de um devido processo constitucional, em sintonia com os ideais consagrados pela Constituição Federal, em especial, seus valores democráticos.

Resumen:

- Después de intensos debates y de un lapso temporal de un año, entrará en vigor el nuevo Código Procesal Civil Brasileño (NCPC). Dada su aplicación supletoria y subsidiaria a el Proceso Laboral en razón del art. 769 del Código del Trabajo Brasileño y art. 15 del NCPC, resulta importante analizar algunos de sus aspectos, con la intención de construir un Proceso Laboral verdaderamente democrático, basado en el diálogo y la cooperación, en lo cual las partes podrán tener acceso a una tutela jurisdiccional verdaderamente legítima y completa. Se propone, por lo tanto, abordar en este estudio la aplicabilidad de su art. 489 a el Proceso Laboral, que está alineado con la más moderna teoría del proceso — la teoría constitucional del proceso —, acreciendo, así, sustrato legal para la construcción de un debido proceso constitucional de acuerdo con los ideales consagrados en la Constitución Brasileña, en particular, sus valores democráticos.

(*) Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas

Gerais (PUC-MG). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Palavras-chave:

- ▶ Legitimidade da função jurisdiccional — Tutela jurisdiccional — Devido processo constitucional — Processo democrático — Direito processual do trabalho — Novo Código de Processo Civil.

Palabras-clave:

- ▶ Legitimidad de la función jurisdiccional — Tutela jurisdiccional — Debido proceso constitucional — Proceso democrático — Derecho procesal laboral — Nuevo Código Procesal Civil brasileño.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Estado e democracia: da legitimidade do poder estatal
- ▶ 3. Constituição e processo: do devido processo constitucional
- ▶ 4. Processo e democracia
 - ▶ 4.1. Do fator dialógico como manifestação do elemento democrático no processo
 - ▶ 4.2. Da relevância do fator dialógico para a efetivação de um processo democrático
 - ▶ 4.3. Da importância do art. 489 do NCPC para a consolidação de um processo do trabalho verdadeiramente democrático
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Nos últimos anos, os estudiosos do direito acompanharam de perto a elaboração do projeto de novo Código de Processo Civil. Foram diversas obras, artigos, palestras, estudos e debates dedicados a discutir a proposta de novo Código apresentada, bem como seus impactos, avanços e equívocos. Em 16.3.2015 o Código foi sancionado, e sua vigência ocorrerá um ano após sua publicação oficial (art. 1.045 do NCPC), que se deu em 17.3.2015.

Tendo em vista a recente publicação do novo Código, os primeiros estudos relativos à aplicabilidade de seus dispositivos ao Direito Processual do Trabalho começaram a ocorrer, sobretudo, no primeiro semestre de 2015, de maneira que o debate sobre o tema ainda está amadurecendo, nos diversos artigos, congressos e palestras dedicados à sua análise.

E o que se propõe aqui é abordar a aplicabilidade do art. 489 do NCPC (que trata dos

requisitos da sentença) ao Direito Processual do Trabalho, objetivando a consecução de um processo ainda mais democrático, o que se fará em três blocos: Estado e Democracia, Constituição e Processo e, Processo e Democracia.

Na primeira etapa (Estado e Democracia) será feita uma breve abordagem dos fundamentos legitimadores do exercício das funções estatais, em especial a jurisdiccional.

Na fase seguinte (Constituição e Processo) aborda-se a natureza jurídica do processo e a importância da teoria constitucionalista para edificação de um devido processo constitucional, em sintonia com os ideais consagrados pela Constituição Federal, em especial os valores democráticos

No momento final (Processo e Democracia) será abordada a importância do fator dialógico para a democratização do processo, bem como será analisado o art. 489 do NCPC e sua aplicabilidade ao Processo do Trabalho, para, por

fim, tratar-se da relevância dessa norma para a consolidação de um Processo do Trabalho democrático e alinhado aos valores propagados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro. Outrossim, é importante salientar ainda que, naturalmente, não se deixará de mencionar também alguns outros dispositivos do novo Código, que também contribuem para a construção de um processo democrático.

2. Estado e democracia: da legitimidade do poder estatal

É cediço que o Estado brasileiro adotou o modelo da tripartição de poderes no art. 2º da Constituição Federal (CF/88), que preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É certo também que o termo “poderes” estatais, na verdade é uma atecnia, pois tendo em vista que a única fonte de poder do Estado é o povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88), e que este poder é uno, o que ocorre na verdade é sua distribuição entre diversas funções⁽¹⁾: a legislativa, a executiva e a judiciária.

O parágrafo único, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, além de destacar que todo poder emana do povo, assevera que ele é exercido através de representantes eleitos. E é através da eleição pelo povo — titular do poder estatal — de seus representantes, que se verifica uma das facetas do elemento democrático, constitutivo do Estado brasileiro, pois ele não se propõe a ser apenas um Estado de Direito, mas um Estado Democrático de Direito⁽²⁾.

(1) Kildare Gonçalves Carvalho e Ronaldo Brêtas Carvalho Dias compartilhavam deste entendimento, e utilizam o termo “funções do Estado” para designar o que a Constituição Federal designa como sendo “poderes da União”.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte. 2010. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

(2) “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito

Logo, enquanto Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro retira sua legitimidade de dois elementos essenciais: a democracia (Estado Democrático) e a obediência às normas constitucionais (Estado de Direito). Nesse sentido, leciona Denz que:

Como se observa, a legitimidade, de acordo com a Constituição Federal de 1988, no Estado Democrático de Direito, funda-se na soberania popular, mas, também, é condicionada pela necessidade de que esse exercício respeite os direitos fundamentais impostos pelo Estado de Direito. A aliança entre os dois é fundamental, pois o Estado de Direito sem a democracia se limita à obediência do Estado à lei e o princípio democrático, sem o espírito legal-constitucional, pode se desvirtuar em um governo totalitário de uma maioria de caráter decisionista.⁽³⁾

Assim, ao se falar em exercício legítimo do poder estatal através de uma de suas funções, esse deve ocorrer dentro dos limites da Constituição e, em observância a todo sistema normativo (**elemento legal ou constitucional**), bem como deve ser realizado de forma democrática (**elemento democrático**).

Verifica-se facilmente a presença do elemento democrático no exercício das funções legislativa e executiva, quando o povo elege seus representantes. A eleição de representantes (elemento democrático), e o respeito à legislação constitucional (elemento legal), tornam legítimo o exercício das funções legislativa e executiva pelo Estado.

Todavia, o mesmo não ocorre no exercício da função jurisdicional, uma vez que, naturalmente, como é sabido, juízes, desembargadores

e tem como fundamentos” (art. 1º, caput, Constituição Federal 1988).

(3) DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. A legitimidade democrática do Poder Judiciário e a politização partidária do juiz. *Revista eletrônica da Associação dos Magistrados Paranaenses*, Paraná, p. 5. Disponível em: <<http://www.fagundes Cunha.org.br/amapar/artigo.html>>. Acesso em: 1º out. 2014.

e ministros, não são eleitos pelo voto popular. Indaga-se assim, o que legitimaria o exercício da função jurisdicional pelo Estado.

É comum que se relacione a legitimidade democrática ao voto popular, o que não é de todo correto. A legitimidade decorrente do princípio democrático derivado do art. 1º da CF/88, não deve ser confundida com a democracia representativa, que é apenas uma de suas formas de manifestação. O elemento democrático legitimador do exercício da função jurisdicional assume contornos diferenciados, se manifestando através da participação das partes na construção do provimento jurisdicional⁽⁴⁾. Medauar Ommati, leciona neste sentido, que:

Se a legitimidade dos órgãos executivo e legislativo se dá pelo processo político-eleitoral, ou seja, através da regra da maioria, o caso do judiciário e sua legitimidade advém de dois elementos complementares: a participação daqueles que serão afetados pela decisão a ser produzida com iguais liberdades, apresentando suas razões, argumentos e provas, de modo a que o órgão que tomará a decisão deverá necessariamente responder com base nos fatos acertados e nos argumentos produzidos por esses cidadãos, qual a decisão correta para a situação; e a fundamentação exaustiva do órgão jurisdicional⁽⁵⁾.

Extraí-se assim dessa lição que os elementos legal e democrático também devem estar

presentes na função jurisdicional para que possa ser considerado legítimo o exercício dessa atividade estatal. Aquele, implementado através da fundamentação exaustiva do órgão jurisdicional (e, naturalmente, da observância das demais normas processuais), e este, como decorrência da participação das partes na construção da decisão judicial que lhes será imposta.

Percebe-se assim que o elemento constitutivo e o elemento democrático devem estar presentes no exercício de qualquer uma das três funções estatais, e ainda, que este último assume contornos diferenciados no exercício da função jurisdicional pelo Estado, razão pela qual merece uma atenção diferenciada nesse estudo, tendo em vista seu objetivo.

3. Constituição e processo: do devido processo constitucional

É certo que o “poder” Judiciário vem sendo objeto de grandes questionamentos no exercício de sua atividade precípua. Questiona-se não só sua capacidade de proferir uma decisão com uma razoável duração, mas também a qualidade desse provimento. E mesmo as constantes reformas legislativas e técnicas adotadas (a exemplo da jurisprudência defensiva), parecem não surtir o efeito desejado, pois não conseguem aliar celeridade na entrega da prestação jurisdicional, com a preservação de garantias processuais constitucionais.

E um processo que busca a celeridade a qualquer custo, em detrimento de direitos e garantias constitucionais, e sem possibilitar uma efetiva participação das partes, torna **ilegítimo** o exercício da atividade jurisdicional, que, conforme já explicitado, deve preservar e implementar os valores resguardados pela Constituição Federal, bem como efetivar o princípio democrático em seu bojo.

Desse modo, torna-se inarredável a necessidade de não só construir um processo alinhado com os preceitos constitucionais, mas que permita, de fato, a participação das

(4) LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. *Do caráter dialético do processo*: a necessidade de se repensar o exercício da função jurisdicional à luz da Constituição Federal e do princípio democrático e o papel do novo Código de Processo Civil na consecução deste objetivo. Monografia não publicada. Belo Horizonte: 2015.

(5) MEDAUAR OMMATI, José Emilio. A Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle et al (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. c. 3. p. 115.

partes na construção da decisão judicial para que o exercício da função jurisdicional se torne efetivamente legítimo, o que se pode ocorrer através de um **devido processo constitucional**. Mas que teoria processual ofereceria substrato para se erigir um processo alicerçado no devido processo constitucional?

Dias, em referência a Rosemiro Pereira Leal, informa que, em um século e meio de história do direito processual, podem ser catalogadas ao menos oito teorias que tentam explicar o processo⁽⁶⁾. Dentre todas as teorias existentes, a do **processo como relação jurídica** goza de grande aceitação por parte da doutrina, pois foi a que orientou a elaboração do Código de Processo Civil de 1973⁽⁷⁾. Sintetizando esta teoria, pode-se dizer que ela “enxerga no processo uma relação jurídica autônoma, singular e unitária, embora complexa, que vincula juiz e partes, os sujeitos do processo, definindo-lhes sujeição, poderes, direitos e obrigações.”⁽⁸⁾

Aroldo Plínio Gonçalves, refutando essa teoria, preleciona que:

Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente,

(6) Dentre elas, a teoria do processo como um contrato (Pothier), teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guérnyvau), teoria do processo como relação jurídica (Bulow), teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt), teoria do processo como instituição (Guasp), teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), teoria constitucionalista do processo, teoria neo-institucionalista do processo (Rosemiro Pereira Leal). DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 84-85.

(7) Neste norte, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que “de todas as teorias expostas acerca da natureza jurídica do processo, é a da relação processual que nitidamente desfruta dos favores da doutrina”, acrescentando que “no Brasil, acatam-na todos os processualistas de renome”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 282-283.

(8) DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 86.

que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação.

(...) Foi demonstrado que, quer se negue ou se admita o direito subjetivo, já não se pode afirmar que ele se constitui em “poder sobre a conduta alheia”. Em consequência, não há como se admitir que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo.⁽⁹⁾

O autor acima citado, disseminando os ensinamentos de Fazzalari, apresenta assim sua teoria do **processo enquanto procedimento realizado em contraditório**:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.⁽¹⁰⁾

Verifica-se assim que para essa teoria, o princípio constitucional do contraditório, assume papel vital na definição da natureza jurídica do processo. Fernandes e Meira afirmam que “diferentemente das concepções instrumentalistas do processo — que encaíram o processo como uma relação jurídica — a noção de processo como procedimento

(9) GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 97-98.

(10) *Ibidem*, p. 115

realizado em contraditório põe a tônica da atividade jurisdicional nas partes e não no magistrado”.⁽¹¹⁾ Acrescentam ainda os doutrinadores que assim, “a noção de contraditório como condição para a prolação de uma decisão judicial contribui para a noção de direito como empreendimento coletivo”, de maneira que “a participação das partes é o elemento central do provimento jurisdicional”

Todavia, segundo Rosemiro Pereira Leal, em que pese grande avanço da teoria *fazzalariana* de processo introduzida no Brasil por Aroldo Plínio, existe a necessidade de sua complementação, pois embora utilize o atributo do contraditório para distinguir o processo do procedimento, não se vislumbra reflexão constitucional maior das garantias fundamentais das partes⁽¹²⁾. Dierle Nunes compartilha desse entendimento ao afirmar que Fazzalari não demonstrou maiores preocupações com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais na estruturação de sua teoria, pois ela trabalharia exclusivamente no campo da técnica processual.⁽¹³⁾

Assim, Carvalho Dias traz à baila a **teoria constitucionalista do processo**, que teria sido sistematizada no Brasil por Baracho no século passado, e que se fundamenta, antes de tudo, na supremacia da Constituição sobre as normas processuais. E a viga-mestra que alicerça o processo constitucional é o devido processo legal — composto, dentre outros elementos, pelo direito a um procedimento realizado em

contraditório — formando assim um **devido processo constitucional**.⁽¹⁴⁾

Destarte, impõe-se fazer uma releitura da teoria de Fazzalari, à luz da ideia de supremacia da Constituição, e, especialmente, dos princípios democráticos e do devido processo legal, ambos importantíssimos para a consolidação do devido processo constitucional, pois a própria exposição de motivos do anteprojeto do NCPC, deixa claro que o objetivo do processo não se reduz meramente à resolução de conflitos, pois ele é também meio para efetivação de valores constitucionais.⁽¹⁵⁾

Verifica-se assim, que a teoria constitucionalista do processo seria a mais adequada à explicação da natureza jurídica do processo, pois, ao alinhá-lo à ideia de supremacia da Constituição, conformando, através do imenso bloco de garantias trazido pela Carta Magna, uma sistemática processual que passa a ter como centro não mais o devido processo legal, mas o devido processo constitucional, torna-se possível a implementação do elemento democrático no processo, tornando legítima a prestação jurisdicional por meio da construção coletiva da decisão judicial.⁽¹⁶⁾

4. Processo e democracia

4.1. Do fator dialógico como manifestação do elemento democrático no processo

Conforme já asseverado alhures, o elemento democrático assume contornos diferenciados no exercício da função jurisdicional. Alexy afirma que existem dois tipos de representação do povo, a **decisionista** e a **argumentativa**, sendo que a primeira se caracteriza pela eleição de representantes pelos cidadãos, e a segunda pela

(11) FERNANDES, Bernardo Gonçalves. MEIRA, Renan Sales de. Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao projeto do novo Código de Processo Civil à luz de um modelo constitucionalmente (discursivo-democrático) adequado de processo. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2. p. 201.

(12) *Apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 93.

(13) *Ibidem*, p. 93.

(14) *Ibidem*, p. 94

(15) LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. *Do caráter dialético do processo: a necessidade de se repensar o exercício da função jurisdicional à luz da Constituição Federal e do princípio democrático e o papel do novo Código de Processo Civil na consecução deste objetivo*. Monografia não publicada. Belo Horizonte: 2015. p. 21.

(16) *Ibidem*, p. 22

institucionalização do discurso como forma de tomar decisões.⁽¹⁷⁾

Coutinho e Catherine afirmam assim que, enquanto o Estado no exercício da função legislativa possui representatividade em ambos os níveis, na atividade jurisdicional a representatividade é unicamente argumentativa, de modo que os juízes, “garantem a legitimidade de suas decisões na medida em que são capazes de se posicionar ao lado do melhor argumento racional dentre aqueles que os interessados trouxeram para a discussão”.⁽¹⁸⁾ Percebe-se assim que a oportunidade de manifestação e o diálogo são inerentes ao elemento democrático, manifestando-se no processo através da representatividade argumentativa, ou seja, de um **fator dialógico**.

Referindo-se à teoria da integridade de Ronald Dworkin, Fernandes e Meira afirmam que o direito é construído coletivamente, sendo que a linguagem, uma de suas formas de manifestação, tem um papel essencial na construção da realidade social. Deste modo, a linguagem não é mero instrumento da realidade, pois, em uma perspectiva pragmática, as palavras (signos) não possuem um significado metafísico, só adquirindo sentido de acordo com as dinâmicas de práticas sociais, de acordo com o contexto em que são utilizadas.⁽¹⁹⁾ Tendo em vista isto, Fernandes e Meira apontam que é vantajosa a acepção do direito como empreendimento coletivo, já que:

(1) se toda compreensão de signos só pode se dar a partir das dinâmicas sociais, é mais atraente uma concepção de direito que oferece aos atores nessas práticas um convite

à conjunta interpretação destas últimas; (2) se as normas são cambiantes no tempo, necessária se faz uma concepção de direito que se pauta pela faculdade conferida aos atores dessas mudanças de reconstruí-lo conjuntamente com os magistrados também na facticidade da decisão judicial.⁽²⁰⁾

O direito é ciência pautada pelo discurso e pela argumentação, de modo que a decisão a ser emanada pelo Estado no exercício da função jurisdicional deve ser precedida de um intenso diálogo entre o juiz e as partes.

Em referência aos ensinamentos de Habermas, Fernandes e Meira lembram que no âmbito do agir comunicativo⁽²¹⁾ são formuladas pretensões de validade expressas por argumentos, posteriormente levadas à crítica dos demais participantes do procedimento argumentativo. Assim, no paradigma em questão, só se reputaria racional a decisão proferida por um juiz, quando ele “atua diante de um procedimento argumentativo estabelecido entre as partes, em que essas podem expor o seu entendimento sobre o que o direito exige no caso concreto”.⁽²²⁾

Verifica-se desse modo, que o diálogo é um elemento de grande relevância em um Estado Democrático de Direito, especialmente quando se fala em legitimidade no exercício da função jurisdicional, sendo que o processo — meio pelo qual se desenvolve esta atividade estatal — é o lugar onde a participação, o discurso, a atividade argumentativa se materializam, fazendo assim do direito processual, um meio para a implementação de valores democráticos.⁽²³⁾ Percebida, assim, a importância

(17) *Apud* COUTINHO, Carlos Marden Cabral. CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I) Legitimidade das Decisões Judiciais: Análise dos Precedentes à Brasileira e do Acesso à justiça no Novo CPC. In FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 274.

(18) *Ibidem*, p. 274.

(19) *Ibidem*, p. 196-197.

(20) *Ibidem*, p. 198.

(21) “O agir comunicativo e o local onde os indivíduos buscam pautar suas ações por meio do acordo a pretensões de validade que subsistiram ante um procedimento argumentativo a que foram expostas à crítica de outros sujeitos. Diz-se assim que os argumentos veiculam pretensões de validade (...)” *Ibidem*, p. 204.

(22) *Ibidem*, p. 205.

(23) LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. *Do caráter dialético do processo: a necessidade de se repensar o exercício da função jurisdicional à luz da Constituição Federal e*

da construção de um processo dialético como propiciador da realização do princípio democrático no seu bojo e legitimador da atividade exercida pelo Judiciário, impende se passar a análise de como o componente dialógico se apresenta no processo.

4.2. Da relevância do fator dialógico para a efetivação de um processo democrático

Certamente o mais importante princípio constitucional que compõe o Direito Processual é o do devido processo legal, pois todos os demais são consequência dele, de modo que mesmo que não estivessem insertos na Constituição expressamente em seu texto, seriam decorrentes implicitamente dele.⁽²⁴⁾

E, conforme já arrematado anteriormente, tomando-se por base a teoria constitucionalista do processo, que o explica como instrumento apto a implementar um imenso bloco de garantias constitucionais, este princípio é melhor qualificado de devido processo constitucional, pois congrega-se, assim, em sua essência, todos os demais valores propalados pela Constituição Federal, dentre eles os de caráter democrático. Desse modo o elemento democrático torna-se parte de sua carga principiológica, trazendo assim, para dentro do devido processo constitucional, o fator dialógico, que se irradia para todos os demais princípios que lhe são corolários.

E dentre os princípios constitucionais derivados do devido processo constitucional, o elemento dialógico se revela com maior intensidade na construção de um processo democrático, no princípio do **contraditório**.

Tradicionalmente o contraditório sempre foi sintetizado no binômio ciência-resistência

(**contraditório formal**), que, em suma, trata-se do direito da parte de tomar conhecimento de todos os atos processuais e a eles se opor. E, na década de 90 do século passado, Gonçalves já lembrava também que devem ser concedida às partes a mesma oportunidade de se manifestarem (simétrica paridade de armas).⁽²⁵⁾

Contudo o conceito de contraditório evoluiu com o passar dos anos, agregando-se outros valores a ele, como o denominado **poder de influência** ou **direito de ver seus argumentos considerados**. Este “novo” valor na verdade é uma decorrência lógica do binômio ciência-resistência, pois de nada adiantaria o direito das partes de serem científicas de todos os atos processuais e de se manifestarem acerca deles, se o juiz não estivesse obrigado a levar em consideração esses argumentos, de modo a influir no julgamento.⁽²⁶⁾

Medauar Ommati, compartilhando do entendimento de que as partes têm o direito de influir na decisão do juiz como decorrência do fator dialógico no processo, aduz que:

O contraditório não significa apenas dizer e contradizer. Não significa também apenas bilateralidade de audiência ou a paridade de armas. Contraditório é muito mais do que isso. O contraditório está intimamente ligado aos direitos de igualdade e liberdade,

do princípio democrático e o papel do novo Código de Processo Civil na consecução deste objetivo. Monografia não publicada. Belo Horizonte: 2015. p. 54.

(24) CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. V. I, p. 35.

(25) GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 121.

(26) Insta salientar que no julgamento do RO em MS 24.536-4/2003 e do MS 24.268-0/2004, o STF já consolidou o entendimento acerca da existência deste direito, afirmando que “a pretensão à tutela jurídica, (...) contém os seguintes direitos: (...) direito de ver seus argumentos considerados (...), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (...) para contemplar as razões apresentadas (...)”. Acrescentou-se que esse direito “corresponde, obviamente, ao dever do juiz (...) de a eles conferir atenção”, envolvendo assim “não só o dever de tomar conhecimento (...), como o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”, concluindo assim que “é da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões”.

na medida em que significa que aqueles que serão afetados pelo provimento deverão ter o direito de apresentar suas razões e provas com iguais liberdades, de modo a influir na de decisão final. (...) um cidadão somente é tratado com igual respeito e consideração se as decisões que afetarão sua esfera forem tomadas após todo um diálogo entre os poderes públicos e aqueles que sofrerão o impacto da decisão.⁽²⁷⁾

Resgatando a lição de André Cordeiro Leal, Ommati afirma ainda que o contraditório, enquanto direito dos afetados pela decisão de participar de sua construção, enseja o dever do órgão judicial responsável por a proferir, de fundamentá-la, explicitando os acertos e equívocos dos interessados na construção do direito.⁽²⁸⁾

Percebe-se assim que o direito de ver seus argumentos considerados, enquanto um valor inerente ao contraditório, é uma clara manifestação do fator dialógico no processo, uma vez que levar em conta os argumentos deduzidos pelos litigantes de modo que ao possibilitar sua influência na construção da decisão judicial traz a biletaridade inerente ao discurso para o processo, fazendo com que eles sejam coautores do provimento emanado pelo magistrado.

Outro atributo decorrente do princípio do contraditório, que a maior parte dos autores entendem, contudo, ser um princípio autônomo, é o **dever de cooperação**. Nessa linha, Santos Barreiros, lecionando que ele encontra-se voltado “à busca de uma efetiva participação dos sujeitos processuais no procedimento (...)

como fundamento para a legitimação do exercício da função jurisdicional”⁽²⁹⁾, e acrescenta ainda que:

(...) ele insere a ideia de democracia participativa no âmbito do exercício do poder jurisdicional — faceta que é, repita-se, do poder político, na exata medida em que confere aos cidadãos a real possibilidade de influir e de contribuir na formação de um ato de poder.⁽³⁰⁾

Segundo Didier Junior, o dever de cooperação se aplica tanto às partes quanto ao juiz, sendo que, em relação a este, enseja três consequências: o dever de esclarecimento, o dever de consulta e o dever de prevenção.⁽³¹⁾

O **dever de esclarecimento** consiste na obrigação do julgador de tirar todas suas dúvidas quanto às alegações, pedidos ou posições das partes, bem como a de prestar esclarecimento às partes sobre seus próprios pronunciamentos, o que pode se dar através, por exemplo, do dever de motivar as decisões.⁽³²⁾

Certo é que na Justiça do Trabalho esta característica assume importância ainda maior por causa do *jus postulandi*, devendo o magistrado assim buscar o pleno entendimento acerca das pretensões das partes, assim como lhes elucidar suas decisões, colaborando desse modo para a edificação de um processo participativo, pautado pelo diálogo.

Este dever está, por exemplo, expresso no art. 357, § 1º do NCPC, que preceitua que “realizado o saneamento, as partes têm o direito de **pedir esclarecimentos** ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável” (destaque nosso).

(27) MEDAUAR OMMATI, José Emílio. A Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle *et al* (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3, p. 116.

(28) *Ibidem*, p. 116.

(29) SANTOS BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 15.

(30) *Idem*.

(31) DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. I, p. 80.

(32) *Idem*.

Depreende-se deste dispositivo uma clara preocupação do legislador com o dever de esclarecimento do juiz, sendo que, apesar de sua incompatibilidade com o processo do trabalho, que não tem propriamente uma fase de saneamento, não exclui o dever de esclarecimento por parte do magistrado, quando possível.

Na CLT, pode-se citar como exemplo, o art. 852-E, que impõe ao juiz o dever de prestar esclarecimentos às partes acerca das vantagens da conciliação, logo na abertura da audiência.⁽³³⁾

Por conseguinte, Didier Junior aponta o **dever de consulta** como uma variante do dever de informação, pois não pode o Judiciário decidir sobre determinada matéria, ainda que conhecido de ofício, sem antes oportunizar às partes o direito de manifestação quanto a ela.⁽³⁴⁾ A doutrina ainda utiliza os termos “vedação de juízo de terceira via”, ou “garantia de não surpresa”, como expressões sinônimas dessa obrigação imposta ao juiz.

Esse dever naturalmente decorre do contraditório visto sob o prisma do fator dialógico, pois se o magistrado decide com base em algum fundamento sobre o qual as partes jamais se manifestaram ou debateram, ainda que o possa fazer de ofício, a *decisum* é inválida vez que elas não participaram de sua construção, violando, assim, o princípio do contraditório. E foi com muito acerto que o art. 10 do NCPC, preceitua que:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

(33) “Art. 852-E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência”.

(34) DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil — Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2010. v. I, p. 80.

Esse preceito é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho pelo fato da CLT não ter regra semelhante, ou seja, apresentar lacuna, havendo compatibilidade da norma.

E, por fim, o **dever de prevenção** ocorre quando o julgador verifica a ocorrência de deficiência nas postulações e, subsequentemente, intima as partes para que sejam supridas, de modo que tal dever “vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”.⁽³⁵⁾

Assim, as áreas de incidência do dever de prevenção seriam a “explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte”.⁽³⁶⁾

O dever de prevenção está presente, por exemplo, no art. 321 do NCPC, que dispõe:

“O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, **indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado**” (destaque nosso).

Verifica-se assim que o NCPC deixa explícito o dever do juiz de prevenir o demandante de que sua peça exordial necessita de emenda ou complementação, e, simultaneamente, de esclarecer a parte acerca do que deve ser corrigido ou complementado, obrigação essa última que não está presente no Código de 1973 e que assume maior relevância no Processo do Trabalho, já que o obreiro pode litigar desacompanhado de advogado.

Verifica-se assim que a noção de contraditório formal (ciência-resistência) encontra-se superada pela de contraditório substancial, que implica em uma série de direitos e deveres para

(35) *Ibidem*, p. 82.

(36) *Idem*.

o juiz e para as partes (direito de ser comunicado de todos os atos processuais, direito de ser ouvido, simétrica paridade de armas, direito de ter seus argumentos considerados, dever de cooperação – dever de esclarecimentos, dever de consulta, dever de prevenção).

O novo Código, inclusive, ressalta que é assegurado às partes o “efetivo” contraditório, e não apenas o contraditório, o que, lido à luz de outros dispositivos, significa que a nova legislação está prevendo expressamente o contraditório substancial:

Art. 7º É assegurada às partes **paridade de tratamento** em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos **meios de defesa**, aos ônus, aos **deveres** e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo **efetivo** contraditório.

Art. 6º **Todos os sujeitos** do processo **devem cooperar** entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito **justa e efetiva**. (destaques nossos).

Percebe-se a clara intenção do legislador, com essas normas, plenamente aplicáveis ao Processo do Trabalho, de construir um processo pautado pelo debate e discurso, para que se possa se erigir um efetivo Estado Democrático de Direito, sendo o diálogo um elemento legitimador das decisões judiciais, pelo fato de trazer ao processo o princípio democrático.

Outrossim, outro princípio constitucional do qual pode se depreender a presença do fator dialógico no processo de maneira ainda mais translúcida é o princípio da motivação das decisões judiciais. Este princípio está inscrito no art. 93, IX, da Constituição Federal e impõe ao órgão jurisdicional o dever de motivar suas decisões sob pena de nulidade.

Tendo em vista que o processo é um procedimento constitucionalizado que se opera em contraditório, buscando assim alcançar o provimento jurisdicional, ato máximo do poder estatal no exercício da atividade judicial, percebe-se que este princípio tem uma íntima relação com o do contraditório, já que, uma vez que o contraditório permite à parte se

manifestar de modo a influir decisivamente nas decisões, deve o juiz de forma clara e precisa apontar porque estaria a acolher determinado argumento e não outro.⁽³⁷⁾

Neste norte, Fernandes e Meira ressaltam que “apenas um sistema processual em que a decisão judicial seja uma construção conjunta das partes é adequado a um Estado Democrático de Direito”.⁽³⁸⁾

Conclui-se assim que o fator dialógico decorrente do elemento democrático enquanto aspecto legitimador do exercício da atividade jurisdicional encontra-se diluído entre diversas normas jurídicas. E, o novo Código possui um dispositivo que torna ainda mais rígido o dever de fundamentação das decisões por parte do magistrado, de maneira a consolidar definitivamente um processo ainda mais democrático, pautado pela atividade argumentativa, pelo diálogo e pela intensa participação das partes, tornando o provimento jurisdicional uma construção coletiva. Trata-se do art. 489, que passamos a analisar no próximo tópico.

4.3 Da importância do art. 489 do NCPC para a consolidação de um Processo do Trabalho verdadeiramente democrático

O art. 489 do NCPC informa os elementos que a sentença proferida pelo juiz deve conter

(37) LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. *Do caráter dialético do processo: a necessidade de se repensar o exercício da função jurisdicional à luz da Constituição Federal e do princípio democrático e o papel do novo Código de Processo Civil na consecução deste objetivo*. Monografia não publicada. Belo Horizonte: 2015. p. 33-34.

(38) FERNANDES, Bernardo Gonçalves. MEIRA, Renan Sales de. Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao projeto do novo Código de Processo Civil à luz de um modelo constitucionalmente (discursivo-democrático) adequado de processo. In FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 208.

(incisos I a III), bem como aponta uma série de requisitos que devem estar presentes em qualquer decisão judicial para que seja considerada fundamentada (§ 1º, incisos I a VI), além de trazer também regra atinente à postura do juiz no caso de colisão de normas (§ 2º) e relacionada à interpretação da decisão judicial (§ 3º)

Desde logo, é importante destacar que há uma corrente que entende que o art. 489 do NCPC vai de encontro aos princípios do Direito Processual do Trabalho, como oralidade e simplicidade, característicos deste ramo processual, que auxiliam em sua celeridade⁽³⁹⁾. Adotando esse entendimento Waki leciona que:

Não há *omissão* da CLT quanto ao dever de fundamentar porque, repito, o dispositivo consolidado sempre foi suficiente e se manteve, ao longo de todas essas décadas, em harmonia com a Constituição, inclusive com a de 1988 já acrescida com a Emenda n. 45/2004 (art. 93, IX). Ademais, o *modelo processual trabalhista* prima pela celeridade processual, abraçando como ferramentas essenciais na prestação jurisdicional: a concisão, a brevidade e o resumo (...).⁽⁴⁰⁾

(39) Mister ressaltar que o dispositivo em epígrafe inclusive foi objeto de questionamento por associações de magistrados, que pleitearam à Presidente Dilma que o vetasse. “Entidades de magistrados encaminharam à Presidente Dilma Rousseff ofícios solicitando vetos a dispositivos do novo Código de Processo Civil. Entre as principais preocupações dos juízes estão a fundamentação das decisões judiciais, a cronologia dos julgamentos e a ampliação da colegialidade. Para os magistrados, os artigos que tratam desses temas “terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos”. VASCONCELLOS, Marcos de. ROVER, Tadeu. *Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

(40) WAKI, Kleber de Souza. *Aspectos do novo CPC (I)*. O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2015/03/06/aspectos-do-novo-cpc-i-o-dever-constitucional-de-fundamentar-as-decisoes-judiciais-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 23 jun. 25.

Contudo, defendemos tese antagônica, com o intuito de fortalecer ainda mais o debate acerca da aplicabilidade do art. 489 do NCPC ao Processo do Trabalho, e tornar ainda mais sólido o princípio democrático em seu seio.

O amplo dever de fundamentação da decisão que traz esse dispositivo, é decorrente não só do princípio constitucional de motivação das decisões judiciais, como do princípio democrático, além de ser determinante para a construção de um processo pautada pelo diálogo, conferindo assim legitimidade ao exercício da função jurisdicional.

Ademais a celeridade que deve ser buscada no exercício da atividade jurisdicional não deve se apartar da necessidade de se obedecer aos preceitos constitucionais. Atualmente há uma nítida preocupação com a quantidade de casos a serem decididos do que com a qualidade do provimento judicial.

Ocorre que, naturalmente, apesar da necessidade de se buscar uma razoável duração do processo, o julgador não pode deixar de lado o cumprimento de preceitos constitucionais, especialmente os relacionados à decisão final, já que assim essa estaria não só eivada de nulidade, como seria ilegítima em um Estado que se propõe a ser democrático, pois não pode o magistrado sem uma ampla fundamentação, interferir na esfera de direito de um indivíduo.

Logo, a razoável duração do processo deve ser buscada através de outros meios, como a recente reforma legislativa ocorrida em 2014, que alterou vários dispositivos da CLT através da Lei n. 13.015, e outras iniciativas como as que incentivam a conciliação e outros métodos de autocomposição dos conflitos, e não com a violação de garantias constitucionais.

Voltando a tratar do conteúdo do art. 489 do NCPC, é importante anotar que a CLT possui um dispositivo semelhante ao conteúdo de seu

caput e incisos I a III⁽⁴¹⁾. Trata-se do art. 832, que preceitua que “da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

Comparando-se os incisos I, II, III do art. 489 do NCPC com o *caput* do art. 832 da CLT, verifica-se que estes incisos trazem alguns requisitos a mais se comparados à CLT, que são a identificação do caso e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. Contudo, no nosso entender, esses requisitos não são aplicáveis à sentença trabalhista uma vez que ela não é omissa neste aspecto, estabelecendo formalidades próprias.

A novidade no art. 489 do NCPC encontra-se, especialmente, em seu § 1º, que traz diversas imposições que qualquer decisão judicial — seja ela sentença, acórdão ou decisão interlocutória — deve trazer em seu bojo, sob pena de nulidade absoluta. Apesar da CLT informar que a decisão deve ser fundamentada (art. 832, *caput*), ela não possuiu nenhuma norma que explicita quando ela é considerada fundamentada. Desse modo, uma vez que a legislação trabalhista possui lacuna nesse ponto, e sendo compatível o art. 489 do NCPC com o Processo do Trabalho (art. 769, CLT) já que visa complementar e auxiliar uma norma processual trabalhista, inquestionável sua aplicação supletiva e subsidiária ao Direito Processual do Trabalho (art. 15, NCPC).

O inciso I, do § 1º, do art. 489, traz que não se considera fundamentada a decisão judicial que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Este dispositivo impõe ao magistrado o dever de expor na sua fundamentação, as razões pela

qual o preceito invocado é aplicável à aquele caso concreto, em detrimento de outra norma deduzida pela parte vencida. E se o julgador trabalhista for recorrer a fundamento que não foi objeto de contraditório, deverá submetê-lo à prévia manifestação das partes em face do dever de consulta, e do que dispõe o já mencionado art. 10 do NCPC.

É importante asseverar que o mesmo ônus é imposto aos litigantes, quando, por exemplo, manejam o recurso de revista, pois, sob pena do seu não conhecimento, é ônus da parte “indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional” (art. 896, § 1º-A, II, incluído pela Lei n. 13.015/2014). Ou seja, o recorrente nesse caso, não pode apenas reproduzir ou parafrasear a norma tida por violada.

Já o inciso II, do § 1º, do art. 489, informa que não se considera fundamentada a sentença que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. É cediço que o legislador não consegue prever todas as hipóteses que podem ocorrer no mundo fático, e acaba por empregar na lei conceitos indeterminados, que admitem uma pluralidade de significados. Ou seja, é conferida ao juiz certa margem de discricionariedade para que ele diga se, em determinada situação concreta, aquela norma é incidente. Isso não significa que não haja uma zona de certeza da sua aplicabilidade, em que possa se ter uma maior clareza e precisão do seu significado, mas ainda assim permanece um grau de imprecisão na norma.

Dessa forma, a título exemplificativo, não poderia o magistrado assim decidir: “defiro a indenização por danos morais pleiteada pelo trabalhador, tendo em vista que foi verificada a violação de sua intimidade no curso do contrato de trabalho”. Ora, apesar da intimidade ser um direito constitucionalmente protegido, assegurando-se a reparação por dano moral e

(41) Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

material decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF/88), ela é um conceito jurídico indeterminado, de modo que o julgador deve explicitar sua aplicação a determinado caso concreto, conforme se verifica no julgado abaixo:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AMBIENTE DE TRABALHO. CONDIÇÕES DE HIGIENE E INSTALAÇÕES SANITÁRIAS PRECÁRIAS. A exposição do empregado à condição de trabalho degradante importa em violação de direitos afetos à personalidade e a bens integrantes da interioridade da pessoa, tais como a dignidade, a honra, a imagem e a intimidade do trabalhador. Assim, a teor dos arts. 186 e 927 do Código Civil, a reparação é devida, pois caracterizado o ato ilícito, configurado na omissão de fornecimento de instalações sanitárias adequadas, água potável em quantidade suficiente, abrigos adequados, ergonomia, recipientes adequados para guarda de alimentos, entre outros, apto a gerar dano à esfera moral do empregado, ainda que de cunho meramente moral. (TRT da 3ª Região; Processo: 0001515-94.2013.5.03.0070 RO; Data de Publicação: 10.3.2015; Disponibilização: 9.3.2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 415; Órgão Julgador: Oitava Turma; relator: Convocado Marcio Roberto Tostes Franco; Revisor: Jose Marlon de Freitas)

O inciso III, do § 1º, do art. 489, preceitua que não se considera fundamentada a decisão judicial que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Esse dispositivo dispensa maiores esclarecimentos, dado que reproduz entendimento do STF consolidado desde o século passado, conforme julgado que exemplifica bem essa situação, o qual se transcreve a seguir:

EMENTA: Decisão judicial: ausência de fundamentação e nulidade. Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é “inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais”: não servem

à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra. (STF – RE: 217631 GO, relator: Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 9.9.1997, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24.10.1997)

O inciso IV, do § 1º, do art. 489, que certamente será objeto de grande polêmica, prescreve que não se considera fundamentada a decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

O atual entendimento do STJ, bem como do STF, é o de que o magistrado não estaria obrigado a rebater um a um os argumentos deduzidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar sua decisão, ou seja, bastaria que o órgão jurisdicional explicitasse as razões de seu convencimento. Esse entendimento é decorrente do denominado livre convencimento motivado previsto no art. 131 do Código de 1973, pelo qual “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Contudo, a existência do livre convencimento motivado não é fator que justifique uma fundamentação deficiente e parcial, uma vez que o princípio é repetido no NCPC, em seu art. 371⁽⁴²⁾, com redação semelhante ao do art. 131 do CPC de 1973, e pode conviver harmonicamente com o art. 489, § 1º, IV, do NCPC. O que novo Código fez foi tornar expresso um dever que deveria ser lógico, pois decorrente do princípio da fundamentação das decisões judiciais e do princípio democrático: a obrigação de rechaçar todos os argumentos que pudessem fazê-lo decidir de outro modo, ou seja, favorável à parte então vencida. Desta maneira, é direito da parte não só saber o por

(42) O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a houver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento.

quê do magistrado decidir contra a sua pretensão, mas também as razões pela qual seus argumentos não se sustentam.

Entretanto, é importantíssimo ressaltar que o § 3º do dispositivo em exame prescreve que “a decisão judicial deve ser interpretada da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. Logo, o juiz não está obrigado a rebater alegação por alegação se o conteúdo de sua fundamentação, pela lógica, afastar os demais argumentos. Cite-se o caso do obreiro que pleiteia o reconhecimento do vínculo empregatício e o pagamento de verbas rescisórias. Se, neste caso, o magistrado entende que o vínculo não foi demonstrado, não é necessário que se alongue na fundamentação das razões do indeferimento das verbas rescisórias que seriam decorrentes do suposto vínculo de emprego, pois a decisão deve ser interpretada em seu conjunto, norteadas essa leitura pelo princípio da boa-fé.

Os incisos V e VI, do § 1º, do art. 489, preceituam, respectivamente, que não se considera fundamentada a decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Assentaram, assim, a necessidade da decisão que recorrer a determinado precedente ou súmula de identificar os fundamentos determinantes que levaram a suas edições e demonstrar que eles se associam ao caso concreto *sub judice*, bem como a obrigação de observar a jurisprudência dominante trazida pela parte ou fundamentar o porquê de sua inaplicabilidade em determinado caso concreto ou, ainda, declinar as razões para não segui-la.

Por fim, enuncia o § 2º do art. 489 que “no caso de colisão entre normas⁽⁴³⁾, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Verifica-se que o dispositivo impõe ao magistrado o dever de explicar detalhadamente o raciocínio empregado para se valer de um princípio e não outro. E ainda:

Sob a ótica da adequação o juiz deve demonstrar, em síntese, que a medida por ele adotada é apta à realização do fim almejado e sob a ótica da necessidade, ele deve analisar as medidas alternativas a essa e que possam promover o mesmo fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais em conflito, e por fim, ao realizar o exame da proporcionalidade em sentido estrito o magistrado deve responder à seguinte pergunta para que sua decisão possa ser considerada motivada: “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?” (...) O que faz o parágrafo segundo (...) é exigir do julgador que ele forneça os elementos de convicção derivados do caso concreto que justificam a aplicação de um princípio e não de outro. O parágrafo segundo, assim, pode-se afirmar está em sintonia com o restante do dispositivo que visa, como visto, a dar concretude ao art. 93, inciso IX da Constituição Federal. (itálico do original).⁽⁴⁴⁾

Desse modo, percebe-se que o art. 489 do NCPC é de importância ímpar para o direito

(43) Ao aparecer na redação final do NCPC este dispositivo foi objeto de intensa crítica doutrinária pela utilização do termo “colisão entre normas”. É certo que as normas, subdividem-se em princípios e regras, e no caso do conflito entre regras não é possível se proceder com tal ponderação, pois, a regra é ou não aplicada a determinado caso concreto. Assim, o ideal seria que o legislador tivesse empregado o termo “princípios” ao invés de normas. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Não é justo atribuir ao novo Código de Processo Civil a pecha de autoritário*. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/paulo-lucon-nao-justo-atribuir-cpc-pecha-autoritario>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

(44) *Idem*.

processual, porquanto, dentre as normas do NCPC, ele é a que possibilita de maneira mais efetiva a implementação de um processo verdadeiramente democrático, ao impor ao juiz o dever de também dialogar com as partes, possibilitando que elas sejam coautoras da decisão judicial, alinhando o exercício da função jurisdicional com o princípio democrático.

Mas é importante relembrar que sequer era necessário que o NCPC tipificasse expressamente essas regras para que fossem aplicadas, pois decorrem diretamente dos princípios constitucionais, dentre eles, democrático, o devido processo legal⁽⁴⁵⁾, o contraditório e o dever de fundamentação das decisões.

Relevante destacar ainda, que o Direito Processual do Trabalho é um campo ainda mais fértil para o desenvolvimento de um devido processo constitucional, em sintonia com os valores democráticos, pois além de ser norteador por princípios que facilitam isso, como uma maior incidência da oralidade nesse ramo, o art. 765 da CLT confere ao magistrado ampla liberdade na direção do processo.

Por derradeiro, mister asseverar que o NCPC expressamente prevê que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (art. 15). Este dispositivo, combinado com o art. 769 da CLT torna inquestionável a aplicação subsidiária do NCPC ao Direito Processual do Trabalho, nos casos de omissão da CLT e compatibilidade do NCPC.

(45) Aproveita-se para destacar importante exposição de Santos Barreiros: “O devido processo legal não pode ser examinado de forma desvinculada do princípio democrático que necessariamente lhe confere uma formatação peculiar. À luz da democracia participativa, nenhum processo será ‘devido’, justo, sem que a ele se integre o componente da participação, sem que, enfim, represente ele um espaço de exercício democrático do poder ou da autonomia da vontade (conforme se trate de processo estatal ou envolvendo apenas particulares, respectivamente). SANTOS BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 259.

5. Conclusão

Denota-se deste estudo que o novo Código de Processo Civil, seguindo a moderna tendência da constitucionalização do processo, estabeleceu diversas regras como forma de implementar os valores constitucionais garantidos pelo Estado Democrático de Direito no bojo do processo, através de um devido processo constitucional.

Certamente o novo Código representa um grande passo no desenvolvimento de um processo pautado pelo diálogo e cooperação entre juiz e partes. Assim, não restam dúvidas de que o novo Código de Processo Civil terá uma importância ímpar também para o Processo do Trabalho, agregando substrato legal para a consolidação de um Direito Processual do Trabalho ainda mais democrático, especialmente através do art. 489 do NCPC, que em certa medida impõe ao magistrado o dever de dialogar com as partes, como uma decorrência do dever legal de fundamentação das decisões judiciais.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 24.536-4* (Distrito Federal). Segunda Turma. Julgado em 2.12.2003. DJ 5.3.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116098>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Processo: 0001515-94.2013.5.03.0070 RO*; Data de Publicação: 10.3.2015; Disponibilização: 9.3.2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, p. 415; Órgão Julgador: Oitava Turma; relator: Convocado Marcio Roberto Tostes Franco; Revisor: Jose Marlon de Freitas. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=23565>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 16. ed. Belo Horizonte. 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)legitimidade das Decisões Judiciais: Análise dos Precedentes à Brasileira e do Acesso à justiça no Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle *et al* (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil — Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

DENZ, Guilherme Frederico Hernades. A legitimidade democrática do Poder Judiciário e a politização partidária do juiz. *Revista eletrônica da Associação dos Magistrados Paranaenses*, Paraná. Disponível em: <<http://www.fagundesjunha.org.br/amapar/artigo.html>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

FERNANDES, Bernado Gonçalves. MEIRA, Renan Sales de. Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao projeto do novo Código de Processo Civil à luz de um modelo constitucionalmente (discursivo-democrático) adequado de processo. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle *et al* (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil — Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. *Do caráter dialético do processo: a necessidade de se repensar o exercício da função jurisdicional à luz da Constituição Federal e do princípio democrático e o papel do novo Código de Processo Civil na consecução deste objetivo*. Monografia não publicada. Belo Horizonte: 2015. 64 p.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Não é justo atribuir ao novo Código de Processo Civil a pecha de autoritário. *Consultor Jurídico*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/paulo-lucon-nao-justo-atribuir-cpc-pecha-autoritario>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

OMMATI, José Emílio Medauar. A Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle *et al* (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil — Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3.

SANTOS BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

VASCONCELLOS, Marcos de. ROVER, Tadeu. *Juizes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

WAKI, Kleber de Souza. Aspectos do novo CPC (I). *O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2015/03/06/aspectos-do-novo-cpc-i-o-dever-constitucional-de-fundamentar-as-decisoes-judiciais-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

O “calar” dos trabalhadores: uma análise da política de conciliação na Justiça do Trabalho frente ao “*dumping social*”

Fernanda Barcellos Mathiasi(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem como finalidade abordar duas categorias jurídicas e também sociais, o “*dumping social*” e a Conciliação, especificamente no espaço da Justiça do Trabalho. O objetivo é analisar a questão da transgressão frequente aos direitos sociais dos trabalhadores, conhecido também na doutrina nacional e jurisprudência como “*dumping social*”, aliado a uma perspectiva política das conciliações na Justiça do Trabalho e seus efeitos na realidade da classe trabalhadora. Este ensaio acadêmico trata de contextualizar o que se entende a jurisprudência nacional por “*dumping social*” e por acordo ou conciliação. Para além disso, uma análise dos dados acerca das demandas propostas em primeira instância por trabalhadores, pedidos, êxitos e acordos realizados. O problema que fundamenta este trabalho é: o Judiciário pode ser um instrumento de chancela das transgressões aos direitos sociais praticados por empresários contra os trabalhadores, ou seja, a política de conciliação na Justiça do Trabalho é uma forma de ratificar o descumprimento de direitos sociais e trabalhistas? Assim, o alvo é debater acerca da política de acordos especificamente na Justiça do Trabalho e as frequentes violações aos direitos sociais dos trabalhadores.

Palavras-chave:

- ▶ “*Dumping Social*” — Conciliação — Infração — Direitos Sociais — Justiça do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O que é o “*dumping social*”?
- ▶ 3. O “*dumping social*”: uma infração aos direitos sociais
- ▶ 4. A política de acordos na justiça do trabalho e o “*dumping social*”: uma infração aos direitos sociais

(*) Doutoranda em Ciências Sociais pela Universidade Autónoma de Sinaloa, México; Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora; Especialista

em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas; Advogada e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

- 5. Conclusões e perspectivas
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente ensaio acadêmico tem como objetivo analisar a categoria jurídica “*dumping social*”, identificando as infrações aos direitos sociais contidos nessa prática. Paralelamente, vamos analisar a política de conciliação da Justiça do Trabalho como um possível instrumento legitimador das infrações aos direitos sociais, especificamente quando a prática de acordos pode se enquadrar no denominado “*dumping social*”. Procura-se aferir a hipótese lançada, através de dados, e, do expressivo número de conciliações realizadas na Justiça do Trabalho.

O problema central a ser investigado centra-se no seguinte questionamento: o Judiciário pode chancelar transgressões aos direitos sociais, ou seja, a política de acordos na Justiça do Trabalho e uma forma de ratificar descumprimentos de direitos sociais e trabalhistas?

O que se propõe é enriquecer o debate, fazendo um paralelo entre o “*Dumping social*”, e, os acordos na Justiça do Trabalho, tendo como possível resultado as infrações aos Direitos Sociais e a ineficácia da proteção ao trabalhador que recorre ao judiciário buscando a tutela jurisdicional dos direitos mínimos trabalhistas lesados, e, obtêm uma negociação ou mesmo a barganha desses direitos, para que possa, enfim, alcançá-los.

Isto, pois, levando em consideração o “*dumping social*” gerando infrações aos direitos sociais e trabalhistas e o significativo número dos acordos na Justiça do Trabalho que apontam não só para o expressivo quantitativo dos acordos, mas também, qualitativo, principalmente no que diz respeito ao direito de acesso do trabalhador à justiça e a defesa republicana de seus direitos sociais, trabalhistas.

2. O que é o “*dumping social*”?

Há uma enorme discussão acerca do tema sobre a configuração do que seria “*dumping*

social”, pois alguns⁽¹⁾ entendem o mesmo fato com outras nomenclaturas, como delinquência patronal, ou ainda, numa temática econômica e internacional, em que empresas usam mão de obra barata e escrava, matérias-primas baratas, para que seus produtos fiquem subvalorizados frente a concorrência. (SOUTO MAIOR *et al*, 2014. p. 13).

Apesar de reconhecer todo este debate conceitual, o que será investigado no presente artigo é o “*dumping social*” com o conceito desenvolvido pelo professor Jorge Luiz Souto Maior⁽²⁾, no seu livro “*Dumping social nas relações de trabalho*”, (2014), com o qual identifica a prática do “*dumping social*” com empresas nacionais (principalmente por ser o meu campo de estudo, o Brasil, e que, aqui não realizamos o chamado capitalismo de Estado ou Socialismo de Mercado) as quais reiteradamente descumprem as normas trabalhistas vigentes, com o fim último de aumentar os lucros e diminuir a concorrência. (SOUTO MAIOR *et al*, 2014)

No mesmo sentido Caristina e Sayeg (2014) também enquadram o “*dumping social*” como o ato reiterado do empresário que explora o trabalhador, não pagando os direitos trabalhistas e sociais mínimos, com fim de diminuir o valor do produto final no mercado.

Para Gustavo Trierweiler

“*dumping social*” seria a redução dos custos obtidos por empresas na fabricação de seus produtos mediante a não observação do

(1) (RAMOS FILHO, 1994); (KAWAY; VIDAL, 2011); (SOUTO MAIOR *et al*, 2014); (CARISTINA; SAYEG, 2014)

(2) O fato de escolher este autor para definir o conceito se dá, pois é um conceito sem consenso no direito, e ele definiu o “*dumping social*” sob o viés que se quer analisar neste trabalho, qual seja, a infração reiterada das empresas nos direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, com a finalidade de diminuir os custos da produção. O “olhar da pesquisa” do professor Jorge Luiz Souto Maior e deste ensaio estão voltados para o trabalhador que sofre a privação dos direitos sociais.

bem-estar social, o que é muito mais amplo e — inclusive — engloba a ideia de *dumping* laboral. Assim, sendo *dumping* social teria ínsita uma ideia oposta à da responsabilidade social da empresa, ou seja, a situação em que a empresa procede de forma divorciada de sua importância para a sociedade. (TRIERWEILER, 2009. p. 85)

Assim, utilizando de parte das ideias do “*dumping* social” de Caristina e Sayeg (2014) e Trierweiler (2009) e primordialmente o conceito de Souto Maior *et all* (2014), entende-se neste ensaio como “*dumping* social” — “*dumping*” em língua portuguesa (despejar) — o ato da empresa que retira benefícios e garantias legais concedidas aos trabalhadores para diminuir o valor da mão de obra para o empresário, consequentemente diminui o valor do produto no mercado, o que gera inclusive concorrência desleal. (SOUTO MAIOR *et all*, 2014) É uma violação reiterada e institucionalizada das leis trabalhistas e previdenciárias. Essa prática fere preceitos constitucionais, como o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, que fundamentam o Estado Democrático de direito, com fim último de reduzir as desigualdades sociais (SOUTO MAIOR *et all*, 2014).

Portanto, o “*dumping* social” ocorre quando uma empresa, reiteradamente, deixa de quitar ou quita de maneira irregular os direitos sociais, trabalhistas e previdenciários do empregado, com a finalidade de reduzir os custos da produção, para vender os produtos ou serviços abaixo do preço do mercado, praticando a concorrência desleal. (SOUTO MAIOR *et all*, 2014)

3. O “*dumping* social”: uma infração aos direitos sociais⁽³⁾

O “*dumping* social”, conforme conceituado anteriormente, constitui um problema para os trabalhadores que sofrem a privação do trabalho digno e para toda sociedade que observa a degradação da força de trabalho, o trabalho

a qualquer custo, e não como propulsor da integridade do indivíduo. O trabalho deixa de ser fonte de humanidade e passa a ser uma frustração do ser social. A configuração deste instituto retira o caráter da função social da empresa, o bem-estar social e os direitos de segunda geração dos direitos humanos (MOURA, 1999).

A centralidade do trabalho na vida do “ser humano” foi tratado em Marx (2010) como sendo uma das maneiras do ser humano se diferenciar no mundo animal, com o fim de adquirir a dignidade humana, a felicidade, sendo um meio de desenvolver o ser social. Ou seja, o ser humano se insere no mundo através do que é, e representa dentro do corpo social, dentro da convivência com o outro e o *status quo* que recebe pelas funções que realiza. Mas se por um lado temos o trabalho como agente do desenvolvimento individual, propulsor da dignidade humana, da realização dos projetos individuais, perspectivas de futuro, em contrapartida a precarização trabalho no capitalismo moderno está deformando-o, visto que se transformou em mercadoria de troca, alienado, fetichizado, antes como finalidade central do ser social transforma-se num meio de subsistência, com objetivo de valorizar o capital (ANTUNES; BRAGA, 2009).

O indivíduo, então, é demasiadamente desconsiderado em sua individualidade, nas suas habilidades e características pessoais, que nesse sistema de produção também é como uma mercadoria, integrado na produção (MARX, 2010). Assim o trabalhador⁽⁴⁾ inserido

(4) “Por isso, Marx vai afirmar, nos Manuscritos econômico-filosóficos, que o trabalhador decai a uma mercadoria, torna-se um ser estranho, um meio da sua existência individual, o que deveria ser fonte de humanidade se converte em desrealização do ser social, alienação e estranhamento dos homens e mulheres que trabalham. E esse processo de alienação do trabalho não se efetiva apenas no resultado de perda do objeto, do produto do trabalho, mas também no próprio ato de produção, resultado da atividade produtiva já alienada, o que significa dizer que, sob o capitalismo, o trabalhador não se satisfaz no labor, mas se degrada; não se reconhece, mas se desumaniza no trabalho.” (ANTUNES; BRAGA, 2009. p. 232)

(3) Os direitos sociais tratados nesta pesquisa são os previstos no art. 7º da Constituição Federal.

no sistema de produção passa a ser como uma mercadoria (ANTUNES; BRAGA, 2009). O trabalho deixa de ser fonte de humanidade e passa a ser uma frustração do ser social (MARX, 2010).

Mas então, por qual motivo o trabalhador aceita se envolver nesse processo de produção, empregando sua força de trabalho no de criação do produto, recebendo bem abaixo do valor da mercadoria que produz?

Segundo Marx (2010), essa venda da força de trabalho ocorre, pois o trabalhador precisa sobreviver, e mais, no mundo moderno, a centralidade que se dá ao “*status*” profissional e a vida laboral, também é um meio de realização de projeto de vida, prestígio social, dignidade (MARX, 2010).

Um ponto relevante a ser debatido é que enquanto há justificativas para camuflar o problema através de discursos jurídicos, sociológicos e filosóficos, como a renovação do capitalismo ou o chamado capitalismo humanista, não se debate o centro da questão que é a exploração da mão de obra pelo sistema em si. O modo de vida contemporâneo por meio da liquidez das relações sociais e a respectiva visão do consumismo dos indivíduos é o que possibilita o discurso e prática exploradoras do trabalhador ao máximo.

(...) há um *continuum* de intensidade na relação de capital e trabalho com direito, com polos na relação de trabalho inteiramente extrínseca à regulação estatal, de um lado, e na adesão à norma por parte de empresários (digamos) kantianos, de outro. Em outro lugar entre esses polos encontraremos o capitalista médio e o trabalhador médio, expressões ou personificações de seu lugar na distribuição de recurso de recursos materiais e de poder, ambos atuando para fazer valer a norma em seu favor, ou, no caso dos capitalistas, para que a norma não seja aplicada. A diferença entre ambos é que, para evadir-se da norma, basta ao capitalista não assinar a carteira de trabalho

de um ou mais funcionários, e esse será um ato administrativo imediato, cujos custos podem ou não lhe ser cobrados num futuro indeterminado. Os trabalhadores, para fazer valer a norma burlada, isto é, para cobrar do capitalista esse custo, dependem de três coisas: sua capacidade de ação coletiva; a ação do órgão fiscal do Estado; do MPT ou da Justiça do Trabalho. (CARDOSO; LAGE, 2007. p. 23)

Portanto, o Direito deve intervir nessa relação anômica para proteger o trabalhador, hipossuficiente da relação empregatícia. Erradicar a prática do “*dumping* social” é uma preocupação, inclusive, internacional, com compromissos firmados pela Organização Internacional do Trabalho na Declaração da Filadélfia, ratificada pelo Brasil em 1948, na Declaração dos Direitos do Homem em seu art. 23, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na terceira parte do art. 7º, além da Constituição Federal de 1988, como os fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º e no art. 170.

Além dos princípios fundamentais da Constituição de 1988, há um capítulo específico sobre os Direitos Sociais, no art. 7º, que descrevem as garantias dos trabalhadores como rol de direitos mínimos que devem ser respeitados, sem prejuízo de alcançar mais direitos.

Portanto o ordenamento jurídico nacional, incluindo normas internacionais, que o Brasil é seguidor, prevê a valorização do trabalho como propulsor da dignidade humana, da liberdade individual e como fator de desenvolvimento e reconhecimento do indivíduo.

Diante do exposto, o “*dumping* social” vai de encontro com os fundamentos da República no que diz respeito a valorização do trabalho, da dignidade humana, pois aparece no mundo real como uma exploração do trabalhador através de reiteradas transgressões a legislação trabalhista com o fim último de aumentar o lucro diminuindo os custos no processo de produção.

4. A política de acordos na justiça do trabalho e o “dumping social”: uma infração aos direitos sociais

É sabido que a Justiça do Trabalho adotou, e mais recentemente o Conselho Nacional de Justiça também, uma Política Nacional para realização de Conciliação, objetivando a celeridade processual e a diminuição de processos contenciosos na Justiça. (ALEMÃO, SOARES, [s/d])

Para Delgado (2010), conciliação é:

(...) ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência de autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação (...) se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude de interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de ela se realizar no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcialmente ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada. (DELGADO, 2010. p. 200)

O Direito Processual do Trabalho prima pela celeridade processual e pela conciliação das partes. (DELGADO 2010) Entretanto, mais recentemente, em 2006 o Conselho Nacional de Justiça deu início a um projeto de conciliação nacional, que foi denominado “Movimento pela Conciliação”. No ano seguinte foi realizada a primeira “Semana Nacional de Conciliação”. (ALEMÃO; SOARES, [s/d])

O programa foi obtendo tamanho sucesso que hoje já há mutirões na Justiça do Trabalho para conciliações, com servidores, juízes, estagiários e voluntários para aumentar os resultados com as conciliações, além de propagandas na televisão, revistas e rádios, para ter a maior divulgação e eficiência da Semana de Conciliação (ALEMÃO E SOARES, s/d).

Entretanto, para Alemão, Soares [s/d]:

A ideia de que a conciliação permite “ganhos mútuos” é uma das construções retóricas

mais recorrentes. Existe, nesse ponto, uma construção dicotômica: as soluções conciliatórias são representadas de acordo com esquemas “vencer ou vencer”, em oposição ao esquema das ações judiciais, representado pelo “vencer x perder”. (...) Chama a atenção que nessa construção dicotômica da realidade não se reconhece o fato de que a negociação talvez coloque as partes em disputa em situação desigual: aquele que detém mais poder (mais capital econômico, político e cultural) em posição vantajosa relativamente ao que detém menos. A correlação de forças é uma variável ignorada. (ALEMÃO; SOARES, [s/d]. p. 13)

A Conciliação está prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas nos arts. 846, 847, 848 e 850 que prescrevem em seu corpo normativo que, aberta a audiência, o juiz deve perguntar às partes sobre a possibilidade de acordo, caso não haja, a instrução processual ocorrerá, e ao final, novamente o Magistrado deve renovar seu questionamento às partes sobre a possibilidade de acordo nos autos, sob pena de nulidade processual.

Ainda, sobre a questão da relevância dada à Conciliação na Justiça do Trabalho, dados no sítio do Tribunal Superior do Trabalho revelam um marco importante no número de acordos realizados, desde o ano de 2005 até 2015, (*vide* Tabela 1).

Observa-se que, mesmo com uma diminuição geral dos acordos na Justiça do Trabalho, há uma campanha grande por parte do CNJ, na televisão, internet, rádio, para um aumento do número de acordos realizados anualmente, principalmente na época das Semanas de Conciliação. E, ainda assim, verifica-se que o número de conciliação na Justiça do Trabalho varia próximo ao percentual de 40%, o que é um valor relevante.

Sem deixar de reconhecer a importância da conciliação, principalmente pelo empoderamento dado aos litigantes no processo, por conseguirem chegar a um acordo sobre seus

TABELA 1 — Processo de Conhecimento — Percentual de decisões proferidas. Ano 2005-2014.

Ano	Solucionados	Conciliações	Procedentes	Procedentes em Parte	Improcedentes	Arquivadas, Desistências e Extintas	Outras
2005	1.630.055	44,3	3	23,7	6,9	20,6	1,5
2006	1.700.741	43,8	3,3	23	7,1	20,9	1,9
2007	1.813.355	43,9	3,3	23,8	7,1	20,2	1,7
2008	1.854.022	44,1	3,5	23,8	7,1	19,7	1,8
2009	1.986.566	42,8	3,2	25	7,1	19,5	2,5
2010	1.971.654	43,4	2,9	24,9	7,2	19,3	2,4
2011	2.052.487	43,3	2,9	24,9	7,4	19,1	2,4
2012	2.177.466	43,4	2,8	25,4	7,4	19,0	1,9
2013	2.288.485	40,5	2,7	27,3	7,1	20,2	2,1
2014	2.287.879	39,3	2,5	27,4	7,3	22,1	1,5

Nota: Percentual em relação aos processos solucionados.

Fonte: Conselho Superior da Justiça do Trabalho, 2014.

próprios problemas, não podemos deixar de lado também o acesso à Justiça e a necessidade de que algumas matérias devem ser apreciadas pelo juiz, que detém o conhecimento sobre o direito e aferirá na instrução processual e por todo o desenvolvimento da lide, se os direitos pleiteados são devidos e carecem de tutela jurisdicional.

Segundo Cardoso e Lage, (...) da mesma forma que a lei sofre constantes violações por parte das empresas, apesar de bem montada rede de proteção legal, aqui também o sistema processual

tem problemas para atender o trabalhador. Dos processos trabalhistas (em torno de 1,7 milhão de novos processos por ano), boa parte termina por conciliação. (...) nas conciliações os trabalhadores costumam abrir mão de até metade do que teriam direito se o processo fosse até o final. (CARDOSO; LAGE, 2007. p. 61)

Nesse sentido é que traz-se ao debate a tabela abaixo, publicada no sítio do Tribunal Superior do Trabalho, em que há um ranking com as demandas mais pleiteadas pelos trabalhadores nas Varas do Trabalho.

Tabela 2 — Varas do Trabalho — Casos por Assunto — Janeiro a Dezembro de 2015.

VARAS DO TRABALHO

CASOS NOVOS POR ASSUNTO

Janeiro a Dezembro de 2015

O total de Casos Novos no 1º Grau é composto de 2.615.299 processos, dos quais 2.312.127 processos, 88,4%, possui ao menos um assunto cadastrado.

Ranking	Nível 1	Nível 2	Nível 3	Nível 4	Nível 5	Código do Assunto	Quantidade de Processos com esse Assunto
1º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias	Aviso Prévio		3841	892.488
2º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias	Multa de 40% do CLT		2213	710.880
3º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias	Multa de 40% do FGTS		1968	616.245
4º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias	Multa do Artigo 467 da CLT		2210	615.260
5º	Direito Do Trabalho	Duração do Trabalho	Intervalo Intra-jornada	Adicional de Hora Extra		55112	570.114
6º	Direito Do Trabalho	Duração do Trabalho	Horas Extras			2086	513.654
7º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias	Férias Proporcionais		8621	483.104
8º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias	Décimo Terceiro Salário Proporcional		8620	477.206
9º	Direito Do Trabalho	Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios	Adicional	Adicional de Inutilidade		1899	471.708
10º	Direito Do Trabalho	Duração do Trabalho	Horas Extras			55097	471.355
11º	Direito Do Trabalho	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano Moral			1855	334.880
12º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias			2546	328.768
13º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Verbas Rescisórias	Salário de Salário		8623	325.413
14º	Direito Do Trabalho	Contrato Individual de Trabalho	CTPS	Anotação / Base / Retificação		5352	284.911
15º	Direito Do Trabalho	Contrato Individual de Trabalho	FGTS	Depósito / Entrega de Recolhimento		2033	279.754
16º	Direito Do Trabalho	Duração do Trabalho	Intervalo Intra-jornada			2140	274.658
17º	Direito Do Trabalho	Férias	Indenização / Dobra / Tercio Constitucional			2611	271.546
18º	Direito Do Trabalho	Contrato Individual de Trabalho	FGTS			2039	269.211
19º	Direito Processual Civil E Do Trabalho	Partes e Procuradores	Sumárias	Honorários Advocatícios	Contratuais	65228	260.444
20º	Direito Processual Civil E Do Trabalho	Partes e Procuradores	Sumárias	Honorários Advocatícios		10655	225.907
21º	Direito Do Trabalho	Contrato Individual de Trabalho	FGTS	Levantamento / Liberação		2037	216.367
22º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Seguro Desemprego	Liberação / Entrega das Guias		2480	201.568
23º	Direito Do Trabalho	Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios	Décimo Terceiro Salário			2696	186.329
24º	Direito Do Trabalho	Duração do Trabalho	Adicional Noturno			1950	186.335
25º	Direito Do Trabalho	Duração do Trabalho	Reposeto Semanal Remunerado e Faltado			2426	172.502
26º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Rescisão Indireta			2435	172.465
27º	Direito Do Trabalho	Rescisão do Contrato de Trabalho	Seguro Desemprego	Indenização		2479	166.510
28º	Direito Do Trabalho	Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios	Adicional	Adicional de Periculosidade		1881	160.361
29º	Direito Do Trabalho	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano Moral			1273	144.034
30º	Direito Do Trabalho	Contrato Individual de Trabalho	Reconhecimento de Relação de Emprego	Adicional Moral		2554	128.749

Fonte: Conselho Superior da Justiça do Trabalho, 2014.

Dentre os 30 primeiros pedidos nas Varas do Trabalho, 21 estão listados no art. 7º da Constituição Federal, ou seja, tratam dos direitos sociais. São eles: Aviso Prévio; FGTS;

Intervalo Intra-jornada; Adicional de Hora Extra; Horas Extras; Férias Proporcionais; Décimo Terceiro; Salário Proporcional; Verbas Indenizatórias e Benefícios; Adicional de

Insalubridade; Horas Extras Reflexos; Saldo de Salário; CTPS Anotação/Baixa/Retificação; FGTS Depósito; Férias Indenização/Dobra/ Terço Constitucional; FGTS Levantamento/ Liberação; Seguro-Desemprego Liberação/ Entrega das Guias; Adicional Noturno; Repouso Semanal Remunerado e Feriado; Seguro-Desemprego Indenização; Adicional de Periculosidade; Reconhecimento de Relação de Emprego.

O que ocorre é que as demandas remetidas à Justiça do Trabalho, normalmente, se referem a direitos já adquiridos pelos trabalhadores que não foram pagos, como salários, horas extras prestadas e verbas indenizatórias. Não são direitos incertos, mas muitas vezes há *incerteza* em provar o direito ou mesmo incerteza em executar o acordo ou a sentença em função das possibilidades de insolvência do devedor ou de fraude. A possibilidade de o acordo tornar mais rápido o processo, não raramente, é uma preocupação não pela celeridade em si, mas pelo fato de a demora significar a não satisfação do crédito em função de insolvência do devedor, fraudulenta ou não. (ALEMÃO; SOARES, [s/d]. p. 25)

Portanto, não podemos nos esquecer que a Justiça do trabalho analisa matérias de direitos mínimos do trabalhador (inclusive esses garantidos constitucionalmente no capítulo dos direitos sociais, como anteriormente demonstrado) e a tentativa de conciliação antes da instrução processual, ou seja, sem o juiz ter uma ideia real das matérias tratadas no processo, podem levar a chancela pelo Poder Judiciário de transgressões recorrentes dos direitos trabalhistas, por parte do empresário, ou seja, o Judiciário pode estar legitimando uma conduta racional e transgressora do empregador aos direitos mínimos trabalhistas do empregado.

Na lida diária da Justiça Laboral muitas vezes observa-se uma “pressão” aos litigantes e patronos para que façam propostas, aceitem

as proposições e façam acordo, ainda em audiência inicial, sem que o juiz conheça a temática da causa, podendo comprometer a busca pela justiça.

Não raramente os juízes convencem o trabalhador a fazer um acordo sob a advertência do risco de nada receber, já que a demora da finalização da sentença e dos possíveis recursos poderá encontrar o devedor sem condições de pagar. Essa proposta conciliatória coincide com a normal necessidade de o trabalhador receber de imediato qualquer valor para pagar suas contas com devedores que não dão trégua. Esses são os principais fatores que levam a Justiça do Trabalho a ter um índice histórico de 40% a 45% de acordos. Esses acordos, por se tratarem de *concessões recíprocas*, ficam bem abaixo do valor que o trabalhador tem direito. (ALEMÃO; SOARES, [s/d]. p. 25-26)

O trabalhador recorre à instância judicial, e neste caso, à Justiça do Trabalho, pois verifica ou mesmo “sente”, por debates e conversas informais, que está sendo lesado pelo empregador e identifica o Judiciário como reparador da injustiça sofrida, como único possível a “restaurar a ordem”. (CARDOSO; LAGE, 2007)

É pelo fato dos trabalhadores terem expectativas normativas quanto à obediência dos capitalistas e vice-versa, expectativas que têm que ser confirmadas a cada momento das relações de classe, que o direito se legitima “como” ordem supraindividual de deveres, obrigações e recompensas com vigência real do mundo. A consequência lógica é o fato de que a negação sistêmica daquelas expectativas normativas quer dizer, ao mesmo tempo, que o direito deixou de estruturar as relações de classe e que a ordem legal perdeu legitimidade. (...) Os tribunais são, então, palco das disputas entre representantes do capital e do trabalho pela interpretação da norma legal. São palco da luta de classes tanto quanto o Parlamento, o balcão ministerial ou os restaurantes de Brasília, locais de pressões

de toda ordem de agentes interessados. (CARDOSO; LAGE, 2007. p. 18-19)

Visamos a uma crítica à política de acordos na Justiça do Trabalho, porque na práxis laboral se verifica empresas “burlando” as leis trabalhistas, recorrentemente, deixando de pagar aos funcionários alguns de seus direitos sociais/trabalhistas, como o FGTS, o INSS, deixando de assinar a carteira de trabalho, ou assinando abaixo do valor realmente pago (salário “por fora”), aumentando jornada de trabalho, sem aviso-prévio, sem décimo terceiro, acumulando várias funções, sem a devida remuneração, realizando as terceirizações e subcontratações, as reduções salariais, ou seja, precarizando as condições de trabalho, explorando ao máximo o trabalhador e quando são acionadas pelo judiciário fazem uso legal de acordos. O problema é que conseguem uma redução no valor real da dívida, compensando ter infringido o ordenamento jurídico.

Portanto, verifica-se que a política de acordos na Justiça do Trabalho, com índices em torno de 40% dos processos existentes nas Varas do Trabalho, ainda em fase de conhecimento, visando a celeridade e pacificação social, podem levar à infração dos direitos sociais, quando for o caso do “*dumping* social”, posto que o empresário pode utilizar a barganha do acordo para diminuir os direitos mínimos devidos ao trabalhador, sendo o judiciário, que não apreciou a causa e os pedidos do reclamante, um meio de chancela dessas transgressões.

5. Conclusões e perspectivas

Portanto o que se pretendeu demonstrar foi que o Judiciário pode estar chancelando transgressões aos direitos sociais, trabalhistas dos empregados ao adotar uma política de acordos ainda em fase de conhecimento do processo. Pois, o juiz pode não conhecer dos pedidos do Reclamante, e (como demonstrado na tabela 2, dos 30 pedidos nas Varas do Trabalho, 21 correspondem a direitos sociais garantidos na Constituição Federal) homologar conciliações as quais deveriam passar pelo “filtro” do juízo,

conhecedor do direito, a fim de verificar se não há infrações recorrentes por parte da empresa, se não há uma política empresarial para não pagar os direitos sociais ao trabalhador e posteriormente, numa conciliação judicial, diminuir os custos para a empresa.

O ensaio pretendeu traçar um paralelo entre as infrações aos direitos sociais, no caso do “*dumping* social”, atrelada à Conciliação na Justiça do trabalho, que pode ter o “verniz” da legitimidade e alcance da justiça e pacificação social, mas ratificar uma estratégia empresarial de não cumprimento do ordenamento jurídico de garantias dos direitos sociais dos trabalhadores, “silenciando a voz” e os direitos dos trabalhadores.

6. Referências bibliográficas

ANAMATRA. Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. 2007. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow.jsessionid=FC4EB7FE38D233FEAF8985A7478626B8.node-jb203?cod=204536&action=2&destaque=false&filtros=>>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

ANTUNES, Ricardo, BRAGA, Ruy. *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

BRAGA, Ruy. *A Política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1943.

_____. *Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2002.

CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. *As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil*. FGV Editora, 2007.

CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar; SAYEG, Ricardo Hasson. *Dumping social: infração da ordem econômica humanista*. *Lex Humana*, v. 6, n. 1, jul. 2014. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&pag>

e=article&op=view&path%5B%5D=511>. Acesso em: 23 fev. 2016.

CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. Desmistificando o *dumping* social. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3014, 2 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20121>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2014. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/estatisticas>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2014. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/estatisticas>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2014. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/estatisticas>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. 1948. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_3.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ALEMÃO, Ivan; SOARES, José Luis. Conciliar é “legal”? uma análise crítica da aplicação da conciliação na justiça do trabalho. *Justiça do Trabalho*, 26.306 (2009): 67-85.

DURKHEIM, É. *As regras do método sociológico*. Trad. Maria Isaura P. Queiroz. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1974.

_____. *Educação e Sociologia*. 4. ed. Trad. Lourenço Filho. São Paulo: Melhoramentos, 1955.

_____. De la división del trabajo social. Trad. David Maldavsky. Buenos Aires: Schapire: 1967.

_____. La famille conjugale. *Revue Philosophique de la France et l'Étranger*, Paris, n. XCI, p.1-14, jan./juin 1921.

FROTA, Paulo Mont'Alverne. O *dumping* social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 78, n. 2, fev. 2014.

GUIDDENS, Anthony *apud* VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

MINAS GERAIS. TRT da 3ª Região; PJe: 0010704-74.2014.5.03.0163 (RO); Disponibilização: 26.2.2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, p. 48; Órgão Julgador: Primeira Turma; relator: Luiz Otavio Linhares Renault).

Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>> Acesso em: 1º fev. 2016.

MONTEIRO, Carolina Masotti. *Dumping* social no direito individual do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 78, n. 06, jun. 2014.

KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. *Dumping social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional*. 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual de direito e processo do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Globalização e Emprego*. Publicado em: 2 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/globalizacao-e-emprego/722>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da Economia Política*. Livro 1. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. *Trabalho assalariado e capital & Salário, preço e lucro*. São Paulo: Expressão Popular. 2010.

_____. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores).

_____; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. (trad. Maria Lucia Como). 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_4.html>

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Trad. Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000.

STANGING, Guy. O precariado e a luta de classes. *Revista Crítica de Ciências Sociais [On-line]*, 103, 2014, colocado *on-line* no dia 26 maio 2014, criado a 29 maio 2015. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/5521;DOI:10.4000/rccs.5521>>.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz *et all*. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Indenização por dano social pela agressão voluntária e reincidente aos direitos trabalhistas*. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/>

teses/indeniza%C3%A7%C3%A3o%20suplementar.rtf>. Acesso em: 12 set. 2016.

RAMOS FILHO, Wilson. *Delinquência patronal, repressão e reparação*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090116-01.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

_____. O Enunciado n. 331 do TST: terceirização e a delinquência patronal. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 58, p. 110.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. São Paulo: Editora UNB, 2004.

_____. Rejeições religiosas do mundo e suas direções. In: GERTH, H. H., MILLS, C. W. (Orgs.). *Max Weber: ensaios de sociologia*. Trad. Waltensin Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

_____. *A Ética protestante e o espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-AIRR-1074-29.2012.5.11.0005

Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS

Agravado: Renilson Dantas

Relator convocado: Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes

Competência: 2ª Turma

Acórdão:

- **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXO DE HORAS EXTRAS EM REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. LEI N. 5.811/72. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. PROVIMENTO DO APELO.** Demonstrada a divergência jurisprudencial, nos termos da alínea “a” do artigo 896 da CLT, impõe-se o provimento do agravo de instrumento e o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido.
- RECURSO DE REVISTA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXO DE HORAS EXTRAS EM REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. LEI N. 5.811/72. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA N. 172 DO TST. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 333, DESTA CORTE, E § 4º, DO ART. 896, DA CLT. NÃO PROVIMENTO.** Nega-se provimento ao Recurso de Revista quando a decisão proferida está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência do C. TST, cristalizada na Súmula n. 172, do TST. Inteligência da Súmula n. 333 do TST e do artigo 896, § 4º, da CLT. Com efeito, a Súmula n. 172, desta Corte, prevê a repercussão das horas extras habituais no repouso remunerado, não se restringindo às hipóteses de repouso semanal remunerado da Lei n. 605/49. Precedentes desta Corte. Ora, tendo o recurso de revista por escopo a uniformização da jurisprudência trabalhista, nenhuma utilidade ver-se-á no processamento do apelo, quando o tema brandido for objeto de súmula ou de orientação jurisprudencial do TST, situações em que a missão da Corte ter-se-á, previamente, ultimado. Recurso de Revista conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-1074-29.2012.5.11.0005, em que é Agravante PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRAS e Agravado RENILSON DANTAS.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo demandado, em face do despacho Regional que negou seguimento ao seu Recurso

de Revista, com fundamento, em síntese, na ausência das violações indicadas e no óbice da Súmula n. 333, do TST.

Contraminuta, pelo demandante, às fls. 769/774.

Não houve remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, na forma do Regimento Interno deste C. TST.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, conheço do agravo de instrumento interposto.

MÉRITO

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXO DE HORAS EXTRAS EM REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. LEI N. 5.811/72. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. PROVIMENTO DO APELO.

A Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região denegou seguimento ao Recurso de Revista do Agravante, com esteio nos seguintes fundamentos:

Duração do Trabalho/Horas Extras.

Duração do Trabalho/Turno Ininterrupto de Revezamento.

Alegação(ões):

— contrariedade à(s) Súmula(s) n. 113; n. 391, item I do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

— contrariedade à Orientação Jurisprudencial SBDI-I/TST, n. 394 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

— violação do(s) art(s). artigo 5º; artigo 7º, inciso XXVI da CF.

— violação do(s) art(s). Lei n. 5.811/1972, artigo 3º, inciso V; artigo 4º, inciso II; artigo 7º; Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 67.

— divergência jurisprudencial.

Lei n. 605/49.

Consta no v. Acórdão (Fls. 254v/255v):

“(…) Mérito — reflexos das horas extras sobre DSR’s:

A controvérsia gravita em torno da tese obreira segundo a qual as folgas com previsão na Lei n. 5.811/72 — que rege a jornada de trabalho a que está sujeito o autor por trabalhar na indústria de petróleo e gás — equiparam-se ao repouso semanal remunerado, ou, conforme alude a reclamada, são dias úteis não trabalhados, repercutindo, ou não, no cálculo dos reflexos das horas extras.

Segundo o autor, e não objetado, a reclamada efetua o pagamento de horas extras aos empregados que trabalham em turno de revezamento, mas, ao calcular os reflexos em DSRs, o faz à razão de 1/6, isto é, seis dias de trabalho para um de descanso, ainda que quem trabalhe em tal escala frua um número maior de repousos por semana.

Ainda sobre essa questão, as normas coletivas da categoria (ACT’s) estabelecem os módulos mensais e semanais acerca da jornada de trabalho dos empregados da Petrobras, e de acordo com o regime laborado, e, como no caso dos autos, em que o trabalho é em turno ininterrupto de 8 horas, a jornada semanal é de 36 horas e 36 minutos, isto é, três dias de trabalho por dois dias de folga, totalizando 168 horas/mês.

A Lei n. 5.811/72, como acima mencionado, disciplina o trabalho efetuado em condições especiais, em turnos ininterruptos de revezamento e sobreaviso, daqueles que trabalham nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinaria de petróleo, industrialização do xisto, etc. Referida lei estatui que a jornada de trabalho desses trabalhadores especiais, em turnos de revezamento, seria de oito ou de doze horas, de acordo com a localização do local de trabalho.

No vertente caso, o reclamante trabalha em turno ininterrupto de revezamento com jornada diária de 8h, fruindo, assim, do repouso semanal diferenciado previsto nos artigos 3º e 7º da supracitada lei, que assim dispõe:

Art. 3º Durante o período em que o empregado permanecer no regime de revezamento em turno de 8 (oito) horas, ser-lhe-ão assegurados os seguintes direitos:

V – Direito a um repouso de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas para cada 3 (três) turnos trabalhados.

Art. 7º A concessão de repouso na forma dos itens V do art. 3º, II do art. 4º e I do art. 6º quita a obrigação patronal relativa ao repouso semanal remunerado de que trata a Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949.

Com efeito, referida norma garante aos empregados que trabalham em tais condições especiais um repouso de 24 horas para cada três turnos trabalhados (no caso, turno de 8 horas). E que o gozo de tal repouso tem eficácia liberatória da obrigação do repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49.

Sendo assim, a norma é de clareza solar ao estatuir que os repouso previstos na norma em referência equiparam-se ao repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49, para todos os fins de direito, portanto, os reflexos das horas extras devem repercutir sobre os dias de descanso a que faz referência a Lei n. 5.811/72.

Isso porque é uma norma favorável ao empregado (princípio da proteção), não havendo antinomia com a Lei n. 605/49, norma geral que assegura um patamar mínimo quanto ao gozo do repouso semanal remunerado. Aquele diploma legal pretende beneficiar o trabalhador que labora em condições adversas de trabalho, e, assim sendo, a norma coletiva que prevê o descanso de dois dias para dois trabalhadores não pode desnaturar o caráter remuneratório do descanso, e, interpretar o contrário, traria prejuízos irremediáveis ao trabalhador.

De mais a mais, vale registrar que, ao interpretar a norma sob esse prisma não se está desprestigiando o princípio do conglobamento, inobservando o ACT na sua totalidade. O que se está fazendo é interpretar a norma

de acordo com os princípios do Direito do Trabalho, beneficiando o trabalhador no que pertine à natureza jurídica do repouso concedido por força da Lei n. 5.811/72.

Sendo assim, não há outro caminho a trilhar senão reformar a sentença para reconhecer o direito do autor e declarar que o pagamento dos reflexos das horas extras sobre os DSR's observe o número de dias efetivamente laborados e o número de dias de folga, que, no caso em tela, é de 3 x 2 (três dias de trabalho por dois de folga), deduzindo-se os valores pagos sob a mesma rubrica, observado o limite do pedido.

Acolho, ainda, o pleito ilíquido de regularização da forma de cálculo do repouso em folha de pagamento, sob pena de liquidação e pagamento das diferenças até o adimplemento da obrigação de fazer ora cominada.

Inacolho a repercussão sobre gratificação natalina, férias com 1/3 e FGTS, porque, do contrário, resultaria pagamento em duplicidade (bis in idem).

Recolhimentos previdenciários e fiscais na forma da Súmula n. 368 do TST.

Defiro os honorários advocatícios em favor do sindicato assistente à razão de 15% sobre o valor da condenação, na forma da Súmula n. 219 do TST, uma vez que o autor é assistido por sindicato de classe e declarou sua miserabilidade jurídica (que é o bastante para o reconhecimento do direito).

Conclusão:

Portanto, conheço do Recurso e dou-lhe parcial provimento para acolher os reflexos das horas extras sobre o repouso a que se refere a Lei n. 5.811/72, observando-se a jornada estabelecida no ACT (3x2), deduzindo-se os valores pagos sob o mesmo título em contracheques, e ainda acolher os honorários advocatícios em favor do sindicato assistente, à razão de 15% sobre o valor condenatório, na forma da fundamentação. Inverta-se o ônus de

sucumbência, cominando custas em desfavor da reclamada, calculada sobre o valor arbitrado de R\$ 50.000,00 no importe de R\$ 1.000,00. (...)”

Consta no v. Acórdão em Embargos de Declaração (Fls. 262/262v):

VOTO

Conheço dos Embargos, manejados a tempo e modo.

Alega a reclamada a existência de omissão no acórdão embargado, aduzindo que o mesmo não se manifestou devidamente acerca do argumento suscitado pela mesma para indeferimento do pedido de reflexos das horas extras pagas nas folgas decorrentes da escala de trabalho. Especificamente, traz à baila a Súmula n. 391, I do C. TST.

O Enunciado do TST em questão possui a seguinte redação: Súmula n. 391 do TST

PETROLEIROS. LEI N. 5.811/72. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS E ALTERAÇÃO DA JORNADA PARA HORÁRIO FIXO (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 240 e 333 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005 I - A Lei n. 5.811/1972 foi recepcionada pela CF/1988 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros. (ex-OJ n. 240 da SBDI-1 – inserida em 20.6.2001)

Em face do texto colacionado acima, verifico que, embora o Acórdão embargado não cite expressamente o item I da Súmula n. 391 do TST, não existe qualquer omissão.

É que o enunciado em foco trata de que a Lei n. 5.811/1972 foi recepcionada pela CF/1988, devendo, portanto, ser aplicada.

Neste diapasão, o texto da aludida lei foi utilizado, inclusive, para fundamentar o acórdão que ora é embargado, no sentido de deferir o pleito autoral.

Portanto, não é o fato de que a interpretação da norma invocada contrariou os interesses da reclamada, motivo suficiente e razoável para a propositura dos presentes embargos de

declaração, não havendo que se falar, como explicitado acima, em omissão.

Em conclusão, conheço dos embargos manejados pela embargante, para rejeitá-los, mantendo integralmente o acórdão embargado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores do Trabalho e a Juíza Convocada da TERCEIRA TURMA do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA PRIMEIRA REGIÃO, por unanimidade de votos, conhecer dos embargos manejados pela embargante, para rejeitá-los, mantendo integralmente o acórdão embargado, na forma da fundamentação.”

Inviável o seguimento do recurso neste tópico, diante da conclusão da Turma, no sentido de que os repousos dos petroleiros previstos na Lei n. 5.811/72 equiparam-se ao repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49, para todos os fins de direito, portanto, os reflexos das horas extras por eles recebidas com habitualidade devem repercutir sobre referidos dias de descanso a que faz referência aquele diploma legal.

Dessa forma, tendo a Turma decidido em sintonia com a Súmula n. 172/TST, inviável o seguimento do recurso, inclusive por dissenso jurisprudencial (Súmula n. 333/TST).

Quanto ao reflexo de horas extras no repouso semanal remunerado, a Turma decidiu em sintonia com a OJ n. 394/SDI-I/TST, o que inviabiliza o seguimento do recurso, inclusive por dissenso jurisprudencial (Súmula n. 333/TST).

Inconformado, o agravante insiste na tese de violação aos art. 7º, XXVI, da Constituição Federal e arts. 3º e 7º, da Lei n. 5.811/72, bem como contrariedade à Súmula n. 391, I, do TST.

Afirma que a Lei n. 5.811/72, em seu art. 7º, desonera a Ré do reflexo das horas extras habituais no repouso semanal remunerado, previsto na Lei n. 605/49, pugnando pela reforma do

Acórdão Regional que deferiu a pretensão do Autor.

Argumenta ainda que a decisão *a quo* viola o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, uma vez que, pela aplicação da teoria do conglobamento, a Lei n. 5.811/72 é mais favorável ao empregado.

Aduz que a OJ n. 394, da SDI-1, desta Corte, exclui o direito pretendido com relação aos empregados mensalistas e, ainda que o Acórdão Regional estaria a violar também o art. 67, da CLT.

Requer também a aplicação analógica da Súmula n. 113, do TST, ao caso concreto, a fim de excluir a condenação ao reflexo das horas extras em RSR.

Colaciona arestos de divergência jurisprudencial.

Pois bem.

Primeiramente, assinalo que o Recurso de Revista não se viabiliza por alegação de violação ao art. 67, da CLT e contrariedade à OJ n. 394, da SDI-1, deste TST, porquanto tais fundamentos não foram prequestionados pelo Agravante, impedindo a análise meritória de suas razões à luz de tais entendimentos. Com efeito, o agravante, em que pese ter oposto embargos de declaração, o fez apenas para fins de prequestionamento do tema sob a ótica da Súmula n. 391, I, do TST.

Assim, ante a necessária incidência da Súmula n. 297, desta Corte, inviável o Recurso de Revista por violação ao art. 67, da CLT e contrariedade à OJ n. 394, da SDI-1, deste TST.

Quanto à divergência jurisprudencial, o agravante incumbiu-se de demonstrá-la. Amparando sua tese colacionou aresto, proveniente do Tribunal Regional da 9ª Região, proferido nos autos do processo 00886-2004-322-09-00-6 (numeração eletrônica 547/549, do Recurso de Revista), o qual destaco:

“A Lei n. 605/49 estabelece a remuneração do repouso semanal remunerado, no art. 7º.

Art. 7: A remuneração do repouso semanal corresponderá: a – para os que trabalham por

dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas.”

Para o juízo, a discussão assemelha-se àquela dos trabalhadores em estabelecimentos bancários que, por trabalharem apenas de segunda a sexta-feira, pretendem a integração à remuneração também dos sábados e feriados, não sendo pacífica a conclusão de que todos os dias de folga sejam considerados dias de repouso semanal, já que o art. 1º da Lei n. 605/49 fixa o direito ao repouso semanal remunerado de 24 horas consecutivas, preferencialmente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas, das empresas, nos feriados civis e religiosos de acordo com a tradição local.

A matéria é objeto da Súmula n. 113 do TST.

“Bancário” – Sábado. Dia útil O sábado do bancário é dia útil não trabalhado.”

Para os bancários a solução se deu através de convenção coletiva, que estabelece a integração à remuneração das horas extras, para o cálculo do descanso semanal remunerado, inclusive em sábados e feriados, desde que prestadas durante toda a semana.

No caso dos petroleiros, a situação é análoga, gozando mais dias de folga do que os estabelecidos pela Lei n. 605/49 por disposição legal – a Lei n. 5.811/72 que, inclusive faz referência à Lei n. 605/49 ao assim escrever, no seu art. 7º:

Art. 7º-A concessão de repouso na forma dos itens V do art. 3º, II do art. 4º e I do art. 6º quita a obrigação patronal relativa ao repouso semanal remunerado de que trata a Lei n. 605 de 05 de janeiro de 1949.

Todavia, não estabelece que todos os dias de repouso serão considerados dias de repouso semanal obrigatório, nos termos da Lei n. 605/49, ou seja, não amplia o número de dias de descanso obrigatório dos empregados na indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados além daqueles por

ela fixados: um a cada semana, preferencialmente aos domingos e nos feriados estabelecidos em lei, considerando-se os demais dias como folgas compensatórias pela especial característica do trabalho a que estão sujeitos.

Dessarte, entende o Juízo que a Lei n. 5.811/72 não transforma todos os dias de folga dos trabalhadores em dias de repouso obrigatório, embora incontestavelmente, sejam remunerados normalmente, mas o são em compensação pelas condições especiais de trabalho a que estão sujeitos, razão porque aplica-se a eles por analogia, o entendimento da Súmula n. 113, de que os dias de folga que não se destinem a compensar os descansos semanais remunerados obrigatórios — aqueles fixados pela Lei n. 605/49 — são considerados dias úteis não trabalhados, sendo indevida a apuração dos reflexos de horas extras da forma pretendida no item 6.2 pela média de 12 dias de repouso no mês. Portanto, para que se apurem os reflexos de horas extras em todos os dias de folga, devem as partes negociar neste sentido.” (grifos nossos)

O aresto transcrito no Recurso de Revista diverge da tese adotada pelo Tribunal *a quo*, senão vejamos:

Mérito – reflexos das horas extras sobre DSR’s:

A controvérsia gravita em tomo da tese obreira segundo a qual as folgas com previsão na Lei n. 5.811/72 — que rege a jornada de trabalho a que está sujeito o autor por trabalhar na indústria de petróleo e gás — equiparam-se ao repouso semanal remunerado, ou, conforme alude a reclamada, são dias úteis não trabalhados, repercutindo, ou não, no cálculo dos reflexos das horas extras.

Segundo o autor, e não objetado, a reclamada efetua o pagamento de horas extras aos empregados que trabalham em turno de revezamento, mas, ao calcular os reflexos

em DSRs, o faz à razão e 1/6, isto é, seis dias de trabalho, para um de descanso, ainda que quem trabalhe em tal escala írua um número maior de repousos por semana.

Ainda sobre essa questão, as normas coletivas da categoria (ACT’s) estabelecem os módulos mensais e semanais acerca da jornada de trabalho dos empregados da Pétrobras, e de acordo com o regime laborado, e, como no caso dos autos, em que o trabalho é em turno ininterrupto de 8 horas, a jornada semanal é de 36 horas e 36 minutos, isto é, três dias de trabalho por dois dias de folga, totalizando 168 horas/mês.

A Lei n. 5.811/72, como acima mencionado, disciplina o trabalho efetuado em condições especiais, em turnos ininterruptos de revezamento e sobreaviso, daqueles que trabalham nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinaria de petróleo, industrialização do xisto, etc. Referida lei estatui que a jornada de trabalho desses trabalhadores especiais, em turnos de revezamento, seria de oito ou de doze horas, de acordo com localização do local de trabalho.

No vertente caso, o reclamante trabalha em turno ininterrupto de revezamento com jornada diária de 8h, fruindo, assim, do repouso semanal diferenciado previsto nos artigos 3º e 7º da supracitada lei, que assim dispõe:

Art. 3º Durante o período em que o empregado permanecer no regime de revezamento em turno de 8 (oito) horas, ser-lhe-ão assegurados os seguintes direitos:

V – Direito a um repouso de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas para cada 3 (três) turnos trabalhados.

Art. 7º A concessão de repouso na forma dos itens V do art. 3º, II, do art. 4º e I do art. 6º quita a obrigação patronal relativa ao repouso semanal remunerado de que trata a Lei n. 605. de 5 de janeiro de 1949.

Com efeito, referida norma garante aos empregados que trabalham em tais condições especiais um repouso de 24 horas para

cada três turnos trabalhados (no caso, turno de 8 horas). E que o gozo de tal repouso tem eficácia liberatória da obrigação do repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49.

Sendo assim, a norma é de clareza solar ao estatuir que os repouso previstos na norma em referência equiparam-se ao repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49, para todos os fins de direito, portanto, os reflexos das horas extras devem repercutir sobre os dias de descanso a que faz referência a Lei n. 5.811/72.

Isso porque é uma norma favorável ao empregado (princípio da proteção), não havendo antinomia com a Lei n. 605/48, norma geral que assegura um patamar mínimo quanto ao gozo do repouso semanal remunerado. Aquele diploma legal pretende beneficiar o trabalhador que labora em condições adversas de trabalho, e, assim sendo, a norma coletiva que prevê o descanso de dois dias para dois trabalhados não pode desnaturar o caráter remuneratório do descanso, e, interpretar o contrário, traria prejuízos irremediáveis ao trabalhador.

De mais a mais, vale registrar que, ao interpretar a norma sob esse prisma não se está desprestigiando o princípio do conglobamento, inobservando o ACT na sua totalidade. O que se está fazendo é interpretar a norma de acordo com os princípios do Direito do Trabalho, beneficiando o trabalhador no que pertine à natureza jurídica do repouso concedido por força da Lei n. 5.811/72.

Sendo assim, não há outro caminho a trilhar senão reformar a sentença para reconhecer o direito do autor e declarar que o pagamento dos reflexos das horas extras sobre os DSR's observe o número de dias efetivamente laborados e o número de dias de folga, que, no caso em tela, é de 3 x 2 (três dias de trabalho por dois folga), deduzindo-se os valores pagos sob a mesma rubrica, observado o limite do pedido.

Acolho, ainda, o pleito ilíquido de regularização da forma do cálculo do repouso em folha de pagamento, sob pena de liquidação e pagamento das diferenças até o adimplemento da obrigação de fazer ora cominada.

Inacolho a repercussão sobre gratificação natalina, férias com 1/3 e FGTS, porque, do contrário, resultaria pagamento em duplicidade (bis in idem).

Recolhimentos previdenciários e fiscais na forma da Súmula n. 368 do TST.

Defiro os honorários advocatícios em favor do sindicato assistente à razão de 15% sobre o valor da condenação, na forma da Súmula n. 219 do TST, uma vez que o autor é assistido por sindicato de classe e declarou sua miserabilidade jurídica (que é o bastante para o reconhecimento do direito).

Assim sendo, demonstrada a divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, a, da CLT, cabível o processamento do Recurso de Revista.

Assim, dou provimento ao agravo de instrumento, no particular, para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reatuação do feito e a publicação de certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária deste Relator subsequente à data da referida publicação, nos termos do artigo 229 do Regimento Interno desta Corte.

Com fulcro, então, no artigo 897, § 7º, da CLT, passo ao exame do recurso de revista destrancado.

RECURSO DE REVISTA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-1074-29.2012.5.11.0005, em que é Recorrente PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRAS e Recorrido RENILSON DANTAS.

Trata-se de Recurso de Revista interposto pelo demandado, em face de Acórdão Regional que negou provimento ao seu Recurso

Ordinário, quanto ao reflexo de horas extras em repouso semanal remunerado, em turnos ininterruptos de revezamento.

Contrarrazões, pela recorrida, às fls. 805/824.

Não houve remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, na forma do Regimento Interno deste C. TST.

É o relatório.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 5.5.2014 – numeração eletrônica 527 - e Recurso de Revista interposto em 8.5.2014), a representação processual é regular e o preparo é dispensado.

Assim sendo, passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXO DE HORAS EXTRAS EM REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. LEI N. 5.811/72. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. CONHECIMENTO DO APELO.

Conforme os fundamentos lançados quando do exame do agravo de instrumento e aqui reiterados, conheço do recurso de revista.

MÉRITO

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXO DE HORAS EXTRAS EM REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. LEI N. 5.811/72. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA N. 172 DO TST. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 333, DESTA CORTE, E § 4º, DO ART. 896, DA CLT. NÃO PROVIMENTO.

Ao contrário da tese esposada pelo Recorrente, verifico inviável a análise da divergência

jurisprudencial, uma vez que, como ali resta consignado, a norma contida na Lei n. 5.811/72, “é de clareza solar ao estatuir que os repousos previstos na norma em referência equiparam-se ao repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49, para todos os fins de direito, portanto, os reflexos das horas extras devem repercutir sobre os dias de descanso a que faz referência a Lei n. 5.811/72”.

Ademais, asseverou o Regional que “é uma norma favorável ao empregado (princípio da proteção), não havendo antinomia com a Lei n. 605/48, norma geral que assegura um patamar mínimo quanto ao gozo do repouso semanal remunerado. Aquele diploma legal pretende beneficiar o trabalhador que labora em condições adversas de trabalho, e, assim sendo, a norma coletiva que prevê o descanso de dois dias para dois trabalhadores não pode desnaturar o caráter remuneratório do descanso, e, interpretar o contrário, traria prejuízos irremediáveis ao trabalhador”.

Vejamos o que consta do Acórdão objurgado, *verbis*:

Mérito – reflexos das horas extras sobre DSR's:

A controvérsia gravita em torno da tese obreira segundo a qual as folgas com previsão na Lei n. 5.811/72 — que rege a jornada de trabalho a que está sujeito o autor por trabalhar na indústria de petróleo e gás — equiparam-se ao repouso semanal remunerado, ou, conforme alude a reclamada, são dias úteis não trabalhados, repercutindo, ou não, no cálculo dos reflexos das horas extras.

Segundo o autor, e não objetado, a reclamada efetua o pagamento de horas extras aos empregados que trabalham em turno de revezamento, mas, ao calcular os reflexos em DSRs, o faz à razão de 1/6, isto é, seis dias de trabalho, para um de descanso, ainda que quem trabalhe em tal escala írua um número maior de repousos por semana.

Ainda sobre essa questão, as normas coletivas da categoria (ACT's) estabelecem os módulos mensais e semanais acerca da jornada de trabalho dos empregados da Petrobras, e de acordo com o regime laborado, e, como no caso dos autos, em que o trabalho é em turno ininterrupto de 8 horas, a jornada semanal é de 36 horas e 36 minutos, isto é, três dias de trabalho por dois dias de folga, totalizando 168 horas/mês.

A Lei n. 5.811/72, como acima mencionado, disciplina o trabalho efetuado em condições especiais, em turnos ininterruptos de revezamento e sobreaviso, daqueles que trabalham nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinaria de petróleo, industrialização do xisto, etc. Referida lei estatui que a jornada de trabalho desses trabalhadores especiais, em turnos de revezamento, seria de oito ou de doze horas, de acordo com localização do local de trabalho.

No vertente caso, o reclamante trabalha em turno ininterrupto de revezamento com jornada diária de 8h, fruindo, assim, do repouso semanal diferenciado previsto nos artigos 3º e 7º da supracitada lei, que assim dispõe:

Art. 3º Durante o período em que o empregado permanecer no regime de revezamento em turno de 8 (oito) horas, ser-lhe-ão assegurados os seguintes direitos:

V – Direito a um repouso de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas para cada 3 (três) turnos trabalhados.

Art. 7º A concessão de repouso na forma dos itens V do art. 3º, II, do art. 4º e I do art. 6º quita a obrigação patronal relativa ao repouso semanal remunerado de que trata a Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949.

Com efeito, referida norma garante aos empregados que trabalham em tais condições especiais um repouso de 24 horas para cada três turnos trabalhados (no caso, turno de 8 horas). E que o gozo de tal repouso tem eficácia liberatória da obrigação do repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49.

Sendo assim, a norma é de clareza solar ao estatuir que os repouso previstos na norma em referência equiparam-se ao repouso semanal remunerado previsto na Lei n. 605/49, para todos os fins de direito, portanto, os reflexos das horas extras devem repercutir sobre os dias de descanso a que faz referência a Lei n. 5.811/72.

Isso porque é uma norma favorável ao empregado (princípio da proteção), não havendo antinomia com a Lei n. 605/48, norma geral que assegura um patamar mínimo quanto ao gozo do repouso semanal remunerado. Aquele diploma legal pretende beneficiar o trabalhador que labora em condições adversas de trabalho, e, assim sendo, a norma coletiva que prevê o descanso de dois dias para dois trabalhados não pode desnaturar o caráter remuneratório do descanso, e, interpretar o contrário, traria prejuízos irremediáveis ao trabalhador.

De mais a mais, vale registrar que, ao interpretar a norma sob esse prisma não se está desprestigiando o princípio do conglobamento, inobservando o ACT na sua totalidade. O que se está fazendo é interpretar a norma de acordo com os princípios do Direito do Trabalho, beneficiando o trabalhador no que pertine à natureza jurídica do repouso concedido por força da Lei n. 5.811/72.

Sendo assim, não há outro caminho a trilhar senão reformar a sentença para reconhecer o direito do autor e declarar que o pagamento dos reflexos das horas extras sobre os DSR's observe o número de dias efetivamente laborados e o número de dias de folga, que, no caso em tela, é de 3 x 2 (três dias de trabalho por dois folga), deduzindo-se os valores pagos sob a mesma rubrica, observado o limite do pedido.

Acolho, ainda, o pleito ilíquido de regularização da forma do cálculo do repouso em folha de pagamento, sob pena de liquidação e pagamento das diferenças até o adimplemento da obrigação de fazer ora cominada.

Inacolho a repercussão sobre gratificação natalina, férias com 1/3 e FGTS, porque, do contrário, resultaria pagamento em duplicidade (*bis in idem*).

Recolhimentos previdenciários e fiscais na forma da Súmula n. 368 do TST.

Defiro os honorários advocatícios em favor do sindicato assistente à razão de 15% sobre o valor da condenação, na forma da Súmula n. 219 do TST, uma vez que o autor é assistido por sindicato de classe e declarou sua miserabilidade jurídica (que é o bastante para o reconhecimento do direito).

Para maior esclarecimento, transcrevo também a decisão proferida pelo Regional em sede de embargos de declaração, *verbis*:

VOTO

Conheço dos Embargos, manejados a tempo e modo.

Alega a reclamada a existência de omissão no acórdão embargado, aduzindo que o mesmo não se manifestou devidamente acerca do argumento suscitado pela mesma para indeferimento do pedido de reflexos das horas extras pagas nas folgas decorrentes da escala de trabalho. Especificamente, traz à baila a Súmula n. 391, I, do C. TST.

O Enunciado do TST em questão possui a seguinte redação: Súmula n. 391 do TST

PETROLEIROS. LEI N. 5.811/72. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS E ALTERAÇÃO DA JORNADA PARA HORÁRIO FIXO (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 240 e 333 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005 I – A Lei n. 5.811/1972 foi recepcionada pela CF/1988 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros. (ex-OJ n. 240 da SBDI-1 – inserida em 20.6.2001)

Em face do texto colacionado acima, verifico que, embora o Acórdão embargado não cite expressamente o item I da Súmula n. 391 do TST, não existe qualquer omissão.

É que o enunciado em foco trata de que a Lei n. 5.811/1972 foi recepcionada pela CF/1988, devendo, portanto, ser aplicada.

Neste diapasão, o texto da aludida lei foi utilizado, inclusive, para fundamentar o acórdão que ora é embargado, no sentido de deferir o pleito autoral.

Portanto, não é o fato de que a interpretação da norma invocada contrariou os interesses da reclamada, motivo suficiente e razoável para a propositura dos presentes embargos de declaração, não havendo que se falar, como explicitado acima, em omissão.

Em conclusão, conheço dos embargos manejados pela embargante, para rejeitá-los, mantendo integralmente o acórdão embargado.

Como se percebe, a tese do Acórdão Regional é mesma que vem sendo trilhada no âmbito desta Corte, no sentido de que a Súmula n. 172, do TST prevê os reflexos das horas extras habituais no repouso remunerado, não se limitando à hipótese de repouso semanal remunerado prevista na Lei n. 605/49.

Tal entendimento permite admitir que os reflexos em comento são devidos inclusive em outros repousos remunerados previstos em Leis (como a Lei dos petroleiros ora em debate), ou em instrumentos normativos, por aplicação da mesma Súmula n. 172, desta Corte.

Assim, há de se concluir que, além de inexistir no julgado qualquer violação aos preceitos constitucional e legais indicados, ou contrariedade à Súmula mencionada, o Acórdão Regional está em perfeita consonância com a Súmula n. 172, desta Corte, tornando o Recurso de Revista inadmissível também por incidência da Súmula n. 333, do TST, e § 4º, do art. 896, da CLT.

Por bastante esclarecedor, peço vênias para a transcrição dos fundamentos utilizados pelo Exmº Ministro José Roberto Freire Pimenta, para negar provimento ao ED-AIRR 11811-48.2013.5.11.0008, publicado em 6.11.2015,

em matéria idêntica à que ora é abordada, *verbis*:

O Tribunal regional, no que interessa, deu provimento ao recurso ordinário do reclamante, para determinar a incidência dos reflexos das horas extras nos dias de repouso remunerado do autor, mediante decisão assim fundamentada:

“Da integração das horas extras no repouso semanal remunerado

Consoante o entendimento consubstanciado na Súmula n. 172, do Tribunal Superior do Trabalho “computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas”.

O disposto na súmula supracitada não é aplicável somente ao repouso semanal remunerado previsto no art. 7º, XV, da CF/88, no artigo 1º, da Lei n. 605/49 e artigo 67, da CLT, como quer fazer crer a recorrida, devendo sua aplicação ser estendida a todos os repouso remunerados porventura previstos em normas coletivas, nos contratos de trabalho ou mesmo por liberalidade do empregador.

Ressalte-se que a Súmula não faz menção a “repouso semanal remunerado”, mas, tão somente, a “repouso remunerado”.

Nesse mesmo sentido, o Egrégio TST já se posicionou quando do julgamento do Processo TST-AIRR-373040-58.2004.5.12.0028, nos seguintes termos, *in verbis*:

(...)

“Repouso remunerado. Horas extras. Cálculo.

Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. Ex-prejulgado n. 52.”

Constata-se que a referida súmula não alcança apenas o Descanso Semanal Remunerado a que aludem a Constituição (artigo 7º, inciso XV) e a legislação laboral (artigos 1º da Lei n. 605/49 e 67 da CLT), estendendo seu âmbito de aplicação aos repouso remunerados que venham a ser concedidos

em decorrência de diplomas legais, instrumentos coletivos, condições contratuais ou liberalidade patronal. Daí por que a referida súmula não alude especificamente ao “Repouso Semanal Remunerado”, mas simplesmente a “Repouso Remunerado”. Assim, as horas extras habitualmente prestadas devem repercutir, pela sua média, nas folgas remuneradas previstas no inciso V da Lei n. 5.811/72. Incólumes os artigos 7ºs das Leis ns. 605/49 e 5.811/72.

O mesmo posicionamento foi manifestado pela 6ª Turma do Egrégio TST, quando do Julgamento do Recurso de Revista n. RR-115700-89.2004.5.09.0654, conforme Ementa abaixo transcrita:

(...)

REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. O entendimento consubstanciado na Súmula n. 172 do TST, conforme se extrai, não se limita apenas ao repouso semanal remunerado a que aludem a Constituição (artigo 7º, inciso XV) e a legislação laboral (artigos 1º da Lei n. 605/49 e 67 da CLT), estendendo seu âmbito de aplicação a todos os repouso remunerados que venham a ser concedidos em virtude de orientação contida em demais diplomas legais, instrumentos coletivos, condições contratuais ou liberalidade patronal. Precedentes.

Recurso de revista conhecido e provido.

Da mesma forma, para corroborar o posicionamento ora firmado, vale transcrever a Ementa relativa ao Processo TST - RR 10900-29.2005.5.09.0022, julgado em 14.4.2010 pela 4ª Turma:

(...).

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REFLEXOS NOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS. A decisão regional está em consonância com a Súmula n. 172 do col. TST, no sentido de que as horas extraordinárias habitualmente prestadas são computadas no cálculo do repouso semanal remunerado. Aplicação da Súmula n. 333 do col. TST, a inviabilizar o processamento do Recurso de Revista.

Na verdade, tanto o repouso semanal remunerado da Lei n. 605/49 quanto os repouso previstos no art. 3º, inciso V, da Lei n. 5.811/72 devem ser considerados folgas remuneradas, equiparando-se para todos os efeitos legais. Assim, os reflexos das horas extraordinárias devem incidir sobre tais dias.

Cabe explicitar, por oportuno, que a Súmula n. 113, do Tribunal Superior do Trabalho, carrega entendimento em relação ao bancário, não sendo cabível à analogia para categorias profissionais diversas, com regramentos próprios.

Em suma, a decisão de primeiro grau merece ser reformada, para que seja deferido o pleito de integração das horas extraordinárias na proporção de 2 dias de folga para cada 3 dias trabalhado, cujo quantum de R\$ 9.905,48 mostra-se razoável, sobretudo diante da ausência de impugnação especificada.

A reclamada fica ainda obrigada a proceder à regularização do pagamento no contracheque do reclamante.” (destacou-se e grifou-se – p. 273-275).

Em agravo de instrumento, a reclamada repisa os fundamentos trazidos no seu recurso de revista, no qual alegou, em suma, não ser devida a incidência de reflexos das horas extras nos repouso remunerados dos trabalhadores petroleiros. Afirmou que, “ao contrário do entendimento firmado no r. Acórdão ora guerreado, o art 7º da Lei n. 5.811/72 prescreveu que o repouso semanal remunerado já estaria contido nas folgas concedidas em razão do regime especial dos trabalhadores da indústria do petróleo, elastecendo a situação benéfica dos empregados para prever uma escala bem maior de folgas para compensar o regime de trabalho em condições mais adversas. Desta forma, a concessão das respectivas folgas quitaria o repouso semanal remunerado, não sendo, por isso, equivalentes à sua natureza

jurídica”, concluindo que “Neste sentido, a Lei n. 5.811/72 estipulou que as folgas previstas no regime especial compensariam o repouso semanal remunerado, haja vista que aquelas englobariam estes. Portanto, as folgas especiais não se confundem com o repouso semanal remunerado” (p. 309).

Indicou violação dos arts. 3º, inciso V, e 7º da Lei n. 5.811/72, além de contrariedade à Súmula n. 391, item I, do Tribunal Superior do Trabalho.

Sem razão, contudo.

Discute-se, no caso, o direito do reclamante, petroleiro, aos reflexos das horas extras no repouso remunerado.

Os petroleiros possuem condições especiais de trabalho, seja por força da Lei n. 5.811/82, seja por força das normas coletivas, não fazendo jus apenas a um repouso a cada seis dias de trabalho (1/6), pois, para os que trabalham no regime da Lei n. 5.811/72, o número de dias de trabalho é menor (24 horas de repouso a cada três turnos) e o dia de repouso deve ser remunerado como se tivesse havido trabalho.

A razão que determina a incidência do tempo de horas extras no repouso remunerado é idêntica tanto para o repouso concedido com periodicidade semanal, quanto para os repouso concedidos em periodicidade menor, em virtude das escalas de trabalho.

Além disso, não há incompatibilidade na adoção do artigo 7º da Lei n. 605/49 com o disposto no artigo 3º da Lei n. 5.811/72. O fato de a Lei n. 605/49 fazer referência a repouso semanal não impede que seja adotado o critério nela estabelecido para o cálculo de qualquer modalidade de repouso remunerado, inclusive os assegurados aos trabalhadores regidos pela Lei n. 5.811/72 (petroleiros).

Ressalta-se que a Súmula n. 172 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que “computam-se no cálculo do repouso

remunerado as horas extras habitualmente prestadas”, não fazendo, portanto, restrição aos repouso semanais. Nesse sentido, o Tribunal Regional, ao deferir o pagamento de reflexos das horas extras nos repouso, proferiu decisão em consonância com o verbete sumular citado.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“PETROLEIROS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. Incide a Súmula n. 172 do TST a todos os repouso remunerados que venham a ser concedidos pelo empregador. Portanto, não há como afastar os reflexos das horas extras nas folgas previstas no artigo 3º da Lei n. 5.811/72. Precedentes. Não conhecido.” (RR – 528-33.2010.5.09.0026, data de julgamento: 13.3.2013, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, data de publicação: DEJT 26/3/2013)

“REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. O entendimento consubstanciado na Súmula n. 172 do TST, conforme se extrai, não se limita apenas ao repouso semanal remunerado a que aludem a Constituição (artigo 7º, inciso XV) e a legislação laboral (artigos 1º da Lei n. 605/49 e 67 da CLT), estendendo seu âmbito de aplicação a toda espécie de repouso remunerado que venha a ser concedido em virtude de orientação contida em demais diplomas legais, instrumentos coletivos, condições contratuais ou liberalidade patronal. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.” (RR – 116100-06.2004.5.09.0654, data de julgamento: 7.12.2010, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, data de publicação: DEJT 17/12/2010)

“PETROLEIROS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CÁLCULO. HABITUALIDADE. Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (Súmula n. 172 do TST). Recurso de revista não conhecido.”

(RR – 1267-09.2010.5.01.0000, data de julgamento: 8.9.2010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, data de publicação: DEJT 17.9.2010)

“REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. O entendimento consubstanciado na Súmula n. 172 do TST, conforme se extrai, não se limita apenas ao repouso semanal remunerado a que aludem a Constituição (artigo 7º, inciso XV) e a legislação laboral (artigos 1º da Lei n. 605/49 e 67 da CLT), estendendo seu âmbito de aplicação a todos os repouso remunerados que venham a ser concedidos em virtude de orientação contida em demais diplomas legais, instrumentos coletivos, condições contratuais ou liberalidade patronal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR – 115700-89.2004.5.09.0654, data de julgamento: 10.3.2010, relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, data de publicação: DEJT 30.3.2010)

Citam-se, ainda, no mesmo sentido: AIRR – 1217-08.2011.5.03.0027, relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 31.5.2013; RR 88900-77.2004.5.09.0022, relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 27.11.2009; AIRR-373040-58.2004.5.12.0028, relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ 22.9.2006.

Nesse contexto, pelas razões discorridas, não se cogita de ofensa aos dispositivos mencionados, tampouco de contrariedade à Súmula n. 391, item I, do TST, que nem sequer trata da questão específica sob debate.

Desse modo, ante os fundamentos expendidos, deve ser mantida a decisão regional, motivo pelo qual **nego provimento** ao agravo de instrumento.

Vale transcrever ainda diversos arestos desta Corte, inclusive desta 2ª Turma, no mesmo sentido:

RECURSO DE REVISTA. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO

REMUNERADO. Discute-se, no caso, se as horas extras repercutem no cálculo dos repouso remunerados ou apenas no repouso semanal remunerado. Na hipótese, os reclamantes laboram em turnos ininterruptos de revezamento em escala de 1x1,5. Os petroleiros possuem condições especiais de trabalho, seja por força da Lei n. 5.811/72, seja por força das normas coletivas, não fazendo jus apenas a um repouso a cada seis dias de trabalho (1/6), pois, para os que trabalham no regime da Lei n. 5.811/72, o número de dias de trabalho é menor (24 horas de repouso a cada três turnos), e o dia de repouso deve ser remunerado como se tivesse havido trabalho. A razão que determina a incidência do tempo de horas extras no repouso remunerado é idêntica tanto para o repouso concedido com periodicidade semanal, quanto para os repouso concedidos em periodicidade menor, em virtude das escalas de trabalho. Além disso, não há incompatibilidade na adoção do artigo 7º da Lei n. 605/49 com o disposto no artigo 3º da Lei n. 5.811/72. O fato de a Lei n. 605/49 fazer referência a repouso semanal não impede que seja adotado o critério nela estabelecido para o cálculo de qualquer modalidade de repouso remunerado, inclusive os assegurados aos trabalhadores regidos pela Lei n. 5.811/72 (petroleiros). Ressalta-se que a Súmula n. 172 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que “computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas”, não fazendo, portanto, restrição aos repouso semanais. Nesse sentido, o Tribunal Regional, ao indeferir o pagamento de reflexos das horas extras nos repouso, contrariou o verbete sumular citado. Precedentes desta Corte no mesmo sentido. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 159900-82.2012.5.17.0007, redator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 9.12.2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20.2.2015)

(...) REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NOS REPOUSOS REMUNERADOS. LEI N. 5.811/72. O fato de a Lei n. 605/49 fazer referência a repouso semanal não impede que seja adotado o critério nela estabelecido (horas extras prestadas) para o cálculo de

qualquer outra modalidade de repouso remunerado, inclusive os assegurados aos trabalhadores regidos pela Lei n. 5.811/72 (petroleiros). A Súmula n. 172 do TST estabelece que “computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas”. Dessa forma, não se evidencia afronta ao disposto no artigo 7º da Lei n. 5.811/72. (RR-26641-34.2004.5.09.0026, relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 26.11.2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO PREVISTO NA LEI N. 5.811/72. A SÚMULA N. 172 alude a repouso remunerado, e não especificamente a repouso semanal remunerado, de forma que sua incidência não está limitada ao descanso semanal remunerado previsto no art. 1º da Lei n. 605/49, sendo aplicável aos demais repouso remunerados concedidos. (...) Agravo de Instrumento a que se nega provimento”. (AIRR – 1494-04.2012.5.11.0015 Data de Julgamento: 7.5.2014, relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 9.5.2014)

“RECURSO DE REVISTA. PETROLEIROS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. HORA EXTRA. REFLEXOS NOS REPOUSOS REMUNERADOS. A decisão do TRT está em consonância com a Súmula n. 172 do TST, segundo a qual ‘Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas’. A súmula alude simplesmente a -repouso remunerado-, e não especificamente a -repouso semanal remunerado-. Logo, não se limita ao descanso semanal remunerado previsto no art. 1º da Lei n. 605/49, mas se aplica também aos demais repouso remunerados concedidos em decorrência de leis, instrumentos coletivos, condições contratuais ou liberalidade patronal, tal como previsto no art. 3º, V, da Lei n. 5.811/72. Recurso de revista de que não se conhece” (RR-1596-50.2012.5.11.0007, relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.12.2013).

(...)PETROLEIROS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. Incide a

Súmula n. 172 do TST a todos os repouso remunerados que venham a ser concedidos pelo empregador. Portanto, não há como afastar os reflexos das horas extras nas folgas previstas no artigo 3º da Lei n. 5.811/72. Precedentes”. (RR-528-33.2010.5.09.0026, relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26.3.2013)

(...) REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. O entendimento consubstanciado na Súmula n. 172 do TST, conforme se extrai, não se limita apenas ao repouso semanal remunerado a que aludem a Constituição (artigo 7º, inciso XV) e a legislação laboral (artigos 1º da Lei n. 605/49 e 67 da CLT), estendendo seu âmbito de aplicação a todos os repouso remunerados que venham a ser concedidos em virtude de orientação contida em demais diplomas legais, instrumentos coletivos, condições contratuais ou liberalidade patronal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido”. (RR-115700-89.2004.5.09.0654, relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT de 30.3.2010)

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REFLEXOS. FOLGAS REMUNERADAS. LEI N. 5.811/72. PROVIMENTO. Os reflexos das horas extraordinárias habitualmente prestadas não são aplicáveis somente ao repouso semanal remunerado, mas também sobre os repouso previstos na Lei n. 5.811/72, nos exatos termos da Súmula n. 172 desta Corte. Isso porque tal Súmula se refere a repouso remunerado, e não apenas a repouso semanal remunerado, não estando sua incidência, portanto, restrita ao descanso semanal remunerado previsto no art. 1º da Lei n. 605/49, o que permite sua aplicação aos demais repouso remunerados concedidos em decorrência de leis, instrumentos coletivos, condições contratuais ou liberalidade patronal. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (...). (RR-1253-25.2011.5.01.0042, relator Ministro Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 12.12.2014)

A) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. 1. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA PELO

SINDICATO DA CATEGORIA NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A decisão regional está em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior, no sentido de que a ação coletiva movida pelo sindicato da categoria, na condição de substituto processual, não induz litispendência em relação à ação individual, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, na dicção do art. 104 do CDC. Recurso de revista não conhecido. 2. HORAS IN ITINERE. PETROQUÍMICOS. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a categoria profissional dos empregados sujeitos ao regime jurídico de trabalho diferenciado, disciplinado na Lei n. 5.811/72, não tem direito ao recebimento das horas in itinere, pois cabe ao empregador fornecer transporte gratuito, independentemente de o local de trabalho ser de fácil acesso ou servido por transporte público regular. Recurso de revista conhecido e provido. 3. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Extrai-se do quadro fático delimitado no acórdão regional que os requisitos necessários à equiparação salarial foram devidamente comprovados. Nesse contexto, tendo a decisão regional se pautado na análise do conjunto fático-probatório devidamente produzido e valorado, não há falar em violação dos artigos 461 da CLT e 333 do CPC. Recurso de revista não conhecido. 4. HORAS EXTRAS. REGISTROS DE HORÁRIO. INVALIDADE. Conforme concluiu a Corte de origem, os controles de frequência juntados aos autos referentes ao período de 1º.10.2008 e até 1º.10.2012 apresentavam marcações invariáveis, o que é inválido como meio de prova (Súmula n. 338, III, do TST). Por outro lado, a prova ora produzida, conforme decisão recorrida foi suficiente para a fixação da jornada de trabalho da reclamante. Não há falar, dessa forma, em violação dos artigos 74, § 2º, e 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de revista não conhecido. 5. HORAS EXTRAS. CRITÉRIO DE DEDUÇÃO OU ABATIMENTO. OJ N. 415 DA SDI-1 DO TST. Verifica-se da decisão recorrida que o Regional não emitiu tese acerca do critério de dedução ou abatimento das horas extras, se deveriam ser apuradas mês a mês ou de

forma global. Com efeito, limitou-se a Corte a quo a registrar que tal definição deve ser feita em liquidação da sentença. Portanto, com relação a esse aspecto, incide o óbice da Súmula n. 297, I, do TST, ante a ausência de prequestionamento. Recurso de revista não conhecido. 6. HORAS EXTRAS. REFLEXOS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. O Regional decidiu a controvérsia em consonância com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, consubstanciada na Súmula n. 172, no sentido de que se computam, no cálculo do repouso remunerado, as horas extras habitualmente prestadas. Recurso de revista não conhecido. 7. HORA NOTURNA REDUZIDA E ADICIONAL NOTURNO. PETROQUÍMICOS. Ao contrário do que afirma a reclamada, o Regional, soberano no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, insuscetível de revisão nesta esfera extraordinária, a teor da Súmula n. 126 do TST, foi categórico ao registrar que não havia pagamento do adicional em relação às horas laboradas em prorrogação às 5h da manhã. Diante desse quadro, não é possível divisar violação dos artigos 7º, XXVI, da CF, 884 do CC e 73, *caput*, da CLT, muito menos contrariedade à Súmula n. 60, II, do TST. Na verdade, a decisão tal como posta está em conformidade com a Súmula n. 60, II, do TST, no sentido de que -Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas-. Por outro lado, tendo o Regional consignado que a reclamante exercia a função de técnica, ou seja, não desempenhava qualquer das atividades referidas na Súmula n. 112 do TST (exploração, perfuração, produção e refinação do petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos), não há como se aferir contrariedade à referida Súmula. Recurso de revista não conhecido. 8. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT. PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a disposição contida no artigo 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal.

Assim, homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, especialmente no que concerne ao aspecto fisiológico, merecendo, portanto, a mulher um tratamento diferenciado quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras. Por essa razão, faz jus ao intervalo de quinze minutos antes do início do período extraordinário. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. B) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. 1. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. LEI N. 5.811/72. O Regional, ao excluir da condenação o pagamento de uma hora a título de intervalo intrajornada não usufruído em sua totalidade com base em previsão normativa desfavorável ao empregado, contrariou a Súmula n. 437, I e II, do TST. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. 2. HORAS EXTRAS. REGISTROS DE HORÁRIO. INVALIDADE. Conforme registrado pela Corte de origem, soberana no reexame do conjunto fático probatório dos autos, os controles de frequência juntados aos autos referentes ao período de 1º.11.2007 a 30.9.2008 contêm anotações variáveis e apontam a realização esporádica de horas extras, bem como a fruição de folgas compensatórias, razão pela qual concluiu pela validade de tais registros de horário. Diante desse contexto, não há falar em violação dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, muito menos em contrariedade à Súmula n. 338 do TST. Recurso de revista não conhecido. 3. HORAS IN ITINERE. Prejudicado o exame do tema, tendo em vista o provimento do recurso de revista da reclamada para excluir da condenação o pagamento das horas *in itinere*. (RR – 534-36.2012.5.04.0761, relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 17.12.2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.12.2014)

Com isto, tendo em vista que a decisão Regional está em perfeita consonância com a Jurisprudência atual, iterativa e notória, desta Corte, o apelo revisional também não se viabiliza em razão do óbice contido na Súmula n. 333, do TST, e § 4º, do art. 896, da CLT.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, por divergência jurisprudencial, para determinar o processamento do recurso de revista. Também por unanimidade, conhecer do recurso de revista interposto, por

divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento. Vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

Brasília, 18 de Novembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES

Desembargador Convocado Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

SDC – SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

MANDADO DE SEGURANÇA

PROC.: 15ª Região 0006973-07.2015.5.15.0000

ORIGEM: TRT/15ª Região

Impetrante: Sindicar — Sindicato dos Carregadores Autônomos de Hortifrutigranjeiros e Pescados em Centrais de Abastecimento de Alimentos do Estado de São Paulo

Impetrado: Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Campinas

Litisconsortes: Sindicato Único da Categoria Profissional Diferenciada dos Empregados e Trabalhadores Avulsos não Portuários Marítimos em Movimentação de Mercadorias CEASA — Centrais de Abastecimento de Campinas S.A.

Acórdão:

- **TRABALHO AUTÔNOMO. DIREITO FUNDAMENTAL DE 1ª DIMENSÃO LASTREADO NO PRINCÍPIO DA LIBERDADE. REGIME DE TRABALHO AVULSO COM INTERMEDIÇÃO SINDICAL. NECESSÁRIO ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA.**

A adoção do regime de trabalho avulso deve decorrer de acordo ou convenção coletiva, negociados entre os tomadores de serviço e o sindicato representativo da respectiva categoria, como estabelece o artigo 1º da Lei 12.023/2009. A determinação judicial impondo obrigatoriedade desta intermediação sindical viola direito líquido e certo de estatura constitucional, pois a liberdade de exercício de qualquer ofício ou profissão, incluindo a modalidade de trabalho autônomo, constitui direito fundamental de 1ª dimensão, assim albergado no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal.

FORNECIMENTO DE EPI. AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO. DIREITO FUNDAMENTAL DE 2ª E 3ª DIMENSÃO GARANTIDO A TODOS OS TRABALHADORES INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO CONTRATUAL.

A garantia ao ambiente de trabalho seguro, com a redução dos riscos inerentes à atividade laboral e a manutenção de meio ambiente saudável, visa preservar a saúde, segurança, higidez física e mental de todos os trabalhadores, independentemente da natureza do vínculo contratual existente, de sorte que, por sua importância, desborda os limites da 2ª dimensão para constituir-se também em direito de 3ª dimensão, que se interpenetram na formação de um núcleo essencial garantidor da dignidade daquele que trabalha, assim balizando pela igualdade e solidariedade a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, conforme dispõem o *caput* e inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar, impetrado por SINDICAR — SINDICATO DOS CARREGADORES AUTÔNOMOS DE HORTIFRUTIGRANJEIROS E PESCADOS EM CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE ALIMENTOS DO ESTADO DE SÃO PAULO contra ato do MM. Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Campinas que, no processo 0010898-91.2014.5.15.0114, concedeu a antecipação de tutela, determinando que a reclamada CEASA — CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S.A. “cumpra o quanto disposto na Lei n. 12.023/2009 e, assim, promova a contratação dos movimentadores de carga, como avulsos, com a participação do sindicato, garantindo-se aos trabalhadores o pagamento das verbas trabalhistas pertinentes, tais como FGTS, 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e DSR. A providência deverá ser tomada no prazo de dez dias de quando intimada a tanto, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) por trabalhador não contratado, limitada a R\$ 20.000,00. Deverá, ainda, no mesmo prazo e sob a mesma penalidade, entregar os equipamentos de proteção individual necessários para o desenvolvimento de suas tarefas.” (Id 67f14fe).

Alega que tal decisão extrapola os limites da ação civil coletiva mencionada, notadamente quanto à aplicação da Lei n. 12.023/2009 com a intermediação pelo SINTRACAMP, e impede que os carregadores autônomos, representados pelo ora impetrante, exerçam livremente sua profissão.

Afirma que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* encontram-se presentes, pois a forma de trabalho imposta pela autoridade apontada como coatora viola o direito à livre concorrência e ao decidido em assembleia geral, além de implicar em redução dos rendimentos “*ante a imposição de escala democrática de trabalho*” (Id aaf77f8).

Deferida parcialmente a liminar para determinar que a antecipação de tutela fique restrita aos empregados e avulsos, nos termos da Lei n. 12.023/2009, não alcançando os carregadores autônomos (ID 854d222).

Prestadas informações pela autoridade apontada como coatora (Id ab1a349).

O 1º litisconsorte necessário, devidamente citado, apresentou manifestação e documentos (Id 0f6d7ca). Não houve manifestação do 2º litisconsorte necessário.

A D. Procuradoria do Trabalho juntou Parecer pela concessão parcial da segurança (Id 0cbc7f5).

O requerente reiterou o pedido de “*sobrestamento do processo 0010898-91.2014.5.15.0114 até final deslinde do presente Mandado de Segurança*” (Id c815ce4).

É o relatório.

VOTO

1. Do cabimento

Atendidos os pressupostos processuais, é cabível a ação mandamental, ressaltando-se o entendimento jurisprudencial majoritário, consubstanciado no item II da Súmula n. 414 do C. TST, pois nos termos do art. 1º da Lei n. 12.016/2009 o mandado de segurança visa proteger direito líquido e certo, violado ou sob ameaça de violação, *in verbis*:

Súmula n. 414 do C. TST: “MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 50, 51, 58, 86 e 139 da SBDI-2) – Res. n. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.8.2005.

(...)

II – No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. (ex-OJs ns. 50 e 58 – ambas inseridas em 20.9.2000).”

Art. 1º da Lei n. 12.016/2009: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

2. Do Mérito

A princípio é importante ressaltar que a análise do mandado de segurança se restringe à verificação da ilegalidade ou abusividade da decisão que concedeu a antecipação da tutela na ação coletiva 0010898-91.2014.5.15.0114, não podendo abranger questões que envolvam o mérito da ação em que foi proferido o ato impugnado, sob pena de extrapolação dos estreitos limites desta ação constitucional, conforme estabelecem os artigos 5º, LXIX, da Constituição Federal e 1º da Lei n. 12.016/09.

Da narrativa prefacial da presente ação mandamental depreende-se que o impetrante alega representar os carregadores de hortifrutigranjeiros e pescados que atuam como autônomos na CEASA — CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S.A.

Realizada consulta ao sítio do Ministério do Trabalho e Emprego na rede mundial de computadores, depreende-se que o impetrante representa a categoria profissional dos carregadores autônomos de hortifrutigranjeiros e pescados, que exercem suas atividades no âmbito ou junto a qualquer central de abastecimento de alimentos, vinculadas aos governos federal, estaduais, municipais, bem como cooperativas ou iniciativa privada, enquanto o litisconsorte representa os trabalhadores empregados ou avulsos, não portuários marítimos na movimentação de mercadorias.

Inicialmente imperioso consignar que a Constituição Federal de 1988 em nenhum momento vedou a possibilidade do trabalho autônomo, ao garantir o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão como direito fundamental (artigo 5º, XIII).

Segundo as lições de Maurício Godinho Delgado “trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços”, em que “a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar” (in *Curso de Direito do Trabalho*. DELGADO,

Maurício Godinho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 336).

O trabalhador avulso, por seu turno, “*oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles*”. Explica o ilustre doutrinador que o que caracteriza o trabalhador avulso é “*a circunstância de sua força de trabalho ser ofertada no mercado específico em que atua... através de uma entidade intermediária*. Esse ente intermediador é que realiza a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço... Essa entidade intermediária é que arrecada o valor correspondente à prestação de serviços e perfaz o respectivo pagamento ao trabalhador envolvido” (in *Curso de Direito do Trabalho*. DELGADO, Maurício Godinho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 342, g. n.).

Em sede infraconstitucional, a Lei n. 12.023/2009 veio disciplinar a prestação de trabalho avulso nas atividades de movimentação de mercadorias, estabelecendo os artigos 1º e 3º, *in verbis*:

“Art. 1º As atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos, para os fins desta Lei, são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para execução das atividades.

Parágrafo único. A remuneração, a definição das funções, a composição de equipes e as demais condições de trabalho serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores avulsos e dos tomadores de serviços.

Art. 3º As atividades de que trata esta Lei serão exercidas por trabalhadores com vínculo empregatício ou em regime de trabalho avulso nas empresas tomadoras do serviço”. (g. n.)

Ao apreciar o pleito na ação civil coletiva 0010898-91.2014.5.15.0114, o Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Campinas proferiu o ato ora impugnado nos seguintes termos:

“Com relação à antecipação dos efeitos da tutela, verifica-se da leitura do próprio regulamento da reclamada, notadamente Capítulo 11, artigos 78 a 96, que as operações de carga e descarga e a movimentação de mercadorias na reclamada somente poderão ser executadas pelos empregados da permissionária e pelos **carregadores autônomos, devidamente cadastrados no Ceasa/Campinas**, competindo a Ceasa disciplinar a adoção do sistema de carregadores autônomos.

De acordo com o capítulo mencionado, os carregadores serão cadastrados; deverão portar a identificação fornecida pela Ceasa; deverão exercer suas atividades obrigatoriamente com uniforme indicado pela Ceasa; o cadastramento será cancelado no caso de decisão judicial a respeito de vínculo de emprego; deverão usar equipamentos em bom estado de conservação; a Ceasa poderá estabelecer locais para guarda e conservação dos carrinhos e equipamentos, proibida a guarda em local diverso; os carrinhos devem ser de propriedade do carregador, padronizados e numerados; é vedado aos carregadores valerem-se de pessoas não cadastradas ou estranhas ao serviço para auxiliá-los nas atividades, sob pena de aplicação de penalidades e que a Ceasa poderá estabelecer tabelas de preços máximos de serviços.

Evidente que compete à Ceasa organizar o modo de trabalho dentro de sua área, entretanto, também é certo que trata-se de uma sociedade de economia mista, adstrita aos princípios do artigo 37, da Constituição, dentre eles os da legalidade e moralidade e às demais regras pertinentes a esta modalidade empresarial, inclusive a investidura mediante prévia aprovação em concurso público.

Desta forma, decide-se rejeitar de plano o pedido de reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores substituídos e a reclamada, já que tal pedido esbarra na exigência constitucional do concurso.

Não obstante, é incontroverso que os trabalhadores substituídos laboram em atividades de movimentação de mercadorias, disciplinada na Lei n. 12.023/2009, que estabelece, em seu artigo 3º, que tais atividades serão exercidas por trabalhadores com vínculo empregatício ou em regime de trabalho avulso.

Por todo o exposto, considerando: que o pedido é de contratação dos trabalhadores, seja como empregados seja como avulsos; que a reclamada não nega que possui trabalhadores na movimentação de cargas laborando em seu interior sem o atendimento à Lei n. 12.023/2009; que a reclamada realiza toda a direção dos trabalhos desenvolvidos pelos movimentadores/carregadores; que a ré deve estrita observância ao princípio da legalidade (artigo 37, da Constituição Federal); a falta de qualquer evidência de que EPIs são entregues aos movimentadores de carga/carregadores e o fundado receio de dano de difícil reparação, já que os bens tutelados possuem natureza alimentar, decide-se: **ACOLHER O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA**, para que a reclamada cumpra o quanto disposto na Lei n. 12.023/2009 e, assim, **promova a contratação dos movimentadores de carga, como avulsos, com a participação do sindicato, garantindo-se aos trabalhadores o pagamento das verbas trabalhistas pertinentes, tais como FGTS, 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e DSR. A providência deverá ser tomada no prazo de dez dias de quando intimada a tanto, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) por trabalhador não contratado, limitada a R\$ 20.000,00.”** (Id 67f14fe).

Pois bem.

Conforme alhures ressaltado, a Lei n. 12.023/2009 disciplinou as atividades de movimentação de mercadorias, quando ocorrem mediante vínculo empregatício ou em regime de trabalho avulso, estabelecido “por meio de

acordo ou convenção coletiva” decorrente de negociação entre os tomadores do respectivo serviço e o sindicato representativo da categoria, que passará a atuar como intermediário, inclusive para fins de “remuneração, definição de funções e composição de equipes”.

Destarte, a decisão ora atacada, ao transmutar a possibilidade legal de negociação e determinar de forma obrigatória a adoção do regime de trabalho avulso, com vedação ao exercício do trabalho autônomo, violou direito líquido e certo daquele trabalhador que quer exercer sua profissão de forma autônoma, sem intermediação do sindicato, assim infringindo a diretriz constitucional estabelecida no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”

Por outro lado, como bem pontuou a d. Procuradoria em seu Parecer, *“parte dos efeitos da antecipação de tutela concedida na origem deve se estender aos trabalhadores especificamente no que concerne à entrega dos equipamentos de proteção individual necessários para o desenvolvimento de suas tarefas. Tal entendimento decorre do fato que, em se tratando de proteção do meio ambiente, aqui incluído o meio ambiente de trabalho, por força dos artigos (art. 225 e art. 200, VIII, da CF) deve o intérprete se atentar ao princípio da máxima efetividade da Constituição, de modo a promover a proteção integral do direito à saúde, como instrumental ao próprio direito à vida. Ademais, diante da proteção ampla esculpida no texto constitucional, vige aqui o que a doutrina passou a chamar de ‘trabalho sem adjetivo’, o que quer dizer que qualquer trabalhador, seja ele empregado ou autônomo, goza do direito constitucional a um meio ambiente de trabalho seguro, independentemente do ‘rótulo’ que se lhe atribua”*. (Id 0cbc7f5).

No mesmo sentido a liminar concedida no Mandado de Segurança 0007018-11.2015.5.15.0000, relativa ao mesmo ato

apontado como coator, ao consignar que *“17) Ainda que as matérias discutidas na lide sejam complexas e devam ser amadurecidas para que possam ser decididas, a saúde e a segurança dos trabalhadores têm que ser preservadas independente e inexoravelmente. 18) E nesse ponto a impetrante não se exime de responsabilidade, pois, como administradora de espaço público, tem o dever de fiscalizar o uso dos devidos equipamentos de proteção, garantindo a segurança dos que ali prestam seus serviços, seja a que título for”*.

Com efeito, a redução dos riscos inerentes ao trabalho detém garantia constitucional estabelecida no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal, de sorte que a CEASA — CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S.A. é responsável pela manutenção de ambiente de trabalho adequado a todos, independentemente da natureza jurídica do vínculo mantido com os trabalhadores na movimentação de mercadorias, como preceitua a referida norma, que disciplina os direitos fundamentais trabalhistas, *in verbis*:

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

(...)

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (g. n.)

Importante consignar que a garantia ao ambiente de trabalho seguro pode ser considerada tanto como direito fundamental de segunda quanto de terceira dimensão. Desse modo, em relação ao fornecimento de equipamentos de proteção individual necessários ao desempenho da atividade laboral, não há como permitir a distinção de tratamento entre trabalhadores avulsos, empregados ou autônomos que atuam no mesmo local, sob pena de violação aos princípios da igualdade e solidariedade, pois o autônomo também tem direito ao trabalho decente, ou seja, aquele em que as normas de saúde e segurança são respeitados, o que obviamente inclui a entrega dos necessários EPIs.

Registre-se, neste contexto, as lições de Paulo Gustavo Gonet Branco, ao explicitar que os direitos de segunda dimensão “*dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.*”. Lastreados no princípio constitucional da igualdade são chamados “*direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social*”, enquanto os direitos de 3ª dimensão “*são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos. Tem-se aqui o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural*” (in *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137-138).

Com efeito, a redução dos riscos inerentes ao trabalho e a garantia de meio ambiente saudável no local da prestação laboral visam preservar a saúde, segurança, higidez física e mental de todos os trabalhadores, independentemente da natureza do vínculo contratual existente, de sorte que, por sua importância, desbordam os limites da 2ª dimensão para constituir-se também em direito de 3ª dimensão, que se interpenetram na formação de um núcleo essencial, garantidor da dignidade daquele que trabalha, assim balizando a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, conforme dispõe o *caput* do artigo 7º da Constituição Federal.

Destarte, deve ser mantida a antecipação da tutela relativa ao fornecimento dos equipamentos de proteção individual a todos os trabalhadores que atuam na CEASA — CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S.A., inclusive no que tange à cominação de multa em caso de descumprimento da obrigação de fazer.

Quanto ao requerimento de intervenção no processo 0010898-91.2014.5.15.0114 (letra “e” do rol de pedidos da inicial), não há como acolher a pretensão, pois extrapola

os estreitos limites da ação mandamental, na medida em que existem meios processuais adequados à defesa do direito.

Por fim consigne-se que, em petição apresentada em 4.3.2016, o requerente reiterou o pedido de “*sobrestamento do processo 0010898-91.2014.5.15.0114 até final deslinde do presente Mandado de Segurança*” (Id c815ce4), o que se mostra desnecessário ante os termos da liminar anteriormente concedida e fundamentos ora expendidos.

Destarte, decido **conceder parcialmente a segurança** para, mantendo o fornecimento dos equipamentos de proteção individual a todos os trabalhadores que atuam na CEASA — CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S.A., **independentemente da natureza jurídica do vínculo contratual, determinar** que a antecipação de tutela relativa à forma de contratação e garantia do pagamento das verbas trabalhistas fique restrita aos empregados e avulsos nos termos da Lei n. 12.023/2009, não alcançando os carregadores autônomos.

POR TAIS FUNDAMENTOS, reputo **cabível** a presente ação mandamental e decido **conceder parcialmente a segurança** para, mantendo o fornecimento dos equipamentos de proteção individual a todos os trabalhadores que atuam na CEASA — CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S.A., **independentemente da natureza jurídica do vínculo contratual, determinar** que a antecipação de tutela relativa à forma de contratação e garantia do pagamento das verbas trabalhistas fique restrita aos empregados e avulsos nos termos da Lei n. 12.023/2009, não alcançando os carregadores autônomos.

Tratando-se de ação mandamental parcialmente procedente, não há recolhimento de custas processuais.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Desembargadora do Trabalho
Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Processo: RO 0001421-11.2014.5.12.0055

Recorrentes: Carbonífera Catarinense Ltda.

Braz Citadin

Recorridos: Braz Citadin

Carbonífera Catarinense Ltda.

Origem: 4ª Vara do Trabalho de Criciúma – SC

Acórdão:

- **PRESCRIÇÃO TOTAL DO DIREITO DE AÇÃO. AFASTAMENTO. MATÉRIA DE DIREITO. PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE PROSPECÇÃO DO MÉRITO PELO JUÍZO AD QUEM. ART. 1.013, §§ 3º e 4º, DO CPC DE 2015. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA NO PROCESSO DO TRABALHO (ART. 769 DA CLT).** Afastada a prescrição total do direito de ação decretada em 1º grau e abarcando o feito tão somente matéria de direito, cabe ao Juízo *ad quem* prospectar o mérito desde logo, consoante dispõe a teoria da causa madura, inserta no art. 1.013, §§ 3º e 4º, do CPC de 2015, regra cuja aplicação é realizada de forma subsidiária ao processo do trabalho em face de lacuna normativa e não incompatibilidade (art. 769 da CLT).

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 4ª Vara do Trabalho de Criciúma, SC, sendo recorrentes **1. CARBONÍFERA CATARINENSE LTDA** e **2. BRAZ CITADIN** e recorrido **1. BRAZ CITADIN, 2. CARBONÍFERA CATARINENSE LTDA**.

Inconformados com a sentença das fls. 782-5, verso, que julgou procedente em parte a ação, recorrem as partes a este Tribunal.

Nas razões de recurso das fls. 787-90, verso, pretende a demandada eximir-se da condenação ao pagamento do valor relativo aos salários do período correspondente entre a alta previdenciária e o término da garantia previdenciária.

O autor, nas razões de apelo das fls. 793-9, verso, pretende seja afastada a prescrição

imposta pelo Juízo em relação aos pedidos de reparação civil pelo acidente de trabalho e, por consequência, pede a condenação da ré ao pagamento das indenizações vindicadas. Pugna, também, pelo acolhimento dos pedidos relativos às horas *in itinere*, ao intervalo intrajornada, à indenização por dano moral, à pensão mensal vitalícia, bem como o pagamento do FGTS sobre as verbas deferidas, multa prevista no art. 477 da CLT, acréscimo de 50% nas verbas rescisórias, na forma prevista pelo art. 467 da CLT, o pagamento de indenização decorrente de eventual diferença de alíquota de imposto de renda, o pagamento, pela ré, da totalidade das contribuições previdenciárias (cotas-partes do empregado e do empregador) e, por fim, os honorários advocatícios.

Contrarrazões recíprocas pelas partes, sendo as do autor apresentadas nas fls. 802-5, verso, e as da ré, nas fls. 808-14.

Os recursos foram admitidos nos termos da decisão interlocutória da fl. 815.

É o relatório.

VOTO

Atendidas as formalidades legais, conheço dos recursos e das contrarrazões.

MÉRITO

1 – RECURSO DA DEMANDADA INDENIZAÇÃO. SALÁRIOS DO PERÍODO CORRESPONDENTE ENTRE A ALTA PREVIDENCIÁRIA (11/07/2014) E O TÉRMINO DA GARANTIA DE EMPREGO (11/07/2015)

Por constatar o Juiz de 1º grau que o autor estava sob benefício previdenciário na data em que foi dispensado (13.9.2012), bem como que teve alta previdenciária em 11.7.2014, condenou a demandada a pagar ao autor indenização do valor correspondente aos salários do período compreendido entre a alta previdenciária (11.7.2014) e o término da garantia de emprego (11.7.2015).

Inconformada, pretende a ré eximir-se da referida condenação. Alega que quando da dispensa o autor se encontrava em alta do benefício previdenciário, espécie 31, não se podendo afirmar que os efeitos do contrato de trabalho estavam suspensos. Argumenta que em janeiro de 2012 o recorrido postulou a transformação do benefício espécie 31 para 91, o que foi indeferido, consoante decisão da fl. 706, e que desconhecia a existência de recurso administrativo interposto pelo autor em face da Autarquia Previdenciária; não foi possibilitado, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Não lhe assiste razão.

É fato incontroverso nos autos, devidamente comprovados pela abundante documentação apresentada pelo INSS, que em 26.8.2011 foi deferido ao autor o benefício auxílio-doença

previdenciário, benefício este, que após interposição de recurso pelo segurado (autor), foi transformado para auxílio-doença acidentário (fls. 690-721).

Verifico no documento juntado pelo autor na fl. 49 que o sindicato representante da categoria dos trabalhadores informou à empresa demandada, em 24.9.2012, que o autor era detentor de garantia de emprego, em virtude do acidente de trabalho sofrido junto àquela, e em face das sequelas e sofrendo redução da sua capacidade laborativa, tendo sido reabilitado pelo órgão previdenciário, não poderia o trabalhador ser dispensado. Dessa forma, não há como a empresa alegar desconhecimento da garantia de emprego notificada.

O art. 118, da Lei n. 8.213/91 estabelece que o segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

O documento juntado na fl. 665 comprova que o postulante esteve em benefício auxílio-doença por acidente de trabalho (código 91) durante o período de 10.9.2011 a 11.7.2014, de forma que ao ser despedido, em 13.9.2012, os efeitos do contrato de trabalho estavam suspensos, havendo impossibilidade de utilização do direito potestativo de dispensa.

Diante disso, escorreita a sentença que reconheceu a garantia provisória de emprego ao autor até 11.7.2015, e condenou a demandada ao pagamento da indenização do valor correspondente aos salários no período entre a alta previdenciária (11.7.2014) e o término da garantia (11.7.2015).

Nego provimento ao recurso da ré, mantendo incólume a sentença no que aqui pertine.

2 – RECURSO DO AUTOR

2.1 – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO

O Juiz de 1º grau, por entender tratar-se de naturezas civis as matérias e pedidos constantes

na inicial, reputou aplicável ao caso dos autos a prescrição prevista na Lei Civil (art. 206, § 3º, inc. V, do CCB), e em consequência julgou extintos com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inc. II, do CPC, os pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes da perda auditiva, bem como as pretensões relativas ao acidente de trabalho.

Inconformado, pleiteia o autor a reforma da sentença no tocante. Alega que o prazo de prescrição para o ajuizamento de ação de indenização por acidente de trabalho tem início quando a vítima tem ciência do dano e pode avaliar sua real extensão e as consequências maléficas dele decorrentes, nos termos da Súmula n. 278 do STJ. Defende que, de acordo com os documentos apresentados pelo INSS, em 26.8.2011 foi-lhe deferido o benefício auxílio-doença previdenciário, tendo sido convertido para auxílio-doença acidentário, logo, a partir de então foi que se consolidaram os efeitos da lesão decorrente do propalado acidente de trabalho; não há, pois, falar em prescrição diante da ação sido proposta em 23.4.2014.

Embora afeta à competência desta Justiça Especializada (art. 114, inc. VI, CF), a matéria concernente às indenizações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho reveste-se de indiscutível natureza civil, motivo por que atrai a incidência do prazo prescricional previsto no Código Civil: a competência da Justiça do Trabalho decorre exclusivamente da relação direta entre o contrato de trabalho e o suposto ilícito patronal responsável pelos abalo moral e prejuízo material denunciados na exordial (“decorrentes da relação de trabalho”: art. 114, inc. VI, CF), não vinculando o direito material aplicado ao caso concreto.

Quanto à natureza da pretensão (civil e não trabalhista), já decidiu o TST:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida a tal título em lide cujo trâmite se deu na Justiça

do Trabalho, não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a lide não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista. A circunstância de o fato gerador do crédito de natureza civil ter ocorrido na vigência do contrato de trabalho, e decorrer da prática de ato calunioso ou desonroso praticado por empregador contra trabalhador não transmuta a natureza do direito, uma vez que o dano moral se caracteriza pela projeção de um gravame na esfera da honra e da imagem do indivíduo, transcendendo os limites da condição de trabalhador do ofendido. Dessa forma, aplica-se, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no artigo 177 do Código Civil, em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos. (TST-E-RR-08871/2002-900-02-00.4 – Relator: Ministro Lélío Bentes Corrêa. Publicado no DJU de 5.3.04) (sublinhei)

O art. 177 do vetusto CC de 1916 impunha a prescrição de vinte anos (vintenária) para as ações pessoais, nelas englobadas as demandas relacionadas à reparação civil por danos morais e materiais. Com a entrada em vigor do novo CC em 12.01.03 (art. 2.044 do CC c/c art. 8º, § 1º, da Lei Complementar n. 95/98), o prazo prescricional aplicável foi reduzido para três anos (art. 206, § 3º, inc. V, CC).

Todavia, por razões de política judiciária e por amor aos princípios da economia e da celeridade processuais, curvo-me à jurisprudência que vem sendo sedimentada no TRT barriga-verde e no TST acerca da aplicação da prescrição quinquenal também em relação aos pleitos decorrentes de acidentes do trabalho, típicos ou atípicos (responsabilidade civil).

Tratando-se de ato do empregador, capaz de gerar danos morais e materiais, a prescrição tem na data da ciência dos efeitos nefastos do ato comissivo ou omissivo patronal — ciência

inequívoca da incapacidade laboral, no caso — o seu *dies a quo*, devendo o titular do direito substancial exercer o direito público subjetivo de ação no prazo de cinco anos.

Assim, como o autor tomou ciência inequívoca da sua incapacidade laboral em 8.10.2010 (comunicação da decisão de deferimento do benefício auxílio-doença acidentário), foi dispensado em 13.9.2012 (fls. 19 e 47) e ajuizou a ação em 23.4.2014, não há falar em prescrição das pretensões relativas aos pleitos de indenização por danos morais e materiais.

Dou provimento ao recurso do autor, no tópico, para afastar a prescrição declarada em relação às pretensões de pagamento de indenização por danos morais e materiais.

2.2 – HORAS IN ITINERE

Com fundamento no que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT, bem como na Súmula n. 90, do TST, pugna o autor pela condenação da ré ao pagamento das horas *in itinere*.

Alega na inicial que durante toda a contratualidade realizou o trajeto entre sua casa e o local de trabalho com ônibus cedido pela empresa, pois a distância entre a sua residência e o local de trabalho era de aproximadamente 10 km. Argumenta que quando o empregador fornece o transporte para o empregado ir de casa para o trabalho e retornar do trabalho para a sua casa, porque não há transporte público regular na região, o tempo gasto nas horas de trajeto deverá ser computado como hora extra.

A ré, em sua peça de resistência, salienta que ficou acertado mediante CCTs que o fornecimento de transporte gratuito aos seus empregados é uma comodidade, pois tratam-se de locais servidos de transporte público, devendo ser respeitadas as normas pactuadas entre as partes.

De início ressalto que tenho prestigiado as fontes autônomas de direito do trabalho diante do princípio da autodeterminação coletiva (art. 7º, inc. XXVI, CF). Contudo, há um limite para isso.

Na esteira do entendimento do TST, a previsão normativa de desconsideração das horas *in itinere* carece de validade, porquanto a partir da introdução do § 2º ao art. 58 da CLT, pela Lei n. 10.243/2001, essas horas passaram à categoria de direito indisponível dos trabalhadores, garantido por norma de ordem pública, não se admitindo, portanto, a supressão da parcela mediante negociação coletiva.

Desse modo, malgrado haja previsão normativa em sentido contrário, a condenação ao pagamento das horas *in itinere* merece ser acolhida se atendidos os requisitos consignados no art. 58, § 2º, da CLT e na Súmula n. 90 do TST.

No caso, o fornecimento do transporte aos empregados é incontroverso. É também incontroverso que o custo desse transporte era suportado integralmente pela ré.

De outro norte, ao defender a demandada que está situada em local de fácil acesso e servido por transporte público, atraiu para si o ônus da prova a esse respeito (arts. 818 da CLT, c/c 373, inc. II, do CPC – art. 333, inc. II, CPC/1973). No entanto, desse encargo não se desincumbiu.

Está noticiado nos autos que o autor reside no município de Lauro Muller-SC e trabalhou no centro dessa unidade e que, durante toda a contratualidade utilizou transporte fornecido pela ré.

Não obstante a empresa estar localizada em local de fácil acesso (perímetro urbano da cidade de Lauro Muller), a ré não demonstrou a compatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular, o que induz à veracidade da tese autoral de que residia a 10 km da sede da empresa.

O compromissado ouvido a convite do autor afirmou [...] *que o autor deslocava-se do ponto até a empresa por meio de ônibus fornecido pela ré, assim como o retorno; o autor residia em torno de 9 a 10 km distante da mina onde ele trabalhava; do ponto onde o autor tomava o ônibus, fica em torno de 5km;*

o depoente tomava o mesmo ônibus do autor; o depoente subia no ônibus antes do autor na ida; o depoente também retornava com o ônibus; do ponto do autor até a empresa levava em torno de 30 minutos de ônibus, “já que tinha bastante paradinhas para pegar os outros funcionários”; para retorno gastava igual tempo, ou seja, 30 minutos de ônibus [...].

O fato de o autor ter conhecimento do local onde deveria prestar trabalho, em tese de fácil acesso, não transmuta essa realidade.

Destaco, por fim, que a matéria já é objeto de súmula por este tribunal barriga-verde:

Súmula 71: HORAS IN ITINERE. TRANSPORTE FORNECIDO PELO EMPREGADOR. NORMA COLETIVA EXCLUINDO-AS DO CÔMPUTO DA JORNADA DE TRABALHO. INVALIDADE. As horas ‘*in itinere*’ representam tempo à disposição do empregador e são protegidas por normas de ordem pública (CLT, arts. 4º e 58, § 2º e Súmula n. 90 do TST), infensas à flexibilização pela via da negociação coletiva. (*sic*)

Por conseguinte, condeno a ré ao pagamento de uma hora por dia trabalhado, como extras, acrescidas do adicional legal ou convencional — o que for mais benéfico —, com reflexos em repouso semanal remunerado, natalinas, férias acrescidas do terço constitucional e depósitos do FGTS.

2.3 – INTERVALO INTRAJORNADA

Objetiva o autor a condenação da ré ao pagamento do intervalo intrajornada, pois alega que os cartões-ponto anexados aos autos foram por ele impugnados, pois demonstram jornada diversa da efetivamente realizada, usufruindo, na maioria das vezes, lapsos de quinze a trinta minutos de intervalo.

Não há como acolher a pretensão recursal no tocante.

Verifico da análise dos cartões-ponto referentes aos dias trabalhados (nos quais o autor não estava em benefício previdenciário), que há o registro do intervalo diário de uma hora (fls. 360-5). Ainda que a referida prova tenha

sido impugnada pelo autor, ele não se desonerou do ônus de desconstituí-las.

Mantenho a sentença que indeferiu o pleito de intervalo intrajornada.

Nego provimento ao recurso no aspecto.

2.4 – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Persegue o autor a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Alega ter sido vítima de acidente típico de trabalho, de acordo com o previsto no art. 19, *caput*, da Lei n. 8.213/91. Argumenta que a farta documentação acostada aos autos comprova a existência de nexo de causalidade entre o acidente ocorrido e a lesão que o acomete, destacando que na sentença proferida nos autos da ação previdenciária n. 087.10.001419-0, movida por ele em face do INSS, a magistrada julgou procedente o pedido e condenou a autarquia a implantar o benefício acidentário ao recorrente, decisão que foi confirmada pela instância revisora.

O Magistrado de 1º grau declarou prescritos os pedidos decorrentes do propalado acidente de trabalho e julgou extinta a ação com resolução do mérito nos termos do art. 487, inc. II, do CPC em relação à matéria.

A questão relativa ao afastamento da prescrição declarada em 1º grau já foi abordada no subitem 2.1 deste recurso.

No que tange à determinação ou não do retorno dos autos à origem para julgamento dos pedidos, aplica-se à espécie o que dispõe o art. 1.013, §§ 3º e 4º, do novo CPC, consoante previsão do art. 769 da CLT, já que existente lacuna normativa e não incompatibilidade:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: [...]

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal,

se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau. (Sublinhei).

No caso sob análise os pedidos de mérito declarados prescritos (indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho) estão em condições de julgamento.

Com efeito, possível ao Tribunal *ad quem* apreciar as matérias não analisadas pelo Juízo *a quo*, com base na teoria da causa madura, haja vista o pedido versar somente sobre questão de direito e encontrar-se em plenas condições de prospecção imediata do mérito, não carecendo de produção de outras provas além daquelas já constantes nos presentes autos.

Em suma: afastada a prescrição total do direito de ação decretada em 1º grau em relação a estes pedidos, cabe ao Juízo *ad quem* prospectar o mérito desde logo, consoante dispõe a teoria da causa madura, inserta no art. 1.013, §§ 3º e 4º, do CPC de 2015, regra cuja aplicação é realizada de forma subsidiária ao processo do trabalho em face de lacuna e não incompatibilidade (art. 769 da CLT).

Passo à análise do mérito.

São incontroversos o nexo causal e o dano sofrido pelo trabalhador. A ocorrência do acidente típico de trabalho está robustamente comprovada nos autos por meio dos documentos trazidos pelo autor, inclusive com a emissão da CAT (fl. 26), além dos inúmeros exames médicos e de imagem, atestados médicos e da percepção do benefício auxílio-doença acidentário (fls. 66-199 e 201-21).

Verifico que a atividade da ré de extração de carvão mineral (pesquisa, lavra, beneficiamento e comercialização de carvão mineral nas várias classificações, prestação de serviços de drenagem e terraplanagem, dentre outros — contrato social da fl. 227) possui grau de risco 3, conforme previsto na Classificação Nacional das Atividades Econômicas – CNAE, constante do Anexo I da NR-4 da Portaria n. 3.214/78, o que atrai para si a responsabilidade objetiva,

nos termos do parágrafo único do art. 927 do CC, do Enunciado n. 46 do 1º Fórum de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho de Santa Catarina e do Enunciado n. 42 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.

Com efeito, o empregador que empreende atividade de risco responde objetivamente pelo dano decorrente de acidente laboral, na forma do art. 927, parágrafo único, do CC. Registro que o rol de direitos especificados no art. 7º da CF é meramente exemplificativo, sendo permitido ao legislador ordinário acrescentar outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador e do seu adequado meio ambiente de trabalho (CF, arts. 200, inc. VIII, e 225, § 3º). Assim, o *caput* do art. 7º da Lei Maior garante a inclusão de outros direitos que tenham por norte a ampliar as condições sociais do trabalhador, de forma que o previsto em seu inc. XXVIII não constitui óbice à aplicação da responsabilidade objetiva prevista no art. 927 do CC.

No caso dos autos, executando atividades de escavação no interior da mina de carvão, o autor sofreu dois acidentes de trabalho. Em maio de 2007 foi atropelado por um colega que estava dirigindo um MET. E em 20.9.2007, ao “bater c/ a marreta na cauda WAG-09-TU8 veio a sentir dor na região lombar” (fl. 26), o que resultou no afastamento em benefício previdenciário por longo período.

Com efeito, a par do risco oferecido pela atividade da ré, não há como deixar de considerar que as atividades praticadas no interior das minas de carvão oferecem risco acentuado ao trabalhador.

Insta salientar, ademais, que, não obstante o labor exercido em condições de risco, não há prova dos autos de que a ré dispusesse de programas efetivos para prevenção de acidentes, o que também configuraria a sua responsabilidade subjetiva pelo acidente configurado, nos termos do art. 2º da CLT e arts. 186 e 932, inc. II,

ambos do CC. Por certo, as medidas preventivas eventualmente tomadas pela demandada, não foram suficientes para evitar os acidentes ocorridos com o trabalhador, o que, por si só, denota a falha da empregadora.

A propósito, sequer há falar em culpa concorrente, porquanto ainda que a responsabilidade da ré não fosse objetiva, a sua culpa integral pelo infortúnio decorreria da ausência de capacitação efetiva do empregado e de fiscalização das medidas de segurança do trabalho, na forma do art. 157 da CLT.

No presente caso se configura a responsabilidade objetiva do empregador, tendo em vista, como já dito, que a atividade explorada pela ré apresenta alto risco para a vida e a integridade física do trabalhador, razão pela qual deve ser aplicado o disposto nos arts. 186 e 927 do CC.

A testemunha ouvida a convite do autor informou:

[...] em maio ou junho de 2007 o autor sofreu um acidente que ocorreu da seguinte forma: ele estava trabalhando e foi cruzar a galeria com um feixe de parafusos de teto nas costas e a máquina bateu nele “que pode-se dizer que foi um atropelamento”; o depoente estava trabalhando no dia do acidente, porém não estava presente no momento em que o autor foi atingido por um micro trator chamado MT; o depoente na época do acidente era o responsável pelo turno; assim que o autor foi atingido pela máquina, o depoente foi chamado, dirigiu-se até o local e constatou que o autor estava todo sujo, os parafusos espalhados e se queixando de dores nos braços e costas; na época, acredita que o autor já tinha dificuldades de audição, ou seja, uma redução auditiva; o autor tão logo o depoente chegou, foi encaminhado à enfermaria; no dia do acidente o autor não continuou trabalhando, “pois já era quase final do expediente”; o autor ficou sem trabalhar alguns dias ou semanas após o acidente, acreditando que o autor “ficou de atestado”; não tem condições de precisar

o tempo em que o autor permaneceu afastado; o autor retornou posteriormente ao trabalho, reafirmando que não lembra o tempo que o autor permaneceu afastado em função do acidente sofrido; em uma outra ocasião posterior, por volta de outubro de 2007, o autor foi quebrar pedra na cauda da correia, tendo reclamado que caiu e sentiu dores nas costas; o depoente não tem condições de informar se esta queda e as dores nas costas foram resultantes do primeiro acidente; após a ocorrência, acredita o depoente que o autor afastou-se diversas vezes, porém, quando retornava, reclamava que não se apresentava em condições para trabalhar, e reabria o benefício; no período de 2007 a 2009, o perito médico do INSS concedia ao autor 3 meses de licença previdenciária; quando do retorno o autor se queixava que não tinha condições de trabalhar e tentava o auxílio novamente [...].

Assim, além da responsabilidade objetiva da ré em razão dos riscos da atividade exercida pelo autor, o reconhecimento da culpa da ré por omissão, uma vez que não agiu no sentido de evitar eventuais lesões em seus empregados em razão dos riscos de sua atividade econômica, nos termos do art. 2º da CLT e arts. 186 e 932, inc. II, do CC, também configura a responsabilidade subjetiva pela lesão ao autor.

Assim sendo, reconheço a responsabilidade civil da empresa demandada pelos acidentes de trabalho ocorridos com o autor e os danos deles decorrentes, fato que resulta na obrigação de reparação do dano causado ao trabalhador pela empregadora.

Quanto ao valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral, esclareço que o arbitramento decorre do prudente arbítrio do julgador, não havendo taxação imposta pelo ordenamento jurídico.

É consabido que se reveste de extrema dificuldade a tarefa de quantificação da indenização para a compensação dos danos sofridos. Assim, na fixação do *quantum* indenizatório

deve o juiz proceder sob a égide dos critérios razoabilidade, do bom senso e da equidade, atendendo às circunstâncias de cada caso, tendo em vista, entre outros, a extensão e a intensidade do dano, culpabilidade, as posições social e econômica do trabalhador e do empregador, o comportamento do ofensor (antecedentes), a capacidade de absorção por parte da vítima e o aspecto pedagógico do valor fixado (evitar novos abusos).

Ademais, como preconiza Caio Mário da Silva Pereira, deve a compensação ser fixada em importância “nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

Conquanto entenda impossível mensurar o efetivo prejuízo derivado do infortúnio autoral, no caso em tela, por razões de decidir, observado o descrito nos autos, fixo em R\$ 10.000,00 a condenação a título de danos morais para o autor, valor este que entendo adequado às circunstâncias atinentes ao presente caso.

Por fim, ressalto que a atualização monetária e a incidência dos juros de mora devem ser procedidos conforme o disposto na Súmula n. 439 do TST. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.

2.5 – PENSÃO MENSAL VITALÍCIA

Sob a alegação de que ficou demonstrado nos autos a sua incapacidade laborativa, tendo sido deferido o benefício auxílio-acidente, aduz evidenciada a redução da sua capacidade laborativa em razão do acidente ocorrido, razão pela qual pede a condenação da ré ao pagamento de pensão mensal vitalícia.

O pedido de indenização por dano material (pensão mensal vitalícia) está fundado na alegada redução da capacidade laborativa decorrente dos acidentes de trabalho de que foi vítima o autor.

Submetidos os autos à apreciação de perícia médica, o perito médico analisou os fatos, as funções exercidas pelo autor, os acidentes de trabalho por ele relatados, os exames fornecidos

— todos eles listados no laudo pericial das fls. 480-9 —, sendo a conclusão do laudo no seguinte sentido (fl. 486, verso):

O reclamante sofreu acidente de trabalho típico que levou a incapacidade por tempo determinado.

A curva audiométrica, assim como o histórico da perda auditiva desde a infância não é compatível com PAIR (perda auditiva induzida por ruído). As alterações já existiam na audiometria admissional (folha 64).

Atualmente os exames físicos não são compatíveis com síndrome do túnel do carpo nem com radiculopatia. As queixas alegadas não têm respaldo em alterações objetivas do exame físico. A discopatia degenerativa presente nos exames de imagem, como exposto na discussão, é uma doença cuja etiologia primordial é o envelhecimento, acometendo de forma ampla a faixa etária que se encontra o reclamante.

Diante do exposto não há incapacidade laborativa total. Recomenda-se, entretanto, em face da idade e da discopatia degenerativa que o reclamante evite situações de sobrecarga na coluna. (*sic*)

Ao responder aos quesitos formulados pelo autor, por sua vez, o *expert* foi enfático ao consignar que o autor sofreu acidente de trabalho, não sendo possível afirmar que as alterações atuais decorram dos acidentes noticiados. Atestou o perito que o autor é portador de discopatia degenerativa, afirmando que não há qualquer incapacidade laboral, apenas recomendando, em razão da idade e da presença de discopatia degenerativa, restrições a esforços físicos extenuantes. Ao responder aos quesitos formulados pela ré, destacou o perito que a discopatia degenerativa possui diversos fatores etiológicos, sendo o envelhecimento natural o principal. Disse que o autor relata fazer acompanhamento médico atualmente, porém não comprovou periodicidade compatível com a intensidade das queixas, que não há incapacidade para a função reabilitada e

que provavelmente se trata de uma patologia decorrente de processo fisiológico de envelhecimento.

É certo que o julgador não está adstrito ao laudo pericial, tampouco às conclusões nele proferidas, podendo formar o seu convencimento por meio de outras provas produzidas nos autos que levem a entendimento diverso.

Contudo, no caso *sub judice* o autor não trouxe nenhum elemento que fosse capaz de infirmar as conclusões exaradas no laudo pericial.

O laudo foi conclusivo pela ausência de incapacidade laborativa, de forma que não há elemento fático a justificar o pagamento da pensão mensal requerida.

Ante o exposto, nego aqui provimento ao recurso.

2.6 – VERBAS A SEREM RECEBIDAS

Em que pese a redação de difícil compreensão que permeia o pedido versado no presente tópico recursal, quero crer que o recorrente pede o pagamento dos reflexos das verbas deferidas na presente ação, bem assim o FGTS devido sobre as referidas verbas. Pede, ainda, a condenação da ré ao pagamento da multa prevista no art. 477 da CLT e ainda o acréscimo de 50% sobre as verbas rescisórias, na forma prevista no art. 467 da CLT.

Quanto aos reflexos e FGTS referentes às verbas deferidas na presente ação, estes já foram objeto de condenação quando deferidas as parcelas sobre as quais cabiam tal incidência e repercussão. Portanto, nada a deferir neste particular.

Submetidas todas as postulações à contravérsia válida, não há campo para a aplicação da multa prevista no art. 467 da CLT. Ademais, não foram deferidas verbas rescisórias *stricto sensu*.

Por ausência suporte fático, nego provimento ao pleito de incidência da multa disposta no art. 467 da CLT.

O autor foi admitido em 25.5.2006 e dispensado sem justa causa em 13.9.2012. O pagamento das verbas rescisórias ocorreu no ato da homologação, no dia 21.9.2012, portanto, dentro do prazo legal estabelecido na al. “b” do § 6º do art. 477, da CLT, tendo o autor assinado o respectivo TRCT com a referida anotação de pagamento das referidas verbas rescisórias, conforme se observa do TRCT da fl. 47.

Nada a deferir no tópico. Nego provimento.

2.7 – IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

A sentença assim estabeleceu em relação aos descontos fiscais e previdenciários:

“Considerando as verbas deferidas, não há incidência de descontos fiscais e contribuições sociais.”

Contudo, a presente decisão revisora reconheceu a procedência parcial dos pedidos formulados pelo autor em seu recurso.

Dessa forma, autorizam-se os descontos fiscais e previdenciários, no que couber, com comprovação documental nos autos pela demandada, respeitadas as seguintes diretrizes: a) os cálculos serão realizados pelo mesmo órgão competente para a liquidação da sentença (contadoria do Juízo ou contador *ad hoc*); b) os descontos relativos ao Imposto de Renda Retido na Fonte serão calculados mensalmente (regime de competência), respeitadas as épocas próprias, as respectivas alíquotas, limitações, isenções, faixas salariais tributáveis e a diretriz presente na Orientação Jurisprudencial n. 400 da SBDI-1-TST, com posterior comprovação documental nos autos por ocasião do pagamento dos créditos do autor e c) as contribuições previdenciárias sobre as verbas de natureza salarial, obedecerão ao disposto no art. 22, § 2º, art. 28, § 9º, e art. 43, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.212/91, e no § 4º do art. 276 do Decreto n. 3.048/99, observando-se o disposto na OJ n. 363 da SDI-1 do TST e na Súmula n. 80 deste Tribunal.

E quanto à responsabilidade do trabalhador pela sua cota-parte, aplico o entendimento previsto na OJ n. 363 da SDI-1 do TST:

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.

Não há falar em dano ao autor pela aplicação da tabela progressiva prevista no art. 12-A da Lei n. 7.713/1988, que praticamente equivale ao regime de competência. Por isso, é descabida a tese de indenização embasada nos arts. 186 e 927 do CC.

Dou provimento parcial nos termos da fundamentação.

2.8 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No processo do trabalho, nas ações oriundas de vínculo de emprego, não incide o princípio da sucumbência. Somente se acolhido o benefício da assistência judiciária, gênero ao qual pertence a espécie honorários advocatícios, é que estes serão devidos (art. 14, *caput*, Lei n. 5.584/70; Súmulas ns. 219 e 329 do TST).

Desse modo, somente são devidos os honorários assistenciais se atendidos os requisitos previstos na Lei n. 5.584/1970, nas Súmulas ns. 219 e 329 do TST, e na OJ n. 304 da SDI-1 do TST, quais sejam, que (a) a parte esteja assistida pelo seu sindicato de classe e (b) que apresente a declaração de hipossuficiência econômica.

Ademais, nosso Regional editou a Súmula n. 67, nos seguintes termos:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970). TRT-SC/DOE Disponibilização: 4.9.2015 Data de Publicação: 08-09-2015

No caso, mesmo o autor tendo firmado declaração de hipossuficiência econômica nos autos (fl. 14), não se encontra assistido por advogado credenciado pelo sindicato da categoria profissional, o que constitui obstáculo para a concessão dos honorários advocatícios postulados.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso no particular.

Pelo que,

ACORDAM os membros da 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS**. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ**. Por maioria de votos, vencida, parcialmente, a Desembargadora Viviane Colucci, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO AUTOR** para: **a)** afastar a prescrição declarada em relação aos pedidos de indenização por danos morais e materiais; **b)** condenar a ré ao pagamento de uma hora extra por dia trabalhado, a título de horas *in itinere*, acrescidas do adicional legal ou convencional — o que for mais benéfico —, com reflexos em repouso semanal remunerado, natalinas, férias acrescidas do terço constitucional e FGTS; **c)** condenar a demandada ao pagamento de indenização por danos morais ao autor no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos na forma da Súmula n. 439, do TST; **d)** autorizam-se os descontos fiscais e previdenciários, no que couber, com comprovação documental nos autos pela

demandada, respeitadas as seguintes diretrizes: a) os cálculos serão realizados pelo mesmo órgão competente para a liquidação da sentença (contadoria do juízo ou contador *ad hoc*); b) os descontos relativos ao imposto de renda retido na fonte serão calculados mensalmente (regime de competência), respeitadas as épocas próprias, as respectivas alíquotas, limitações, isenções, faixas salariais tributáveis e a diretiva presente na Orientação Jurisprudencial n. 400 da SBDI-1-TST, com posterior comprovação documental nos autos por ocasião do pagamento dos créditos do autor e c) as contribuições previdenciárias sobre as verbas de natureza salarial, obedecerão ao disposto no art. 22, § 2º, art. 28, § 9º, e art. 43, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.212/91, e no § 4º do art. 276 do Decreto n. 3.048/99, observando-se o disposto na OJ n. 363 da SDI-1 do TST e na Súmula n. 80 deste

Tribunal. E quanto à responsabilidade do trabalhador pela sua cota-parte, aplicar o entendimento da OJ n. 363 da SDI-1 do TST. Alterar o valor da condenação para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Custas, pela ré, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 05 de outubro de 2016, sob a Presidência do Desembargador José Ernesto Manzi, a Desembargadora Viviane Colucci e o Juiz Convocado Narbal Antônio de Mendonça Fileti. Presente a Procuradora do Trabalho Ângela Cristina Pincelli.

**NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA
FILETI**

Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0010543-43.2014.5.15.0062

Recurso Ordinário

1º Recorrente: Alex Sandro Rodrigues

2º Recorrente: JBS S.A.

Origem: Vara do Trabalho de Lins – SP

Juíza Sentenciante: Elen Zoraide Módolo Jucá

Competência: 1ª Turma – 1ª Câmara

Acórdão:

- **MOTORISTA CARRETEIRO. TEMPO DE ESPERA. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. VALIDADE DO ADICIONAL DE 30%.**

O pagamento referente ao tempo de espera do motorista profissional detém nítida natureza salarial, como remuneração contraprestativa ao período em que o empregado fica aguardando para carregar/descarregar o veículo, ou submeter-se à fiscalização da mercadoria transportada. Entretanto, por se tratar de tempo peculiar de serviço à disposição, é válida a estipulação do adicional de 30%, em conformidade com o critério da especificidade adotado também para outras categorias profissionais como o sobreaviso/prontidão para os ferroviários (artigo 244 da CLT), sobreaviso do aeronauta (Lei n. 7.138/84) e sobreaviso dos que atuam no transporte de petróleo por meio de dutos (Lei n. 5.811/72). Interpretação sistemática da parte final do *caput* do artigo 4º da CLT com a redação conferida pela Lei n. 12.619/2012 ao artigo 235-C da CLT.

Inconformadas com a r. sentença (Id cfda639), que julgou **parcialmente procedentes** os pedidos, recorrem as **partes**.

O **reclamante** (Id c6bebf1) alega fazer jus a mais uma hora de intervalo intrajornada, totalizando duas horas diárias, com adicional de 50%, uma vez que a Origem já reconheceu a supressão parcial do tempo destinado ao almoço e ao jantar, considerando a jornada de 18h00 diárias. Pretende a majoração da condenação, com o pagamento da hora extra mais adicional em relação ao salário variável. Aduz que o prêmio produtividade integra

a remuneração e, portanto, não poderia ser reduzido, razão pela qual requer a condenação ao pagamento de diferenças. Impugna os horários lançados nos cartões de ponto relativos ao período posterior a 20.12.2013, requerendo o reconhecimento da jornada fixada pela sentença para o período anterior.

Contrarrazões (Id 865ace3).

A **reclamada** (Id 1e08bb1) sustenta que a partir de “meados de 2013” implementou o controle de jornada em cumprimento ao disposto na Lei n. 12.619/2012, sendo que, anteriormente, não havia qualquer fiscalização

dos horários de trabalho, de sorte que as horas extras eram quitadas em conformidade com o disposto em norma coletiva. Insurge-se contra a aplicação da Súmula n. 338 do C. TST. Alega que a jornada fixada extrapola os limites da razoabilidade e não considera as alegações do próprio autor, que reconheceu a jornada máxima de 12h00 nas viagens mais longas. Pugna pela exclusão da condenação ao pagamento de horas extras e, sucessivamente, pela fixação da jornada de trabalho das 07h00 às 19h00, com 01h00 de intervalo intrajornada. Caso mantida a jornada, requer o reconhecimento de fruição de 01h00 de intervalo intrajornada no período diurno e outra hora integral no período noturno, além do intervalo de 1h00 entre as jornadas e 04 folgas mensais, no mínimo. Aduz a impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 6.129/2012. Pretende a aplicação da Súmula n. 340 do C. TST, inclusive quanto ao divisor de horas extras.

Contrarrazões (Id dba0825).

Em cumprimento ao Regimento Interno deste TRT, não houve a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. Conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido **conhecer** os recursos.

2. Das matérias comuns aos recursos. Dos cartões de ponto. Da jornada de trabalho. Das horas extras. Das Súmulas ns. 338 e 340 do C. TST

O reclamante pretende a majoração da condenação ao pagamento de horas extras, aduzindo a invalidade dos cartões de ponto relativos ao período posterior a 20.12.2013 e postulando o reconhecimento da jornada de trabalho das 05h00 às 23h00, com 20 minutos de intervalo para almoço e jantar.

A reclamada, por seu turno, impugna a condenação ao pagamento do labor extraordinário,

alegando a inexistência de controle de jornada até 20.12.2013, respaldada por norma coletiva de trabalho, o que afasta a aplicação imediata da Súmula n. 338 do C. TST. Aduz que não existe qualquer elemento de prova capaz de respaldar a jornada fixada pela sentença. Pugna, caso não seja excluída a condenação ao pagamento de horas extras, que a jornada seja fixada das 07h00 às 19h00, com 01h00 de intervalo intrajornada, alegando, ainda, que os intervalos entre as jornadas foram sempre respeitados, inclusive com a concessão de 04 folgas mensais. Em relação ao tempo de espera insurge-se contra a inconstitucionalidade da Lei n. 6.129/2012. Por fim, requer a aplicação da Súmula n. 340 do C. TST também em relação ao divisor.

Pois bem.

No que tange à jornada, a sentença fixou o tempo de trabalho do reclamante no período de 7.10.2009 a 19.12.2013 de sábado a quinta-feira, das 05h00 às 23h00, com 20 minutos de intervalo para almoço e outros 20 minutos para o jantar, com folga às sextas-feiras. A partir de 20/12/2013 reconheceu a validade dos cartões de ponto.

Em audiência, o reclamante declarou que *“dirigia caminhão boiadeiro; o depoente carregava bois gordos nas fazendas em Mato Grosso do Sul, Goiás, Minas Gerais e Paraná para trazer para a unidade de Lins e boi magro do Rio Grande do Sul para trazer ao confinamento em Guaíçara... distância média das cidades acima elencadas é de 500 a 600 km da cidade de Lins; o depoente, geralmente, viajava em um dia, carregava na manhã seguinte e retornava a Lins; o tempo de carregamento, em média, era de 1h30 a 3h”* (Id 1fa4589).

O preposto afirmou que *“o motorista boiadeiro, geralmente, trabalha 10 horas por dia, incluindo as horas de espera, ressaltando a depoente que a jornada dependia para onde se dirige o motorista”* (Id 1fa4589).

A testemunha LUIZ CARLOS DINALLI FILHO explicou que *“a reclamada fornecia um*

caderninho aos motoristas, onde eram anotados, nome da fazenda, cidade, data de embarque, horário de embarque, horário de desembarque, nome do fazendeiro e destino do gado; o caderno possuía 3 vias, uma do fazendeiro, outra para o escritório da reclamada e a outra ficava com a nota fiscal... a via que era enviada ao escritório da reclamada era utilizada para aferição da quilometragem com o objetivo de calcular o prêmio por quilometragem; o preenchimento do caderno era obrigatório, porque era por ele que o motorista recebia prêmio... havia uma minuta que era entregue ao motorista em que constavam o endereço da fazenda, a rota, a quantidade de bois que seriam carregados e a hora em que o motorista deveria chegar na fazenda” (Id 1fa4589).

JOÃO ROBERTO DE OLIVEIRA também referiu que *“a reclamada fornecia dois cadernos aos motoristas, onde eram anotados, destino, dia de carregamento, km rodado; um dos cadernos possuía 3 vias, uma do fazendeiro, outra para o Frigorífico e outra ficava no caderno... o preenchimento do caderno era obrigatório... no caderno os motoristas anotavam o horário de carregamento e no curral era anotado pelo responsável pelo curral o horário da descarga” (Id 1fa4589).*

GERSON DOS SANTOS confirmou que *“a reclamada fornecia uma minuta de viagem (caderno com 3 vias) aos motoristas, onde eram anotados, horário de saída, horário de chegada na fazenda, quantos bois carregavam e a quilometragem, sendo uma via do fazendeiro, outra para o Curral e outra para o motorista, esclarecendo o depoente que quando chegava no curral, o ‘curraleiro’ anotava o horário de chegada no curral... o preenchimento do caderno era obrigatório” (Id 1fa4589).*

Neste contexto, considerando os depoimentos testemunhais e, notadamente o prestado pelo preposto, não há como acolher as alegações defensivas, restando inequívoco que a previsão constante da norma coletiva quanto ao pagamento de 50 horas extras fixas mensais

não remunerava as horas extras efetivamente prestadas pelo autor, cujo cumprimento a ré tinha como controlar.

Em relação à jornada LUIZ CARLOS DINALLI FILHO esclareceu que *“trabalhavam de segunda a sexta-feira, das 5h às 23h, esclarecendo que saíam sábado a tarde, por volta das 13h ou 14h para pernoitar na fazenda, para carregar no domingo, para trazer o boi para o abate na segunda-feira... viajava com o reclamante e pode afirmar que ambos usufruíam de 20 minutos de intervalo para refeição... normalmente rodavam por mês 15 mil km... em média, rodavam 400/500/600 km por dia... o tempo de carregamento variava entre 40 minutos e 3h, esclarecendo o depoente que quase nunca carregava sozinho e após carregar o seu caminhão, ajudava nos outros carregamentos; o peão da fazenda ajuda no carregamento até a porteira do caminhão e a partir daí a responsabilidade é do motorista; não é possível fazer o horário para refeição enquanto é feito o carregamento, porque os bois não são enviados todos de uma vez e o motorista precisa ficar arrumando cada compartimento e na carreta há seis porteiras” (Id 1fa4589).*

JOÃO ROBERTO DE OLIVEIRA declarou que *“trabalhavam de sábado a quinta-feira, das 5h às 23h; o depoente viajava com o reclamante e pode afirmar que ambos usufruíam de 20 minutos de intervalo para refeição... normalmente rodavam por mês 14500 a 15 mil km e de 800 a 1000 km por dia... o tempo de carregamento era variado porque se chegassem na fazenda e já carregassem demoraria 40 minutos, mas se houvesse outros caminhões, o tempo de carregamento seria maior... acontecia de terem que aguardar o peão separar o gado para carregar o caminhão; quando isso acontecia, poderia demorar de 2 a 3 horas, o que, em média, ocorria uma vez por semana” (Id 1fa4589).*

GERSON DOS SANTOS afirmou que *“trabalhavam de sábado a quinta-feira, das 5h às 23h; o depoente viajava com o reclamante e pode afirmar que ambos usufruíam de 20 minutos de*

intervalo para refeição... normalmente rodavam por mês 15 mil km e 800 km por dia... o tempo de carregamento, em média, era de 1h a 2h; acontecia de terem que aguardar o peão separar o gado para carregar o caminhão ou fazer a nota; muitas vezes chegavam às 7h e saíam da fazenda ao meio dia/13h” (Id 1fa4589).

ROGÉRIO LUIZ FERREIRA, testemunha trazida a Juízo pela reclamada, referiu que “na época do reclamante, a distância percorrida para carregamento de bois para Lins era de cerca de 400km; aconteceu do reclamante ir para outros estados buscar boi, como por exemplo Rio Grande do Sul, Goiás e Minas Gerais; o gado trazido do Rio Grande do Sul era para confinamento e de Goiás, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul, para abate; na época era comum o reclamante ir carregar no Rio Grande do Sul, acreditando o depoente que fizessem de 3 a 4 viagens por mês para lá; a viagem de ida e volta para o Rio Grande do Sul, demorava em média, 7 dias; na época do reclamante, acontecia do motorista ficar aguardando o gado na fazenda, como por exemplo, poderia estar marcado para carregar às 8h e o carregamento ocorrer às 10h ou 11h... o carregamento é realizado de domingo a quinta e os motoristas folgavam na sexta-feira; o depoente acredita que naquela época os motoristas trabalhassem das 8h às 20h” (Id 1fa4589).

Considerando o princípio da primazia da realidade, a prova oral produzida e os limites da lide, merece parcial reforma a sentença para fixar a jornada de trabalho do reclamante no período de 7.10.2009 a 19.12.2013 das 08h00 às 20h00, sendo 2h00 de espera (carga e descarga), com intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar e 01 folga semanal.

No que tange ao período de 20.12.2013 até a rescisão em 2.6.2014, os cartões de ponto revelam a anotação de jornada de trabalho variável, com concessão de pausas para alimentação e descanso, tempo de espera, folgas e outras intercorrências discriminadas em conformidade com a legenda contida na parte

inferior do documento, inclusive a prestação de horas extras (Id 1bd804b). Apesar de alegar, o reclamante não logrou demonstrar a irregularidade na marcação de ponto.

Assim, não comprovada a alegada invalidade dos controles de jornada, ônus processual que competia ao autor por se tratar de fato constitutivo do direito alegado (art. 818 da CLT e 373, I do CPC/2015), não há como acolher a pretensão recursal neste aspecto.

Deste modo, diversamente do aduzido pela reclamada, como não houve acolhimento integral da jornada declinada na prefacial, tendo sido fixados os horários de trabalho em conformidade com a prova dos autos, inexistente a alegada afronta à diretriz estabelecida pela Súmula n. 338 do C. TST.

A ficha financeira comprova o pagamento de horas extras com adicional de 50% e horas relativas ao tempo de espera com adicional de 30%, em conformidade com os horários anotados (Id 53bf65e).

Consigne-se que, embora tenha se referido à “inconstitucionalidade da Lei n. 6.129/2012” na verdade a reclamada manifestou seu inconformismo em face da decisão exarada pela Origem em relação à Lei n. 12.619/2012, notadamente quanto ao tempo de espera.

Em relação à natureza jurídica desta remuneração a sentença deve ser mantida, eis que o pagamento detém nítida natureza contraprestativa, pois visa remunerar o período em que o motorista fica aguardando para carregar/descarregar o veículo, ou submeter-se à fiscalização da mercadoria transportada.

Todavia, em relação ao adicional, em que a sentença afastou os 30% estabelecidos e determinou a adoção do mesmo percentual utilizado para a remuneração de horas extras, a recorrente tem parcial razão.

Com efeito, é preciso consignar que o tempo de espera, quando regularmente comprovado, configura período peculiar — como o sobre-aviso (cujas horas são remuneradas à razão

de 1/3 do salário-hora normal) e a prontidão (contadas à razão de 2/3 do salário-hora normal) do ferroviário (artigo 244 da CLT, §§ 2º e 3º) situação também reconhecida ao sobreaviso do aeronauta (12 horas – artigos 25 e 26 da Lei n. 7.183/1984 – 1/3 dos valores de hora de voo) e sobreaviso dos que atuam no transporte de petróleo por meio de dutos (artigos 5º e 6º da Lei n. 5.811/72 – salário mais adicional de 20%) – referente ao período em que o empregado está à disposição do empregador, de modo que nada impede que este critério de especificidade também seja observado quanto à remuneração do tempo de espera do motorista profissional, no que se refere ao pagamento do salário-hora + 30%, estando em consonância com a locução final do *caput* do artigo 4º da CLT, ao excepcionar “*disposição especial expressamente consignada*”.

Tal ocorre porque a Lei n. traçou clara distinção entre: a) o período dedicado ao trabalho efetivo — remunerando como extraordinárias as horas que extrapolarem o limite legal de 8 horas; b) o período de serviço efetivo — em que o empregado permanece em disponibilidade em benefício do empregador — prontidão, sobreaviso e, agora, tempo de espera.

Portanto, em relação ao adicional de 30%, não há que se falar em inconstitucionalidade, haja vista que sua finalidade difere daquela a que se propõe o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Em relação à parcela variável da remuneração, a reclamada pretende a aplicação da Súmula n. 340 do C. TST em relação ao divisor.

Entretanto, não tem razão, pois o prêmio por quilômetro rodado não detém natureza de comissão mas sim de gratificação ajustada, de sorte que não há que se falar em aplicação da Súmula n. 340 do C. TST, que disciplina situação jurídica diversa.

Portanto, decido **negar provimento** ao recurso do reclamante e **dar parcial provimento** ao recurso da reclamada para: **1)** fixar a jornada de trabalho do reclamante no período de

7.10.2009 a 19.12.2013 das 08h00 às 20h00, sendo 2h00 de espera (carga e descarga), com intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar e 01 folga semanal; **2)** excluir da condenação referente ao tempo de espera a determinação para utilização do mesmo adicional de horas extras, reconhecendo a validade do adicional de 30% estabelecido pela Lei n. 12.619/2012, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3. Demais matérias do recurso do reclamante

3.1. Do intervalo intrajornada

Conforme expendido no item 2 desta fundamentação, no período de 7.10.2009 a 19.12.2013 o reclamante cumpriu jornada com duração de 12h00, usufruindo intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar.

Assim, como a sentença já deferiu o pagamento de 01h00 pela supressão da pausa intercalar, acrescida de adicional e reflexos, não há respaldo legal para acolher a pretensão quanto ao deferimento de mais uma hora a tal título.

Em relação ao período de 20.12.2013 até a rescisão em 2.6.2014, escoreita a sentença que determinou a observância da jornada de trabalho anotada nos cartões de ponto, que registram a fruição de 01h00 a título de pausa para alimentação e descanso.

Destarte, nada há para ser reformado, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3.2. Do prêmio produtividade (prêmio por quilômetro rodado). Da redução salarial. Das horas extras sobre a remuneração variável. Da OJ n. 235 da SDI-I do C. TST

O reclamante alega que o artigo 235-G da Consolidação das Leis do Trabalho veda o pagamento de prêmio produtividade (prêmio

por quilômetro rodado), razão pela qual não há como limitar a condenação ao pagamento apenas do adicional de horas extras sobre a referida parcela.

Sustenta, ainda, fazer jus às diferenças salariais decorrentes da redução indevida do valor pago a título de prêmio por quilômetro rodado (prêmio produtividade).

Pois bem.

O artigo 235-G da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação vigente à época do contrato de trabalho do reclamante, dispunha, *in verbis*:

É proibida a remuneração do motorista em função da distância percorrida, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante oferta de comissão ou qualquer outro tipo de vantagem, se essa remuneração ou comissionamento comprometer a segurança rodoviária ou da coletividade ou possibilitar violação das normas da presente legislação. (g. n.)

Depreende-se do dispositivo citado que a vedação não é absoluta, mas apenas em caso de se verificar que a concessão de prêmio compromete a segurança rodoviária ou da coletividade.

A testemunha LUIZ CARLOS DINALLI FILHO declarou que “se atingissem as metas, o prêmio pago por quilometragem era de R\$ 0,16 e conforme a meta poderiam receber R\$ 0,15/R\$ 0,14/R\$ 0,13... quem não cumpria a meta, tinha seu nome anotado em vermelho e por conta disso, sempre havia brincadeiras por parte de outros motoristas, que falavam: ‘roda presa’, ‘mão dura’” (Id 1fa4589).

JOÃO ROBERTO DE OLIVEIRA afirmou que “recebiam prêmio por quilometragem, no valor de R\$,016 centavos por km rodado... a reclamada fazia um quadro em que constavam os motoristas que atingiam a meta de quilometragem e os que não atingiam tal meta, afixando o quadro no curral; não havia destaque do nome do motorista que não cumpria a meta... na ordem de carregamento havia um horário fixado

para que fosse feito o carregamento na fazenda e se não chegasse no horário previsto na fazenda o fazendeiro e a reclamada ficavam bravos, mas não havia punição” (Id 1fa4589, g.n.).

Gerson dos Santos explicou que “recebiam prêmio por quilometragem, no valor de R\$ 0,16 centavos por km rodado quando rodavam acima da média do óleo diesel, tendo que andar mais devagar para atingir a média estabelecida pela empresa... a reclamada fazia um quadro em que constavam os motoristas que atingiam a meta de quilometragem e os que não atingiam tal meta, afixando o quadro no curral ou na sala do supervisor dos motoristas; não havia destaque do nome do motorista que não cumprisse a meta, mas os motoristas comentavam entre si... a ordem de carregamento havia um horário fixado para que fosse feito o carregamento na fazenda, qual seja 7h e se não chegasse no horário previsto na fazenda não havia punição... o prêmio por quilometragem era pago no holerite” (Id 1fa4589, g.n.).

Rogério Luiz Ferreira declarou que “o motorista não sofreria punição se chegasse atrasado na fazenda... àquela época os motoristas recebiam prêmio por quilometragem, mas o depoente não se recorda do valor pago por quilômetro rodado; o depoente não se recorda se houve diminuição do valor pago a título de prêmio por quilometragem” (Id 1fa4589, g. n.).

A prova oral demonstrou que o prêmio por quilômetro rodado era pago como contraprestação pela atuação do reclamante, tendo a própria reclamada admitido que era pago a todos os motoristas que fizessem viagens, assim atraindo a aplicação do disposto no art. 457, § 1º, da CLT, por restar caracterizada a gratificação ajustada, sendo insuficiente para elidir tal conclusão a alegação patronal de que o pagamento era realizado a título de incentivo, ante a forma como foi instituído e pago.

Neste sentido já decidiu esta Câmara em acórdão de minha relatoria referente ao processo 0003084-92.2011.5.15.0062.

Ademais, referido prêmio, da forma como instituído e pago pela reclamada, não configura violação ao disposto do artigo 235-G da Consolidação das Leis do Trabalho, como pretende fazer crer o reclamante, de sorte que plenamente aplicável a diretriz fixada pela OJ 235 da SDI-I do C. TST, quanto à limitação ao pagamento apenas do adicional sobre a parte variável do salário.

Em relação à redução de valores é preciso consignar ter o reclamante aduzido, na inicial, que o valor do quilômetro rodado era de R\$ 0,12 a 0,18, quando era pago extra-folha, sofrendo redução para R\$ 0,07 a 0,18 centavos quando passou a ser discriminado nos holerites (Id 2425081).

Entretanto, a prova testemunhal não corroborou a tese prefacial, na medida em que nada referiu acerca da alteração de valores no curso do contrato de trabalho, tendo afirmado que o valor do quilômetro rodado era de R\$,016 (Id 1fa4589).

Destarte, como o reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito postulado (artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 373,

I, do Código de Processo Civil de 2015), não há respaldo fático nem jurídico para amparar a reforma pretendida, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

ISTO POSTO decido **conhecer, negar provimento** ao recurso do **reclamante e dar provimento parcial** ao recurso da **reclamada** para: **1)** fixar a jornada de trabalho do reclamante no período de 7.10.2009 a 19.12.2013 das 08h00 às 20h00, sendo 2h00 de espera (carga e descarga), com intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar e 01 folga semanal; **2)** excluir da condenação referente ao tempo de espera a determinação para utilização do mesmo adicional de horas extras, reconhecendo a validade do adicional de 30% estabelecido pela Lei n. 12.619/2012, tudo nos termos da fundamentação.

Rearbitro o valor da condenação em R\$80.000,00 e custas no importe de R\$1.600,00 pela reclamada.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Desembargadora do Trabalho
Relatora

Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região

Processo: TST-AIRR-12881-80.2014.5.14.0041

Agravante: JBS S.A.

Agravado: Fabrício de Almeida Burgarelli

Relator: Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes

Competência: 2ª Turma

Acórdão:

- **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014. GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO DE MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. CONFLITO ENTRE ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA. ARTIGO 620, DA CLT. NORMA MAIS FAVORÁVEL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A ITERATIVA, NOTÓRIA E ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO E. TST. DESPROVIMENTO DO APELO.**
- A Carta Magna reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho, sem estabelecer distinções entre os instrumentos, privilegiando indistintamente a instituição de condições de trabalho mediante negociações coletivas. A norma assim pactuada encerra, portanto, manifestação da vontade coletiva das partes no exercício de prerrogativa constitucional, conferida pelos artigos 7º, XXVI, e 8º, III, da Lei Maior e encontra fundamento nos princípios da autonomia sindical e da democracia interna, ambos igualmente protegidos pela Constituição, no leque dos direitos sociais que assegura. Os direitos sociais são consagrados pelo art. 1º da Constituição Federal como fundamentos do Estado brasileiro e fazem parte dos direitos humanos fundamentais, liberdades positivas de observância obrigatória, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos trabalhadores, visando à concretização da igualdade social. O art. 620 da CLT dispõe que “as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”. Assim, a norma do artigo 620 da CLT, ao consagrar o princípio da norma mais favorável, está compreendida nos limites traçados na Constituição Federal, estabelecendo regra de proteção ao hipossuficiente. Tal dispositivo harmoniza-se com os fundamentos do Estado Social e de Direito nela traçados. Esta Corte superior, no que tange à prevalência de normas coletivas, tem entendido pela aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador, na forma do artigo 620, da CLT. Dessa forma, havendo duas normas coletivas simultaneamente em vigor, sendo uma delas acordo e a outra convenção, o princípio da norma mais favorável será o norte para dirimir o conflito. Portanto, em face do teor do artigo 620, da CLT, se a convenção coletiva assegura direitos à categoria profissional, não pode o acordo coletivo pactuar condições menos favoráveis. Assim, evidencia-se que a

norma coletiva a ser aplicada é a que, observada em seu conjunto, seja mais benéfica ao empregado, obedecendo-se aos ditames do art. 620, da CLT. Precedentes. Incidência da Súmula n. 333, TST e do artigo 896, § 4º, da CLT. **Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-12881-80.2014.5.14.0041, em que é Agravante JBS S.A. e Agravado FABRÍCIO DE ALMEIDA BURGARELLI.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela reclamada contra o despacho que denegou seguimento a seu recurso de revista.

Contraminuta pelo agravado (sequencial 328/330), pedindo o improvimento do apelo.

Não houve remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, observando-se o Regimento Interno deste C. TST.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

O agravado alega que não ocorreu violação à Lei, sendo certo, a seu ver, que o apelo que visa destrancar a Revista não merece conhecimento.

A análise acerca da existência de violação legal consubstancia mérito do Agravo de Instrumento, nele sendo examinado, não merecendo prosperar a preliminar arguida pela parte.

Presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, **conheço** do agravo de instrumento interposto.

USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA

O agravante alega que o despacho denegatório usurpou a competência desta Corte Superior, pois, a seu ver, o exame de admissibilidade na origem deve ser restrito aos pressupostos extrínsecos do apelo.

Argumenta que houve violação aos princípios do duplo grau de jurisdição, ampla defesa e contraditório.

Sem razão.

Compete ao Tribunal de origem a realização do primeiro juízo de admissibilidade do recurso de revista, nos moldes do art. 896, § 1º, da CLT. Ressalto, entretanto, que o referido exame é precário, a teor da OJ n. 282/SDI-I/TST, e não vincula o órgão *ad quem*, tendo em vista que a análise de toda a matéria constante no recurso de revista é devolvida ao Tribunal Superior do Trabalho.

Portanto, o Tribunal Regional, ao proceder ao juízo primeiro de admissibilidade, apenas cumpriu exigência prevista em lei, consoante dispõe o artigo 896, § 1º, da CLT, uma vez que o conhecimento do recurso está sujeito ao duplo exame, sendo certo que a decisão proferida pelo Juízo de origem não vincula o Juízo *ad quem*, como já se afirmou no parágrafo anterior.

Além disso, se a parte interessada estiver irrepresentada com eventual negativa de seguimento, pode remeter a análise dos correspondentes pressupostos para o Tribunal competente para o julgamento do recurso, pela via do agravo de instrumento, na forma do artigo 897, “b”, da CLT, como efetuado na espécie.

Por conseguinte, a r. decisão que denega seguimento a recurso de revista mediante análise dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade revela-se perfeitamente razoável e condizente com a sistemática processual em vigor, tendo sido franqueado às partes o acesso ao Judiciário e também assegurado o direito ao devido processo legal, sendo garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, até mesmo no que concerne ao duplo grau de jurisdição.

Transcrevo, nesta oportunidade, precedente desta colenda turma:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMAS DO RECURSO DE REVISTA NÃO REITERADOS. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PELO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE A QUO. NÃO PROVIMENTO. Como se sabe, a autoridade responsável pelo recebimento do recurso de revista está obrigada ao exame do preenchimento de todos os pressupostos, comuns e específicos, previstos no artigo 896 da CLT. Assim, estando a d. decisão denegatória do recurso de revista perfeitamente compatível com o que dispõe o § 1º do artigo 896 da CLT, não há falar, definitivamente, em extrapolação dos limites da competência atribuída ao juízo de admissibilidade a quo. Ademais, tendo em vista que a reclamada, na minuta de seu agravo de instrumento, não renovou os temas constantes das razões do seu recurso de revista, houve preclusão das matérias, razão porque prejudicada está a análise das questões por este Tribunal Superior do Trabalho. Ressalte-se que a mera impugnação dos fundamentos da d. decisão denegatória do recurso de revista não viabiliza o destrancamento do apelo. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST-AIRR - 1820-61.2010.5.18.0201, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT 3.8.2012).

Cumpra ainda ressaltar que as garantias constitucionais que asseguram o livre acesso ao Judiciário, com direito ao contraditório e à ampla defesa, não são absolutas e devem ser exercitadas nos termos da legislação infraconstitucional que disciplina o processo judicial.

Por isso, não constitui negação da garantia constitucional apontada o não processamento de recurso que, no entender do Tribunal que detém competência para o exame de admissibilidade do apelo, a teor do artigo 896, §1º, da CLT, não atende às exigências legais pertinentes.

Saliente-se, inclusive, que os princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, estão sendo observados, tanto que a parte recorrente deles tem

se utilizado para pleitear reexame das matérias em duas instâncias, nos moldes do artigo 5º, LV, da Carta Magna.

Desta forma, não prospera o agravo de instrumento que pretende destrancar recurso de revista desprovido dos pressupostos de cabimento insculpidos no art. 896 da CLT.

Nego provimento.

GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL. ACORDO COLETIVO VS CONVENÇÃO COLETIVA. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 8º, VIII DA CF, 522, 524, 531, 543 E 614 DA CLT, 4º, DA LEI N. 7.238/84. CONTRARIEDADE À SÚMULA N. 369 DO TST E OJ N. 365 DA SDI-1, DESTA CORTE SUPERIOR. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO

Assim se manifestou o E. Tribunal Regional da 14ª Região, por meio do despacho denegatório:

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Sentença Normativa/Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho/Aplicabilidade/Cumprimento/Prevalência.

Direito Sindical e Questões Análogas/Eleição.

Direito Sindical e Questões Análogas/Registro de Entidade Sindical.

Alegação(ões):

— contrariedade à Súmula n. 369 do colendo Tribunal Superior do Trabalho;

— contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 365 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do colendo Tribunal Superior do Trabalho;

— violação do artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal;

— violação dos artigos 522, 524, 531, 543, §§3º e 4º, 614, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, 4º da Lei n. 7.238/84;

— divergência jurisprudencial: Para robustecer sua tese recursal (ID a2f60d5), colacio-

na arestos oriundos dos Tribunais Regionais do Trabalho das 1ª (Pág. 8/9), 4ª (Pág. 8), 16ª (Pág. 4), Regiões e das 1ª (Págs. 6/7), 5ª (Pág. 7 e 9) 6ª (Pág. 8) Turmas e da SDI-1 (Pág. 6) do Tribunal Superior do Trabalho; Afirma que a convenção coletiva de trabalho firmada entre a entidade sindical e a FIERO, com vigência no período de 1º.1.2014 a 31.12.2014 foi registrada ainda na vigência do acordo coletivo de trabalho firmado com a reclamada, de modo que descabe qualquer concessão de estabilidade baseado num instrumento assinado enquanto vigorava acordo coletivo válido firmado entre a JBS e o Sindicato.

Aponta que o obreiro, por ser membro de conselho fiscal não é detentor da estabilidade sindical, por não preencher os pressupostos para ser detentor da estabilidade provisória, a despeito do que estabelece, na Cláusula Quinquagésima Primeira, § 3º, da Convenção Coletiva.

Requer provimento ao apelo quanto a nulidade da eleição, sustentando que sequer o número de filiados do sindicato a Reclamada comprovou para confirmar o número quorum suficiente, e que não há provas de que foi publicado edital com a finalidade de registro de candidatura, eleição e posse. Afinal, ao reverso da tese esposada na decisão atacada que entende ser necessária ação própria para o desiderato, entende ser cabível a decretação de nulidade de eleição sindical na forma incidental.

Em relação ao dissenso jurisprudencial, constato que o aresto oriundos das 1ª e 5ª Turmas do colendo Tribunal Superior do Trabalho e o sem indicação se é turmário ou emanado de uma das Subseções Especializadas em Dissídios Individuais, da Corte Revisora os primeiros por serem decisões turmárias, hipótese não elencada na alínea “a” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, não se prestam para comprovarem o dissenso jurisprudencial,

os primeiros por serem decisões turmárias, hipótese não elencada na alínea “a” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho; já o segundo diante da impossibilidade de verificar se preenche os requisitos legais estabelecidos no normativo infraconstitucional supramencionado.

Quanto aos julgados dos TRT's da 4ª e 6ª Regiões, do mesmo modo são inservíveis, para demonstrar o dissenso pretoriano, vez que o recorrente não indicou a data da publicação dos referidos paradigmas, óbice que se afere ante o que dispõe o IV da Súmula n. 337, do c. TST.

Nesse contexto, no que diz respeito à alegação de violação ao normativo constitucional (artigo 8º, VIII), pela decisão censurada, não há como ser admitida a revista, porque a infringência de preceito constitucional, capaz de viabilizar o seguimento de recurso de revista, deve ser direta, hipótese não materializada, no presente caso, porque se trata de violação reflexa, uma vez que se alega a correta aplicabilidade dos normativos infraconstitucionais (artigos 522, 524, 531, 543, §§ 3º e 4º, 614, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, 4º da Lei n. 7.238/84).

Com efeito, sob a óptica da Corte Superior Trabalhista, a violação direta é aquela que não implica, prejudicialmente, na análise de normas infraconstitucionais; vale dizer: aquela que basta em si mesma, ou seja, se para provar contrariedade ao texto da Constituição é preciso, antes, demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso específico.

Destarte, é a jurisprudência dominante, conforme reiteradas decisões da SBDI-I/TST (ERR-795029/2001.0, rel. Ministro João Batista Brito Pereira, pub. DEJT 18.9.2009 e ERR-85682/2003-900-02-00.6, Rel. Ministra Rosa Maria Weber, pub. DEJT 7.8.2009). Assim, neste aspecto, nego seguimento a este recurso de natureza extraordinária.

Referente à suposta alegação de infringência aos normativos infraconstitucionais, bem como contrariedade à Súmula e Orientação Jurisprudencial, do c. TST e, ainda contrariedade aos julgados, pela decisão guerreada, em que pesem as argumentações delineadas pelo recorrente, não enseja o processamento apelo, visto que em se confrontando as razões de recorrer e o decidido pela 2ª Turma desta Especializada, constato que a tese erigida nos remeteria ao exame casuístico dos elementos instrutórios da demanda, implicando o revolvimento dos fatos e provas discutidos no processo, proposição inviável em sede de recurso de revista.

A reapreciação de fatos e provas não se compadece com a natureza extraordinária do recurso de revista, consoante a redação da Súmula n. 126 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe: “Recurso. Cabimento. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, letra ‘b’, da CLT) para reexame de fatos e provas”.

A propósito, no que respeita a esse caráter conferido ao recurso de revista pontifica Estevão Mallet:

“(…) a finalidade para a qual se instituiu o recurso de revista não foi a tutela do direito subjetivo dos litigantes, mas a preservação da integridade do direito objetivo, tanto com a garantia de observância da lei posta como com a busca de uniformidade jurisprudencial, verdadeira decorrência do princípio constitucional da igualdade. Decorre daí ser despropositada a reapreciação, em recurso de revista, do aspecto fático da controvérsia, uma vez que o julgamento em que se apreciou mal a prova, podendo causar lesão ao direito das partes, em nada abala o ordenamento jurídico. Trata-se de sententia lata contra ius litigatoris injusta com toda a certeza, mas cuja correção não se mostra viável por meio de recurso de revista, e que não se confunde com a sententia contra “ius

in thesi”, essa sim passível de reforma por meio de impugnação extraordinária, dado incorrer o Juiz em erro na interpretação ou na aplicação do direito objetivo. (MALLET, Estevão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 99-100).

Com efeito, diante do óbice consagrado na Súmula n. 126 da Corte Superior Trabalhista, não há como se determinar o processamento deste recurso de natureza extraordinária, quanto à matéria em análise.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, nego seguimento ao presente recurso de revista pela JBS S/A, no dia 15.5.2015 (Id. a2f60d5), em decorrência da ausência dos requisitos de sua admissibilidade elencados nas alíneas “a” e “c” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A recorrente argumenta genericamente, em síntese, que o acordo coletivo deve prevalecer sobre a convenção coletiva, motivo pelo qual não há se falar em garantia provisória no emprego do membro de conselho fiscal prevista exclusivamente na convenção coletiva.

Sem razão.

Conforme descrito exhaustivamente no v. acórdão regional: “A despeito de a r. sentença ter conferido estabilidade sindical ao autor, na qualidade de membro do Conselho Fiscal do sindicato, o que, em tese, estaria em confronto com a OJ 365 da SDI-1 do TST, observo que a Convenção Coletiva de Trabalho (Id e3c2364), estabelece, na Cláusula Quinquagésima Primeira, §3º, a estabilidade do Conselheiro Fiscal, o que, a meu ver, em prestígio à autonomia da vontade coletiva, prevalece sobre a previsão contida na referida Orientação Jurisprudencial.”

Além de fixar como premissa a existência de cláusula convencional criando garantia provisória no emprego do membro de conselho fiscal de sindicato, o v. acórdão, lastreado nas provas produzidas, concluiu pela prevalência da CCT em detrimento do ACT, por considerar

a convenção, no todo, mais favorável aos trabalhadores, seguindo a esteira da teoria do conglobamento.

Registrou o v. acórdão que “*pelo exposto, do exame do ACT – 2013/2014, em cotejo com as disposições traçadas na CCT – 2014/2014, observo que, no conjunto de direitos e vantagens estabelecidos, a convenção coletiva revela-se a norma mais favorável aos trabalhadores, o que atrai a prevalência da CCT sobre o ACT.*”

Como se percebe do acórdão regional transcrito, não é possível adotar conclusão diversa, uma vez que seriam necessários outros elementos de prova, pois do que resta consignado na decisão Regional a conclusão do órgão julgador está correta. Para conclusão diferente daquela consignada no acórdão Regional é imprescindível a reanálise dos fatos e provas, o que encontra óbice nesta sede extraordinária.

Assim, o Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos à legislação vigente, motivo pelo qual correto o despacho denegatório que negou seguimento ao recurso de revista, não havendo afronta aos dispositivos constitucionais e legais.

Isto porque a matéria ora em análise possui cunho eminentemente fático-probatório, requerendo, para o seu deslinde, uma necessária imersão nos fatos e nas provas, de modo que, para se concluir pelo afastamento da aplicação das cláusulas convencionais, seria indispensável a efetiva análise das provas produzidas em 1ª instância, principalmente no que se refere à norma coletiva invocada.

Ademais, a Carta Magna reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho, sem estabelecer distinções entre os instrumentos, privilegiando indistintamente a instituição de condições de trabalho mediante negociações coletivas.

A norma assim pactuada encerra, portanto, manifestação da vontade coletiva das partes no exercício de prerrogativa constitucional, conferida pelos artigos 7º, XXVI, e 8º, III, da Lei Maior e encontra fundamento nos princípios

da autonomia sindical e da democracia interna, ambos igualmente protegidos pela Constituição, no leque dos direitos sociais que assegura.

Os direitos sociais são consagrados pelo art. 1º da Constituição Federal como fundamentos do Estado brasileiro e fazem parte dos direitos humanos fundamentais, liberdades positivas de observância obrigatória, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos trabalhadores, visando à concretização da igualdade social.

O art. 620 da CLT dispõe que “*as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo*”. O dispositivo estatui, assim, a prevalência da norma mais favorável ao empregado, princípio basilar que informa o Direito do Trabalho.

O eminente Ministro desta Corte, Mauricio Godinho Delgado (in *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 197), ensina que o princípio da proteção e o princípio da norma favorável abrem o rol desse núcleo. E assevera:

Insistimos que tais princípios formam o núcleo justalabalhista basilar por, a um só tempo, não apenas incorporarem a essência da função teleológica do Direito do Trabalho, como por possuírem abrangência ampliada e generalizante ao conjunto desse ramo jurídico, tudo isso sem que se confrontem de maneira inconciliável com princípios jurídicos gerais mais forte, externos ao ramo jurídico especializado. [...].

Isso significa que sem a presença e observância cultural e normativa desse núcleo basilar de princípios especiais ou mediante a descaracterização acentuada de suas diretrizes indutoras, compromete-se a própria noção de Direito do Trabalho em certa sociedade histórica concreta.

O já citado Mestre Mauricio Godinho Delgado é enfático ao concluir que “o princípio da norma mais favorável encontra-se claramente assumido pela Carta Magna” (“Princípios

Constitucionais do Trabalho” in *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 117, LTr, 2005, p. 167-203, p. 198).

Assim, a norma do artigo 620 da CLT, ao consagrar o princípio da norma mais favorável, está compreendida nos limites traçados na Constituição Federal, estabelecendo regra de proteção ao hipossuficiente. Tal dispositivo harmoniza-se com os fundamentos do Estado Social e de Direito nela traçados.

Esta Corte superior, no que tange à prevalência de normas coletivas, tem entendido pela aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador, na forma do artigo 620, da CLT.

Portanto, se a convenção coletiva assegura direitos à categoria profissional, não pode o acordo coletivo pactuar condições menos favoráveis.

Logo, ao contrário do que sustenta a Agravo, não se afasta a aplicação da convenção coletiva pelo simples fato de que esta é norma geral e que o acordo é norma específica. Em sua prevalência sobre a outra, é preciso observar aquela que, no conjunto, seja mais benéfica ao empregado.

Neste sentido, cito precedentes oriundos de recentes julgamentos proferidos pelas Turmas do egrégio TST, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NORMAS COLETIVAS. APLICABILIDADE. PREVALÊNCIA. 1. Esta Corte Superior, no que tange à prevalência de normas coletivas, tem entendido pela aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador, na forma do art. 620 da CLT. 2. Assim, tendo o Regional aplicado ao caso a norma mais benéfica ao reclamante, qual seja, a convenção coletiva, não se vislumbra a apontada violação dos dispositivos da Carta Magna e de Lei Federal. Óbice da Súmula n. 126/TST. Precedentes. 3. Divergência jurisprudencial inespecífica, nos moldes da Súmula n. 296, I, TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR – 84200-60.2008.5.01.0242, relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento:

27.8.2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12.9.2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CONFLITO ENTRE ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA. ARTIGO 620, DA CLT. NORMA MAIS FAVORÁVEL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A ITERATIVA, NOTÓRIA E ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO C. TST. DESPROVIMENTO DO APELO. A Carta Magna reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho, sem estabelecer distinções entre os instrumentos, privilegiando indistintamente a instituição de condições de trabalho mediante negociações coletivas. A norma assim pactuada encerra, portanto, manifestação da vontade coletiva das partes no exercício de prerrogativa constitucional, conferida pelos artigos 7º, XXVI, e 8º, III, da Lei Maior e encontra fundamento nos princípios da autonomia sindical e da democracia interna, ambos igualmente protegidos pela Constituição, no leque dos direitos sociais que assegura. Os direitos sociais são consagrados pelo art. 1º da Constituição Federal como fundamentos do Estado brasileiro e fazem parte dos direitos humanos fundamentais, liberdades positivas de observância obrigatória, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos trabalhadores, visando à concretização da igualdade social. O art. 620 da CLT dispõe que “as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”. Assim, a norma do artigo 620 da CLT, ao consagrar o princípio da norma mais favorável, está compreendida nos limites traçados na Constituição Federal, estabelecendo regra de proteção ao hipossuficiente. Tal dispositivo harmoniza-se com os fundamentos do Estado Social e de Direito nela traçados. Esta Corte superior, no que tange à prevalência de normas coletivas, tem entendido pela aplicação daquela que for mais benéfica ao trabalhador, na forma do artigo 620, da CLT. Dessa forma, havendo duas normas coletivas simultaneamente em vigor, sendo uma delas acordo e a outra convenção, o princípio da norma

mais favorável será o norte para dirimir o conflito, inclusive, com aplicação da teoria do conglobamento, pela qual as normas em conflito serão analisadas em seu conjunto. Portanto, em face do teor do artigo 620, da CLT, se a convenção coletiva assegura direitos à categoria profissional, não pode o acordo coletivo pactuar condições menos favoráveis. Assim, evidencia-se que a norma coletiva a ser aplicada é a que, observada em seu conjunto, seja mais benéfica ao empregado, obedecendo-se aos ditames do art. 620, da CLT. Precedentes: AIRR-231300-22.2009.5.17.0012; AIRR-1770-19.2011.5.15.0028; AIRR-1427-75.2010.5.01.0245; AIRR-487-72.2010.5.01.0028; E-RR-129640-62.2007.5.18.0009; E-RR-201000-66.2007.5.17.0006; E-RR-69400-31.2007.5.17.0002; AIRR-1198-73.2010.5.15.0133; AIRR-1331-77.2008.5.01.0241). Agravo de instrumento a que se nega provimento, quando a decisão proferida está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência do C. TST. Incidência da Súmula n. 333, TST e do artigo 896, § 4º, da CLT. Além disso, constata-se que a análise das arguições do agravante depende, antes, do revolvimento de fatos e provas, iniciativa infensa ao recurso de revista, sendo, por conseguinte, prescindível a indicação de ofensa a preceitos legais e constitucionais e de divergência jurisprudencial. Inteligência da Súmula n. 126, TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR – 862-14.2010.5.01.0245, relator Ministro: Cláudio Armando Couce de Menezes, Data de Julgamento: 20.8.2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.8.2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONTAX. SINDICATO REPRESENTATIVO DA CATEGORIA ECONÔMICA. CONFLITO DE NORMAS COLETIVAS. RPINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. A Corte Regional apreciou os fatos e decidiu com alicerce no conjunto probatório dos autos, concluindo ser o SINDIMEST a entidade sindical representativa da categoria econômica a qual pertence a reclamada. A admissão do recurso de revista

esbarra no óbice da Súmula n. 126/TST, inclusive, por divergência jurisprudencial. Outrossim, importa consignar inexistir hierarquia de normas coletivas trabalhistas, ante o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, consoante prevê o art. 620 da CLT. Ademais, segundo a teoria do conglobamento, adotada em nosso ordenamento juslaboral, havendo mais de uma norma coletiva dispondo sobre regras a serem aplicadas ao caso concreto, devem ser consideradas aquelas que se mostrem mais favoráveis ao trabalhador, porém, em sua totalidade, não se admitindo fracionamento das regras de um e de outro. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido. (AIRR – 242-43.2012.5.01.0241, relatora Ministra: Vania Maria da Rocha Abensur, Data de Julgamento: 19.11.2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21.11.2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 897-A DA CLT. MANIFESTO EQUÍVOCO NO EXAME DOS PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DO RECURSO DE REVISTA. CONCESSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO 1. A teor do art. 897-A da CLT, é passível de reforma, por meio de embargos de declaração, a decisão que porventura contenha algum dos vícios ali enumerados: omissão, contradição ou manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. 2. Embargos de declaração conhecidos e providos. AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO EMPREGADO 1. Consoante a reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, diante do conflito de normas existente ante a aplicação de acordo coletivo de trabalho em desfavor dos benefícios previstos em convenção coletiva de trabalho, leva-se em conta aquela que, em seu conjunto, afigura-se mais benéfica aos empregados, em aplicação à Teoria do Conglobamento. Precedentes da SbDI-1 do TST. 2. Ante a existência de dispositivos mais benéficos aos empregados em convenção coletiva de trabalho, não prevalece a especificidade inerente ao acordo coletivo de trabalho para fins de aplicabilidade, uma vez necessária a

ampliação dos direitos trabalhistas já assegurados naquele instrumento de negociação coletiva. Incidência da Súmula n. 333 do TST. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (ED-AIRR – 6484-33.2010.5.01.0000, relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12.11.2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21.11.2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. ACORDO COLETIVO. CONFLITO. PREVALÊNCIA. Segundo o entendimento desta Corte Superior, no conflito entre acordo e convenção coletiva, deve prevalecer a norma mais favorável ao empregado, em sua integralidade, em respeito ao princípio da unicidade da norma coletiva, consagrado na teoria do conglobamento. Assim, reconhecido pela instância ordinária que as atividades da primeira reclamada estavam inseridas na categoria profissional representada pelo Sindimest-RJ e que convenções coletivas por ele pactuadas estabeleciam condições mais benéficas, sobretudo, quanto ao piso salarial específico, estas devem prevalecer sobre os acordos coletivos, nos termos do disposto no artigo 620 da CLT, estando referida decisão, nesta fase recursal, insuscetível ao revolvimento fático-probatório dos autos, ante o óbice da Súmula n. 126. Precedentes. Incidência da Súmula n. 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR – 137-86.2012.5.01.0008, relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 15.10.2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24.10.2014)

RECURSO DE REVISTA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO COLETIVA EM DETRIMENTO DO ACORDO COLETIVO. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. Conforme já entendido por essa c. Turma, quando do julgamento do AIRR-4549-55.2010.5.01.0000, de relatoria do Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, as atividades da Contax se amoldam perfeitamente à representação do SINDMEST, e tendo sido delimitado pelo eg. TRT que — as Convenções Coletivas são mais favoráveis, pois definem de pronto os cargos

com os correspondentes salários, evitando qualquer burla por parte da empresa — esta deve ser aplicada ao caso em questão, com base no artigo 620 da CLT, em detrimento ao acordo coletivo. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 1822-67.2010.5.01.0245, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 1º.10.2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10.10.2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. OPERADOR DE TELEMARKETING. NORMA COLETIVA MAIS FAVORÁVEL. ART. 620 DA CLT. O Regional registrou que a reclamante exercia a função de operador de telemarketing e que o SINDIMEST-RJ é o sindicato patronal representativo das empresas que atuam nesse ramo de atividade. Conclusão em sentido diverso encontra óbice na Súmula n. 126 desta Corte. Nesse sentido, inúmeros precedentes desta Corte, reconhecendo, inclusive, a aplicação da convenção coletiva firmada entre o SINDIMEST e o SINTTEL, por ser norma mais favorável, nos termos do art. 620 da CLT. Incidência da Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 238800-10.2006.5.01.0242, relator Ministro: Arnaldo Boson Paes, Data de Julgamento: 19.11.2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28.11.2014)

RECURSO DE REVISTA — ENQUADRAMENTO SINDICAL — CONVENÇÃO COLETIVA — PREVALÊNCIA SOBRE ACORDO COLETIVO — NORMA MAIS BENÉFICA 1. A vinculação da primeira Reclamada ao SINDIMEST deu-se com fulcro no contexto probatório dos autos. A modificação do julgado, no sentido de que o mencionado sindicato não representa a categoria econômica da CONTAX, demandaria reexame de fatos e provas, procedimento vedado nesta Corte — Súmula n. 126. 2. Consoante a atual jurisprudência da C. SBDI-1, havendo conflito entre convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho, devem prevalecer as normas do instrumento que, como um todo, mostra-se mais benéfico para os trabalhadores. MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT — ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO DA RESCISÃO. O mero atraso

na homologação da rescisão contratual não é fato gerador da sanção prevista no artigo 477, § 8º, da CLT. Precedentes desta Corte. DANOS MORAIS — RESTRIÇÃO AO USO DE SANITÁRIOS — CONFIGURAÇÃO — QUANTUM INDENIZATÓRIO 1. A jurisprudência iterativa do TST firmou o entendimento de que a restrição ao uso de banheiro expõe indevidamente a privacidade do empregado e ofende sua dignidade, de maneira a causar-lhe constrangimento e revelar, em suma, abuso do poder diretivo do empregador, a dar ensejo ao pagamento de indenização por danos morais. 2. Os arestos acostados, no pertinente à configuração dos danos morais, adotam tese superada pela jurisprudência iterativa desta Corte. 3. Quanto ao valor da indenização deferida, o recurso está desfundamentado, pois os arestos colacionados não tratam do tópico, mas apenas da configuração do dano moral por restrição ao uso de sanitários no ambiente de trabalho. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR – 1470-12.2010.5.01.0245, relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 19.11.2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28.11.2014)

Também neste sentido, cito precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTOS SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007 — ACORDO COLETIVO — CONVENÇÃO COLETIVA — PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL — ART. 620 DA CLT — TEORIA DO CONGLOBAMENTO. Nos termos do art. 620 da CLT, as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo. Na apuração da norma mais vantajosa, deve ser considerado todo o conteúdo dos instrumentos coletivos cotejados, consoante prega a teoria do conglobamento. Recurso de embargos conhecido e desprovido.” (TST-E-RR – 129640-62.2007.5.18.0009, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 10.5.2013).

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. COEXISTÊNCIA. PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. ART. 620 DA CLT. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. A controvérsia relativa à coexistência de acordo e convenção coletiva de trabalho e à determinação da norma prevalecente deve ser dirimida à luz do art. 620 da CLT. Esse dispositivo prevê que as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho. Trata-se de preceito vigente no ordenamento jurídico, cuja regência mostra-se plenamente compatível com a ordem constitucional de 1988, consoante o que estabelece o art. 7º em seu caput, bem como nos incisos VI e XXVI. Ademais, para a apuração de qual norma apresenta-se mais benéfica ao trabalhador impõe-se a análise de cada um dos instrumentos — acordo e convenção coletiva — como um todo, em atenção ao que orienta a teoria do conglobamento. Precedentes da SBDI-1 e de todas as oito Turmas do TST. Recurso de embargos conhecido e não provido.” (TST-E-RR-201000-66.2007.5.18.0006, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 8.3.2013).

“CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO — PREVALÊNCIA SOBRE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. Não se pode simplesmente desconsiderar a convenção coletiva em face do acordo coletivo. Com o objetivo de conferir a melhor exegese ao alcance do artigo 620 da Consolidação das Leis do Trabalho, ganhou espaço, no âmbito desta Corte, a corrente que propõe a aplicação do princípio do conglobamento para a solução do conflito de prevalência de instrumentos normativos, segundo o qual as normas coletivas devem ser consideradas em seu conjunto, e não isoladamente, para efeito de apuração da norma mais benéfica. Recurso de embargos conhecido e desprovido.” (TST-E-RR-69400-31.2007.5.18.0002, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, DEJT 21.9.2012).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. COEXISTÊNCIA. PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL E ESPECÍFICA. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. A jurisprudência pacífica desta Corte entende que, existindo conflito entre convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho, devem prevalecer as normas do instrumento que, como um todo, mostram-se mais benéficas e específicas para os trabalhadores, nos termos do art. 620 da CLT e da teoria do conglobamento. Precedentes da SBDI-1. Incidência do óbice da Súmula n. 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento não provido.” (TST-AIRR – 1198-73.2010.5.15.0133, Ac. 3ª Turma, relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 9.5.2014).

Logo, conclui-se que a decisão proferida está em total sintonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, conforme

arestos acima transcritos, inclusive da SBDI-1 do TST, tornando-se prescindível a indicação de ofensa a preceitos legais, constitucionais e de divergência jurisprudencial, nos termos da Súmula n. 333 do TST e do art. 896, §4º da CLT, sendo, portanto, inviável o processamento do Recurso de Revista.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento interposto e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 18 de novembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Cláudio Armando Couce de Menezes

Desembargador Convocado Relator

Adendos

ANAMATRA visa à nulidade da IN n. 39/2016 por meio de ADI

EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO EG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO — ANAMATRA, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 00.536.110/0001-72, representativa dos interesses dos magistrados da Justiça do Trabalho, com sede no SHS, Quadra 06, bloco E, conjunto A, salas 602 a 608, Ed. Business Center Park Brasil 21, Brasília, DF, CEP.: 70.316-000, vem, respeitosamente, por seus advogados, propor a presente **ação direta de inconstitucionalidade** (CF, art. 102, I, “a”), com pedido de **medida cautelar** (CF, art. 102, I, “p”, e Lei n. 9.868/99, art. 10º), em face da Instrução Normativa n. 39/2016, editada em 15.3.2016 (DJe de 16.3.2016) pelo TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, nos termos e pelos motivos que passa a expor.

I – OBJETO DA AÇÃO: INSTRUÇÃO NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO QUE, A PRETEXTO DE REGULAMENTAR O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, (1) LEGISLA, (2) SEM COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL OU LEGAL, E (3) VIOLA A INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS

Visa a presente ação direta de inconstitucionalidade obter a declaração de nulidade, por vício formal e material de inconstitucionalidade, da Instrução Normativa n. 39/2016 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Conforme demonstrará, tal Instrução Normativa viola o art. 22, I, da CF, porque invadiu a competência do legislador ordinário federal para dizer, desde logo, quais seriam os dispositivos do novo CPC que seriam aplicáveis ao processo trabalhista, assim como os que não seriam. Ou seja, instituição uma típica norma de “sobredireito”, como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC, instituída pelo Decreto-lei n. 4.657/42 e alterada pela Lei n. 12.376/10).

Viola, ainda, a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, o art. 5º, II, da CF (princípio da reserva legal) e o art. 96, I, “a”, da CF (competências privativas dos Tribunais para editar seus Regimentos Internos apenas sobre as matérias internas do Tribunal) porque o Tribunal Superior do Trabalho não possui competência, quer constitucional, quer legal, para o fim de expedir Instrução Normativa com a finalidade de “regulamentar” a lei processual federal.

Viola, por último, a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, o princípio da independência dos magistrados, contido em vários dispositivos da CF, como o art. 95, I, II e III, e o artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, porque cabe a cada magistrado ou Tribunal, no exercício da prestação jurisdicional conferir a interpretação da lei ao julgar os casos concretos, e não ter de se submeter a normas de “sobredireito” editadas por um Tribunal, que não tem função legislativa.

Devia o TST, no máximo, ter editado enunciados ou expedido recomendação, para que os juízes e Tribunais observassem o entendimento que a Comissão de Ministros compreendeu que seria o mais adequado e correto.

Nunca, d.v., realizado a edição de uma Instrução Normativa, que submete os magistrados à sua observância, como se fosse uma lei editada pelo poder legislativo.

II – A LEGITIMAÇÃO DA ANAMATRA PARA IMPUGNAR ATO NORMATIVO QUE ALCANÇA EXCLUSIVAMENTE A JUSTIÇA DO TRABALHO

Conforme assinalado no capítulo antecedente, a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST está voltada exclusivamente para os órgãos do Poder Judiciário Trabalhista.

Então, mostra-se possível o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade pela ANAMATRA, uma vez que o interesse de agir e a pertinência temática se dá apenas no âmbito da Justiça Trabalhista.

E para que não haja dúvida quanto a legitimação da ANAMATRA quanto ao oferecimento da presente ação — diante da crescente jurisprudência reducionista da competência desse eg. STF para conhecimento de ações de controle concentrado de constitucionalidade — parece claro que a impugnação oferecida somente se mostra passível de ser oferecida pela entidade de classe da magistratura trabalhista e não pela entidade de classe de toda a magistratura nacional (AMB).

Com efeito, a legitimidade ativa *ad causam* da autora decorre do art. 103, IX, da Constituição Federal, e do art. 2º, IX, da Lei 9.868/99, que autoriza a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por “*entidade de classe de âmbito nacional*”.

Essa eg. Corte já afirmou que as associações de magistrados podem realizar não apenas a defesa da classe, **como igualmente a defesa dos interesses difusos relacionados ao regular funcionamento do Poder Judiciário**, como se observa pela seguinte ementa (STF, Pleno, ADI 1303, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 1º.9.2000):

“EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 062/95-TRT/SC: PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF). 1. Preliminar: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo ADI n. 1.127-8). (...)”

Especialmente a ANAMATRA já teve sua legitimação acolhida para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade no seguinte acórdão:

ADI 2885/SE – Sergipe

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Relator(a): Min. Ellen Gracie

Julgamento: 18/10/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação:

DJ 23-02-2007 – PP-00016

EMENT Vol-02265-01 PP-00090

Parte(s)

Reqte.(s): Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA

Adv. (a/s): Ana Frazão e outro (a/s)

Reqdo.(a/s): Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 8, DE 25.9.2001, DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO. SENTENÇA ANULADA PELO TRT. NOVA DECISÃO A QUO QUE REPRODUZ OS MESMOS

FUNDAMENTOS QUE MOTIVARAM A ANULAÇÃO DA SENTENÇA ANTERIOR. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DO TRIBUNAL. MATÉRIA RELATIVA AOS DEVERES FUNCIONAIS DO JUIZ. ESTATUTO DA MAGISTRATURA.

ART. 93, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 1. (...). 5. *Ação direta cujo pedido se julga procedente.*

(ADI 2885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2006, DJ 23-02-2007 PP-00016 EMENT VOL-02265-01 PP-00090)

Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a legitimidade da requerente. Votou o Presidente. Em seguida, após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, no que foi acompanhada pelos votos dos Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Celso de Mello, julgando procedente a ação, e dos votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Presidente (Ministro Nelson Jobim), julgando-a improcedente, o julgamento foi suspenso para colher os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, ausentes justificadamente, necessários para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado. Falou pela requerente o Dr. Alberto Pavie Ribeiro. Plenário, 17.2.2005. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, nos termos do voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie (Presidente), vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Nelson Jobim. Não votou a Senhora Ministra Cármen Lúcia por suceder ao Senhor Ministro Nelson Jobim que proferira voto anteriormente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 18.10.2006.

Assim, é indiscutível a legitimidade da autora para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, ainda mais em hipótese na qual também é clara a pertinência temática entre o objeto da ação e os seus fins sociais, porque a Instrução Normativa n. 39/2016 editada pelo TST está impedindo o regular

exercício da jurisdição dos magistrados da justiça do trabalho, ao estabelecer, previamente, quais normas do CPC poderão e quais não poderão ser aplicadas no processo trabalhista.

III – AS VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Ao editar o novo CPC (Lei n. 13.103/2015) entendeu o legislador federal estabelecer no artigo 15 como se daria a aplicação das normas processuais contidas no referido código em face dos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Trata-se de norma voltada para todos os órgãos judicantes no exercício da prestação jurisdicional. Típica norma de “sobredireito” voltada a esclarecer como se dá a aplicação de outras normas (no caso, o novo CPC).

Como se pode ver do texto do art. 15, o legislador fixou que somente “na ausência de normas que regulem processos... trabalhistas” as “disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, contempla nos artigos 769 e 889 da CLT o princípio da subsidiariedade, determinando os limites da aplicação subsidiária de leis estranhas à CLT no Processo do Trabalho:

Artigo 769 da CLT: nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.

No que se refere à execução trabalhista, o artigo 889 também contempla a subsidiariedade, prevendo a possibilidade de aplicação de outro sistema legal aos trâmites da execução trabalhista:

Artigo 899. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os

preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Certo, pois, que para a aplicação de normas estranhas à CLT ao Processo do Trabalho os artigos mencionados estabelecem a observância de dois requisitos: (a) a CLT seja omissa quanto à matéria; e (b) a norma do processo comum não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do processo do trabalho, estabelecendo, ainda, outro requisito para aplicação subsidiária na fase de execução, qual seja, a prevalência da lei de executivos fiscais, a saber, a Lei 6.830/80.

Fica evidente, então, que tanto pelo artigo 15 do CPC/15, quanto pelo artigo 769 da CLT, seria o caso de cada magistrado de 1º e/ou 2º grau, com base na independência funcional e judicante, decidir em face de cada processo, qual a norma do novo CPC que haveria ou não de ser aplicada.

No curso do tempo surgiria a jurisprudência e, aí sim, mostrar-se-ia necessária a edição de “súmulas” ou de “orientações jurisprudenciais” para serem observadas no âmbito da Justiça do Trabalho.

O que fez, no entanto, o Tribunal Superior do Trabalho? Resolveu editar uma Instrução Normativa para dizer, desde logo, quais os artigos do novo CPC seriam aplicáveis ao processo trabalhista e quais não seriam aplicáveis.

Vejam-se a notícia divulgada pelo Tribunal Superior do Trabalho a respeito da referida Instrução Normativa (site do TST):

TST regulamenta pontos do novo CPC relativos ao processo do trabalho

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou, nesta terça-feira (15), a Instrução Normativa 39/2016, que dispõe sobre as normas do novo Código de Processo Civil (CPC) aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho. O novo CPC (Lei 13.105/2015) entra em vigor na próxima sexta-feira, 18 de março, e a Instrução Normativa será disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça

do Trabalho às 19h desta quarta-feira (16), e entrará em vigor na quinta-feira (17).

A IN 39 relaciona 15 dispositivos do novo código que não são aplicáveis, por omissão ou por incompatibilidade, ao processo do trabalho. Outros 79 dispositivos são listados como aplicáveis, e 40 têm aplicação em termos.

O presidente do TST, ministro Ives Gandra Martins Filho, explica que a edição da instrução normativa tem como motivação principal a segurança jurídica. “Não poderíamos deixar que um código novo, com tantas inovações, pudesse gerar uma série de discussões, com recursos apontando eventuais nulidades, para que só posteriormente viéssemos a definir jurisprudencialmente quais delas seriam aplicáveis”, afirmou. “A quantidade de recursos que viriam só em matéria processual poderia até inviabilizar a prestação jurisdicional normal já em segunda instância”.

O texto da IN 39 é resultado do trabalho de uma comissão criada em 2015 pelo então presidente do TST, ministro Barros Levenhagen. A comissão é presidida pelo ministro João Oreste Dalazen e formada pelos ministros Ives Gandra Filho, Aloysio Corrêa da Veiga, Vieira de Mello Filho, Waldir Oliveira da Costa, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Alexandre Agra Belmonte e Cláudio Brandão.

Na sessão de terça-feira do Tribunal Pleno, o presidente do TST destacou a condução dos trabalhos pelo ministro Dalazen e cumpriu os integrantes da comissão. “Foram várias reuniões, que duravam de quatro a seis horas, com muitas discussões, nas quais revimos e analisamos todo o Código, para decidir sobre quais dispositivos polêmicos e inovadores deveríamos desde já dar a sinalização do TST”, assinalou.

Trata-se de típica atividade legislativa, que não é dada a qualquer Tribunal, muito menos para o fim de criar diploma normativo que disponha sobre a forma de aplicação da lei federal.

Ora, se a lei — o novo CPC — já fixou em quais hipóteses se dará a aplicação subsidiária, não cabia ao TST, a título de regulamentar o

novo CPC, fixar que “15 dispositivos do novo código que não são aplicáveis, por omissão ou por incompatibilidade, ao processo do trabalho. Outros 79 dispositivos são listados como aplicáveis, e 40 têm aplicação em termos”.

Ao assim fazer ele legislou, violando o art. 22, I, da CF:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Isso é inegável, porque a norma veiculada pelo TST estabelecendo, desde logo, quais dispositivos do novo CPC haverão de ser aplicados e quais não deverão ser aplicados, no processo trabalhista, poderia ser um “parágrafo” do art. 15 do CPC/15 ou do artigo 769, da CLT.

A IN n. 39/2016 tem a mesma natureza do próprio art. 15 do CPC/15, ou dos artigos 769 e 889 da CLT, ou ainda das normas contidas na LINDB.

* * *

Portanto, mesmo que se queira afirmar que a Instrução Normativa 39/2016 do TST não teria invadido a competência do legislador ordinário, mas apenas promovido uma “regulamentação” da lei — o que se admite apenas com base no princípio da eventualidade — aí a Instrução Normativa será inconstitucional por violar o art. 5º, II, da CF (princípio da reserva legal), e o art. 96, I, “a”, da CF (competências privativas dos Tribunais para editar seus Regimentos Internos apenas sobre as matérias internas do Tribunal) porque o Tribunal Superior do Trabalho não possui competência, quer constitucional, quer legal, para o fim de expedir Instrução normativa com a finalidade de “regulamentar” a lei processual federal.

Os únicos órgãos do Poder Judiciário que dispõem de tal competência — expedir regulamentos —, salvo melhor juízo, são o Tribunal Superior Eleitoral e o Conselho Nacional de

Justiça, como se pode ver do art. 23, IX, do CE, e do art. 103-B, § 4º, inc. I, da CF:

Código Eleitoral:

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

(...)

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

CF:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Nem esse Supremo Tribunal Federal (em face das normas constitucionais), nem o Superior Tribunal de Justiça (em face das normas infraconstitucionais), dispõem de competência para editar Instrução Normativa sobre matéria jurisdicional, de sorte a impor aos demais órgãos jurisdicionais comando normativo indicando como devem os juízes aplicar as leis.

A competência que dispõem é de editar súmulas.

Acresce que, na parte que toca ao Tribunal Superior do Trabalho, as competências estão previstas em lei e não na Constituição Federal, conforme previsto no § 1º do art. 111-A, da CF:

Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

(...)

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Pois bem. As competências jurisdicionais e administrativas do Tribunal Superior do Trabalho estão previstas na CLT (artigo 702, parágrafos e incisos) e dentre elas não se vê qualquer previsão de edição de Instrução Normativa em matéria jurisdicional.

SEÇÃO III

DA COMPETÊNCIA DO CONSELHO

PLENO

Art. 702 – Ao Tribunal Pleno compete:

I – em única instância:

- a) decidir sobre matéria constitucional, quando arguido, para invalidar lei ou ato do poder público;
- b) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como estender ou rever suas próprias decisões normativas, nos casos previstos em lei;
- c) homologar os acordos celebrados em dissídios de que trata a alínea anterior;
- d) julgar os agravos dos despachos do presidente, nos casos previstos em lei;
- e) julgar as suspeições arguidas contra o presidente e demais juízes do Tribunal, nos feitos pendentes de sua decisão;
- f) estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, na forma prescrita no Regimento Interno.
- g) aprovar tabelas de custas emolumentos, nos termos da lei;
- h) elaborar o Regimento Interno do Tribunal e exercer as atribuições administrativas previstas em lei, ou decorrentes da Constituição Federal.

II - em última instância:

- a) julgar os recursos ordinários das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais em processos de sua competência originária;
- b) julgar os embargos opostos às decisões de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso I deste artigo;

c) julgar embargos das decisões das Turmas, quando estas diverjam entre si ou de decisão proferida pelo próprio Tribunal Pleno, ou que forem contrárias à letra de lei federal;

d) julgar os agravos de despachos denegatórios dos presidentes de turmas, em matéria de embargos na forma estabelecida no regimento interno;

e) julgar os embargos de declaração opostos aos seus acordãos.

§ 1º Quando adotada pela maioria de dois terços dos juízes do Tribunal Pleno, a decisão proferida nos embargos de que trata o inciso II, alínea “c”, deste artigo, terá força de prejudgado, nos termos dos §§ 2º e 3º, do art. 902.

§ 2º É da competência de cada uma das turmas do Tribunal:

a) julgar, em única instância, os conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais do Trabalho e os que se suscitarem entre juízes de direito ou juntas de conciliação e julgamento de regiões diferentes;

b) julgar, em última instância, os recursos de revista interpostos de decisões dos Tribunais Regionais e das Juntas de Conciliação e julgamento ou juízes de direito, nos casos previstos em lei;

c) julgar os agravos de instrumento dos despachos que denegarem a interposição de recursos ordinários ou de revista;

d) julgar os embargos de declaração opostos aos seus acordãos;

e) julgar as habilitações incidentes e arguições de falsidade, suspeição e outras nos casos pendentes de sua decisão.

Quanto à interpretação das leis, as competências conferidas ao TST restringem sua atuação na função jurisdicional. Não lhe dá competência para editar Instrução Normativa para regulamentar lei alguma, muito menos lei processual.

Possui o TST, é certo, as competências privativas de quaisquer Tribunais em razão do disposto no art. 96, I, “a” e “b”, da CF.

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e **elaborar seus regimentos internos**, com **observância das normas de processo** e das garantias processuais das partes, **dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos**;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

E com base nessas competências constitucionais, o TST editou seu Regimento Interno e previu a possibilidade de editar Resoluções (gênero) com denominação de Instrução Normativa (espécie), como se pode ver dos artigos 296 e 297:

CAPÍTULO II

DAS RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL

Art. 296. Os atos de competência do Tribunal, **normativos** ou individuais, obedecem à seguinte nomenclatura:

I - **Resolução Administrativa**; e

II - **Resolução**.

Art. 297. Na **classe de Resolução Administrativa**, enquadram-se as regulamentações sobre pessoal (Magistrados e servidores), organização e administração dos órgãos da Justiça do Trabalho, funcionamento e atribuições das unidades do Tribunal e de seus servidores, e, **na classe de Resolução**, **as deliberações referentes à aprovação de Instrução Normativa, Súmulas e Precedentes Normativos**.

Art. 298. As Resoluções Administrativas e as Resoluções serão numeradas em séries próprias, de acordo com a matéria disciplinada, seguida e ininterruptamente, independentemente do ano de sua edição.

Nesse ponto andou mal o TST, d.v.

É que, com a ressalva do devido respeito, a parte final do art. 297 do Regimento Interno do TST contém uma “autorização” para o Tribunal editar Instrução Normativa em matéria jurisdicional, que o art. 96, I, “a”, não autoriza.

Pois bem. Em precedente aplicável ao caso sob exame, essa eg. Corte teve a oportunidade

de proclamar a nulidade, por inconstitucionalidade, de norma do Regimento Interno do TJDF que mantinha o ato de julgamento de ação penal em sessão secreta, por compreender que teria ocorrido, não apenas a invasão da competência do legislador de normas de processo (CF, art. 22, I), como, principalmente, exorbitado da competência outorgada no art. 96, I, “a”, da CF. Veja-se a ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI N. 8.185, DE 14.5.1991. ARTS. 144, PAR. ÚNICO E 150, CAPUT, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ATO DE JULGAMENTO REALIZADO EM SESSÃO SECRETA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ARTS. 5º, LX E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O impugnado art. 16 da Lei n. 8.185/91 encontra-se tacitamente revogado desde a edição da Lei n. 8.658, de 26.5.93, que estendeu a aplicação das regras previstas nos arts. 1º a 12 da Lei n. 8.038/90 — dirigidas, originariamente, ao STF e ao STJ — às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. 2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, “dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (CF, art. 96, I, “a”). 3. São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa *finalis* da jurisdição. 4. Ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicida-

de se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. **Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual.** Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.9.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos arts. 144, par. único e 150, *caput* do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

(ADI 2970, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20.4.2006, DJ 12.5.2006 PP-00004 EMENT VOL-02231-01 PP-00163 RTJ VOL-00200-01 PP-00056 RDDP n. 40, 2006, p. 155-160 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 50-60 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 452-458)

É o que ocorre no caso sob exame, porque o TST, ao editar a Instrução Normativa n. 39/2016, tanto invadiu a competência do legislador processual (CF, art. 22, I), como igualmente assim o fez em contrariedade à competência que lhe foi outorgada no art. 96, I, “a”, da CF.

Em outro precedente, entendeu essa Corte, ao examinar a constitucionalidade de normas do Estatuto da Advocacia, não apenas definir o campo de atuação do legislador ordinário e do regimento interno dos Tribunais, como igualmente deixar claro que “*em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera*”. Senão vejamos a ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IX, do art. 7º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que põe a sustentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar. Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram

no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua consequente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de um ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. **Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.** Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta.

(ADI 1105 MC, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 3.8.1994, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-02 PP-00208)

Ora, parece claro que a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST contém normas de sobredireito em matéria processual (que

somente poderiam ser editadas pelo legislador ordinário da União, nos termos do art. 22, I), na medida em que dispôs sobre a aplicação de normas do CPC/15 para o processo trabalhista em todos os órgãos judicantes.

É certo, ainda, que a IN 39/2016 do TST não versa sobre o funcionamento do próprio TST, ou sobre processos de competência do TST, para dispor sobre o procedimento destes, o que seria válido.

Inegável, assim, d.v., a violação ao art. 96, I, “a” e ao art. 5º, II, da CF, porque o TST editou ato normativo sem competência constitucional ou legal para tanto.

Por último, conforme anunciado no capítulo I desta petição, a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST viola o princípio da independência dos magistrados, contido em vários dispositivos da CF, como no art. 95, I, II e III, e no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, porque cabe a cada magistrado ou Tribunal, no exercício da prestação jurisdicional, conferir a interpretação da lei ao julgar os casos concretos (“nos termos da lei”).

Devem os magistrados trabalhistas observar, quanto à aplicação do novo CPC/15 em face do processo trabalhista, a norma contida no art. 15 desse diploma legal, os artigos 769 e 889 da CLT, ou ainda a LINDB. Essas são as normas de sobredireito editadas pelo legislador que os magistrados devem observar.

Então, o máximo que podia ter feito o TST, visando a dar a segurança jurídica que invocou ao editar a IN 39/2016, seria a edição de enunciados ou a expedição de recomendação, para que os juízes e Tribunais observassem o entendimento que a Comissão de Ministros compreendeu que seria a mais adequada e correta.

Nunca, d.v., editado uma Instrução Normativa, contento típicas normas de sobredireito, que submete os magistrados à sua observância, antes mesmo que haja o pronunciamento das diversas instâncias judiciais e a fixação de um

entendimento pela Corte Superior Trabalhista no exercício jurisdicional desses órgãos.

A violação ao princípio da independência dos magistrados é clara e não pode subsistir.

IV – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR E FINAL DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

O caso sob exame é típico de atuação desse eg. Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar, não se podendo cogitar, d.v., da aplicação do rito do art. 12 da Lei n. 9.869/98, porque tal rito não será capaz de permitir o exame da questão com a urgência exigível.

Daí o presente pedido para que o eminente Ministro designado relator submeta ao Plenário, na forma prevista no art. 10 da Lei n. 9.869/98, o pedido de cautelar para o fim de suspender a eficácia da Instrução Normativa n. 39/2016 editada pelo TST.

Afinal, não parece correta a subsistência de um ato normativo editado por órgão jurisdicional (TST), com força de lei, em manifesta invasão da competência legiferante do Congresso Nacional, dispondo sobre a forma como deverão os magistrados trabalhistas aplicar o CPC/15.

Requer, então, a Anamatra, a concessão da medida cautelar, para o fim de que seja suspensa a eficácia da Instrução Normativa n. 39/2016 editada pelo TST com efeito *ex nunc*.

Deferida a medida cautelar e ouvidos (a) o Tribunal Superior do Trabalho, (b) a Advocacia Geral da União e o (d) Procurador Geral da República, requer a ANAMATRA que esse eg. Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido de declaração de nulidade, por vício de inconstitucionalidade formal e material da Instrução Normativa n. 39/2016 editada pelo TST, com efeito *ex tunc*.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100,00.

Brasília, 4 de maio de 2016.

P.p.

ALBERTO PAVIE RIBEIRO

(OAB-DF, n. 7.077)

Tribunal Superior do Trabalho

DESPACHO

Processo: TST-Cons-17652-49.2016.5.00.0000

Consulente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA

- Trata-se de **Consulta** (seq. 1) formulada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA, por meio da qual requer esclarecimentos relativos à Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, aprovada pela Resolução n. 203, de 15 de março de 2016, do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre a aplicabilidade e inaplicabilidade de diversos artigos do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Argumenta que, após a edição da Instrução Normativa n. 39/2016, diversas dúvidas surgiram na atividade hermenêutica dos Juízes do Trabalho de 1º e 2º graus de jurisdição, sobretudo no tocante a eventual sanção disciplinar imposta a magistrado fundamentada na aplicabilidade do referido ato normativo (IN n. 39/2016), ou, ainda, o suposto provimento de Correições Parciais pautadas nessa matéria.

Diante disso, apresenta os seguintes questionamentos:

1) “a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei n. 13.105/2015) ao processo do trabalho, inclusive à luz do art. 765 da CLT, poderá ensejar medidas disciplinares em detrimento dos magistrados, caso a sua decisão, nos autos em que funcionar, esteja em desconformidade com as regras da Instrução Normativa n. 39/2016?”;

2) “a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei n. 13.105/2015) ao processo do trabalho, à luz dos artigos 769 e 899 da CLT e 15 do CPC, poderá desafiar correição parcial para revisão do entendimento do juiz, junto à Corregedoria Geral e/ou às corregedorias regionais, caso a sua decisão, nos autos em que funcionar, esteja em desconformidade com as regras da Instrução Normativa n. 39/2016?”;

3) “ainda sobre Correições Parciais, as que eventualmente sejam providas com base em divergência procedimental ou quanto à aplicação da lei processual, podem ser anotadas em registros funcionais para fins de contagem negativa por ocasião de promoções por merecimento?”.

Relatados, à análise.

De acordo com o art. 6º, IV, do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, é atribuição deste Corregedor-Geral “dirimir dúvidas apresentadas em Consultas formuladas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, seus Órgãos ou seus integrantes”, razão pela qual acolho a Consulta.

O Egrégio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em 15 de março de 2016, por meio da Resolução n. 203, “**considerando** a vigência de novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 17.03.2015) a partir de 18 de março de 2016;

considerando a imperativa necessidade de o Tribunal Superior do Trabalho posicionar-se, ainda que de forma não exaustiva, sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho; **considerando** que as normas dos arts. 769 e 889 da CLT não foram revogadas pelo art. 15 do CPC de 2015, em face do que estatui o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; **considerando** a plena possibilidade de compatibilização das normas em apreço; **considerando** o disposto no art. 1.046, § 2º, do CPC, que expressamente preserva as ‘disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis’, dentre as quais sobressaem as normas especiais que disciplinam o Direito Processual do Trabalho; **considerando** o escopo de identificar apenas questões polêmicas e algumas das questões inovatórias relevantes para efeito de aferir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao Processo do Trabalho do Código de Processo Civil de 2015; **considerando a exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho, bem assim o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento da desejável celeridade; considerando** que o Código de Processo Civil de 2015 não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa, como transparece, entre outras, das hipóteses de julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332, *caput* e § 1º, conjugado com a norma explícita do parágrafo único do art. 487), de tutela provisória liminar de urgência ou da evidência (parágrafo único do art. 9º) e de indeferimento liminar da petição inicial (CPC, art. 330); **considerando** que o conteúdo da aludida garantia do contraditório há que se compatibilizar com os princípios da celeridade, da oralidade e da concentração de atos processuais no Processo do Trabalho, visto que este, por suas especificidades e pela natureza alimentar das pretensões nele deduzidas, foi concebido e estruturado para

a outorga rápida e impostergável da tutela jurisdicional (CLT, art. 769); **considerando** que está sub judice no Tribunal Superior do Trabalho a possibilidade de imposição de multa pecuniária ao executado e de liberação de depósito em favor do exequente, na pendência de recurso, o que obsta, de momento, qualquer manifestação da Corte sobre a incidência no Processo do Trabalho das normas dos arts. 520 a 522 e § 1º do art. 523 do CPC de 2015; **considerando** que os enunciados de súmulas dos Tribunais do Trabalho a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC de 2015 são exclusivamente os que contenham os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi* – art. 926, § 2º),” resolveu aprovar a Instrução Normativa n. 39/2016, a qual dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

Conforme relatado acima, a ANAMATRA formula a presente Consulta, suscitando questionamentos relacionados à aplicabilidade da Instrução Normativa n. 39/2016, aduzindo que, após a sua edição, dúvidas surgiram na atividade hermenêutica dos Juízes do Trabalho, mormente no que concerne à imposição de eventual sanção disciplinar a magistrado e, ainda, o suposto provimento de Correições Parciais no particular.

Dito isso, passo às respostas das questões apresentadas pela Consulente.

A interpretação, no caso concreto, quanto à aplicabilidade, ou inaplicabilidade, das normas do novo CPC no Processo do Trabalho, em sentido contrário ao que dispõe a Instrução Normativa n. 39/2016, por si só, não é capaz de gerar sanções disciplinares aos magistrados.

Com efeito, consoante estabelece o art. 41 da Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN), “salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”.

Em outras palavras, a interpretação do Juiz do Trabalho em sentido oposto ao estabelecido na Instrução Normativa n. 39/2016 não acarreta qualquer sanção disciplinar, visto que a interpretação das normas jurídicas em sentido amplo, bem como a sua subsunção ao caso concreto, é uma decorrência da atividade jurisdicional.

Por outro lado, segundo a melhor doutrina “a correição parcial não é recurso, nem ação, pois não se submete ao contraditório. Trata-se de medida judicial sui generis não contemplada na legislação processual civil codificada, cuja finalidade é coibir a inversão tumultuária da boa marcha processual surgida no curso do processo em virtude de erro, abuso ou omissão do Juiz” (BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.210).

De fato, o instrumento da correição parcial não tem previsão nos diplomas processuais, sendo, via de regra, disciplinado nos regimentos internos dos Tribunais.

No âmbito desta Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, o mecanismo em apreço encontra amparo no art. 13 e seguintes do seu Regimento Interno (RICGT), *in verbis*:

“Art. 13. A Correição Parcial é cabível para corrigir erros, abusos e atos contrários à boa ordem processual e que importem em atentado a fórmulas legais de processo, quando para o caso não haja recurso ou outro meio processual específico.

Parágrafo único. Em situação extrema ou excepcional, poderá o Corregedor-Geral adotar as medidas necessárias a impedir lesão de difícil reparação, assegurando, dessa forma, eventual resultado útil do processo, até que ocorra o exame da matéria pelo órgão jurisdicional competente.

Art. 14. A petição inicial, dirigida ao Corregedor-Geral, deverá conter:

I – a qualificação do autor, a indicação da autoridade a que se refere a impugnação e, se for o caso, do terceiro interessado;

II – os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido;

III – o pedido com suas especificações;

IV – a apresentação das provas necessárias à comprovação dos fatos alegados;

V – a data e a assinatura do autor ou seu representante.

Art. 15. A petição inicial será obrigatoriamente instruída com:

I – certidão de inteiro teor, ou cópia reprográfica autenticada que a substitua, da decisão ou despacho reclamado e das peças em que se apoiou;

II – outras peças que contenham elementos necessários ao exame do pedido e da sua tempestividade;

III – instrumento de mandato outorgado ao subscritor, caso houver.

§ 1º A petição inicial e os documentos que a acompanham deverão ser apresentados em tantas vias quantas necessárias ao processamento e à instrução da Correição Parcial.

§ 2º As cópias reprográficas de peças do processo de Correição Parcial poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Art. 16. É facultado ao interessado apresentar a petição inicial da Correição Parcial mediante a utilização do Sistema de Peticionamento Eletrônico da Justiça do Trabalho (e-DOC), observado o disciplinamento interno da matéria no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Art. 17. O prazo para a apresentação da Correição Parcial é de 5 (cinco) dias, contados da publicação do ato ou despacho no órgão oficial, ou da ciência inequívoca pela parte dos fatos relativos à impugnação.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no *caput* deste artigo será em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público do Trabalho.

Art. 18. As Secretarias dos órgãos judiciários da Justiça do Trabalho deverão fornecer às partes documentos e certidões por elas requeridos e destinados à instrução dos processos de Correição Parcial, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, e prestar, no mesmo

prazo, as informações determinadas pelas autoridades responsáveis pelos procedimentos impugnados.

Art. 19. Formalmente apta a petição inicial e regularmente instruída, o Corregedor-Geral ordenará a notificação da autoridade requerida, por ofício, mediante a remessa da cópia apresentada pelo requerente, acompanhada dos documentos respectivos, para que se manifeste sobre o pedido, no prazo máximo de 10 (dez) dias, prestando as informações que entender necessárias.

Art. 20. Ao despachar a petição inicial da Correição Parcial, o Corregedor-Geral poderá:

I – indeferir-lá, desde logo, caso seja incabível, inepta, intempestiva, ou desacompanhada de documento essencial;

II – deferir, liminarmente, a suspensão do ato impugnado, desde que relevantes os fundamentos do pedido ou da eficácia do ato impugnado resultar justificado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

III – julgar, de plano, a Correição Parcial, desde que manifestamente improcedente o pedido.

Art. 21. Conclusos os autos, o Corregedor-Geral proferirá decisão fundamentada e conclusiva, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. A decisão será publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho e remetida por cópia, mediante ofício, ao requerente, à autoridade a que se refere a impugnação e, se for o caso, ao terceiro interessado.

Art. 22 O Corregedor-Geral, se entender necessário, poderá determinar a remessa de cópia da decisão final a outros Juízes e Tribunais, para observância uniforme.

Art. 23 A autoridade responsável pelo cumprimento da decisão oficiará à Corregedoria-Geral sobre a observância do que determinado.”

Conforme se observa do *caput* do art. 13 do RICGJT, a correição parcial é cabível “para corrigir erros, abusos e atos contrários à boa ordem processual e que importem em atentado a fórmulas legais de processo, quando para o

caso não haja recurso ou outro meio processual específico”.

Tal dispositivo especifica não só a hipótese restrita do seu cabimento (corrigir atos atentatórios ao bom andamento do processo — o tumulto processual), como também o seu caráter subsidiário.

Assim sendo, a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei n. 13.105/2015), em desconformidade com as regras da Instrução Normativa n. 39/2016, por si só, não desafia o manejo da correição parcial, por incabível à espécie, até porque a atividade hermenêutica do ordenamento jurídico exercida pelo magistrado encerra tão somente o desempenho da sua função jurisdicional, o que não implica em tumulto processual para os efeitos do *caput* do art. 13 do RICGJT, apto a ensejar a medida correicional.

Destarte, como consequência lógica do entendimento de que a mera interpretação do Juiz, no caso concreto, em sentido oposto ao estabelecido na IN n. 39/2016, não desafia o manejo da correição parcial, por ser incabível na hipótese, há que se reconhecer **prejudicada** a terceira questão e, por conseguinte, a resposta solicitada pela ANAMATRA.

Conclusão

Sendo assim, **acolho** a presente Consulta, para assentar que: 1) a interpretação do Juiz do Trabalho em sentido oposto ao estabelecido na Instrução Normativa n. 39/2016 não acarreta qualquer sanção disciplinar; 2) a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei n. 13.105/2015), em desconformidade com as regras da Instrução Normativa n. 39/2016 não desafia o manejo da correição parcial, por incabível à espécie, até porque a atividade hermenêutica do ordenamento jurídico exercida pelo magistrado encerra tão somente o desempenho da sua função jurisdicional, o que não implica em tumulto processual para os efeitos do *caput* do art. 13 do RICGJT, apto a

ensejar a medida correicional; 3) como consequência lógica da resposta atribuída à segunda questão, tem-se por **prejudicada** a terceira questão e, por conseguinte, a sua resposta.

Todavia, compre salientar que a Instrução Normativa n. 39/2016 foi aprovada considerando a imperativa necessidade de o Tribunal Superior do Trabalho firmar posição acerca das normas do novo Código de Processo Civil aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, e, assim, resguardar às partes a segurança jurídica exigida nas demandas judiciais, evitando-se eventual declaração de nulidade em prejuízo da celeridade processual.

Ressalte-se que tal imperativo se revela ainda mais premente diante das peculiaridades do Direito Processual do Trabalho, advindas da relação material celebrada entre empregados e empregadores, na qual se verifica, a rigor, a condição de hipossuficiência do trabalhador.

Por esse motivo é que se espera a colaboração e comprometimento dos órgãos da Justiça do Trabalho de primeiro e de segundo graus, a fim de que adequem os seus atos processuais aos parâmetros estabelecidos na Instrução Normativa n. 39/2016, com vistas à uniformização das normas a serem aplicadas no âmbito do Processo do Trabalho.

Dê-se ciência à consulente, bem como aos Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Publique-se.

Após, archive-se.

Brasília, 1º de setembro de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

RENATO DE LACERDA PAIVA

Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho

RESOLUÇÃO N. 203, DE 15 DE MARÇO DE 2016.

Edita a Instrução Normativa n. 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

► **O EGRÉGIO PLENO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**, em Sessão Extraordinária hoje realizada, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal, presentes os Excelentíssimos Senhores Ministros Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal, Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, João Oreste Dalazen, Antonio José de Barros Levenhagen, João Batista Brito Pereira, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Aloysio Corrêa da Veiga, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Maria de Assis Calsing, Dora Maria da Costa, Guilherme Augusto Caputo Bastos, Márcio Eurico Vitral Amaro, Waldir Oliveira da Costa, Maurício Godinho Delgado, Kátia Magalhães Arruda, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Alves Miranda Arantes, Hugo Carlos Scheuermann, Alexandre de Souza Agra Belmonte, Cláudio Mascarenhas Brandão, Douglas Alencar Rodrigues, Maria Helena Mallmann e a Excelentíssima Vice-Procuradora-Geral do Trabalho, Dr.^a Cristina Aparecida Ribeiro Brasileiro,

Considerando a vigência de novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 17.03.2015) a partir de 18 de março de 2016,

Considerando a imperativa necessidade de o Tribunal Superior do Trabalho posicionar-se, ainda que de forma não exaustiva, sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho,

Considerando que as normas dos arts. 769 e 889 da CLT não foram revogadas pelo art. 15 do CPC de 2015, em face do que estatui o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

Considerando a plena possibilidade de compatibilização das normas em apreço,

Considerando o disposto no art. 1046, § 2º, do CPC, que expressamente preserva as “disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis”, dentre as quais sobressaem as normas especiais que disciplinam o Direito Processual do Trabalho,

Considerando o escopo de identificar apenas questões polêmicas e algumas das questões inovadoras relevantes para efeito de aferir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao Processo do Trabalho do Código de Processo Civil de 2015,

Considerando a exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho, bem assim o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento da desejável celeridade,

Considerando que o Código de Processo Civil de 2015 não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa, como transparece, entre outras, das hipóteses de julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332, *caput*, e § 1º, conjugado com a norma explícita do parágrafo único do art. 487), de tutela provisória liminar de urgência ou da evidência (parágrafo único do art. 9º) e de indeferimento liminar da petição inicial (CPC, art. 330),

Considerando que o conteúdo da aludida garantia do contraditório há que se compatibilizar com os princípios da celeridade, da oralidade e da concentração de atos processuais no Processo do Trabalho, visto que este, por suas especificidades e pela natureza alimentar das pretensões nele deduzidas, foi concebido e estruturado para a outorga rápida e impositergável da tutela jurisdicional (CLT, art. 769),

Considerando que está *sub judice* no Tribunal Superior do Trabalho a possibilidade de imposição de multa pecuniária ao executado e de liberação de depósito em favor do exequente, na pendência de recurso, o que obsta, de momento, qualquer manifestação da Corte sobre a incidência no Processo do Trabalho das normas dos arts. 520 a 522 e § 1º do art. 523 do CPC de 2015,

Considerando que os enunciados de súmulas dos Tribunais do Trabalho a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC de 2015 são exclusivamente os que contenham os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi* – art. 926, § 2º),

RESOLVE

Aprovar a Instrução Normativa n. 39, nos seguintes termos:

INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 39/2016

Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

Art. 1º Aplica-se o Código de Processo Civil, subsidiária e supletivamente, ao Processo do Trabalho, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, na forma dos arts. 769 e 889 da CLT e do art. 15 da Lei n. 13.105, de 17.03.2015.

§ 1º Observar-se-á, em todo caso, o princípio da irrecurribilidade em separado das decisões interlocutórias, de conformidade com o art. 893, § 1º da CLT e Súmula n. 214 do TST.

§ 2º O prazo para interpor e contra-arrazoar todos os recursos trabalhistas, inclusive agravo interno e agravo regimental, é de oito dias (art. 6º da Lei n. 5.584/70 e art. 893 da CLT), exceto embargos de declaração (CLT, art. 897-A).

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

I – art. 63 (modificação da competência territorial e eleição de foro);

II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual);

III – art. 219 (contagem de prazos em dias úteis);

IV – art. 334 (audiência de conciliação ou de mediação);

V – art. 335 (prazo para contestação);

VI – art. 362, III (adiamento da audiência em razão de atraso injustificado superior a 30 minutos);

VII – art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes);

VIII – arts. 921, §§ 4º e 5º, e 924, V (prescrição intercorrente);

IX – art. 942 e parágrafos (prosseguimento de julgamento não unânime de apelação);

X – art. 944 (notas taquigráficas para substituir acórdão);

XI – art. 1.010, § 3º (desnecessidade de o juízo *a quo* exercer controle de admissibilidade na apelação);

XII – arts. 1.043 e 1.044 (embargos de divergência);

XIII – art. 1.070 (prazo para interposição de agravo).

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

I – art. 76, §§ 1º e 2º (saneamento de incapacidade processual ou de irregularidade de representação);

II – art. 138 e parágrafos (*amicus curiae*);

III – art. 139, exceto a parte final do inciso V (poderes, deveres e responsabilidades do juiz);

IV – art. 292, V (valor pretendido na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral);

V – art. 292, § 3º (correção de ofício do valor da causa);

VI – arts. 294 a 311 (tutela provisória);

VII – art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova);

VIII – art. 485, § 7º (juízo de retratação no recurso ordinário);

IX – art. 489 (fundamentação da sentença);

X – art. 496 e parágrafos (remessa necessária);

XI – arts. 497 a 501 (tutela específica);

XII – arts. 536 a 538 (cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa);

XIII – arts. 789 a 796 (responsabilidade patrimonial);

XIV – art. 805 e parágrafo único (obrigação de o executado indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos para promover a execução);

XV – art. 833, incisos e parágrafos (bens impenhoráveis);

XVI – art. 835, incisos e §§ 1º e 2º (ordem preferencial de penhora);

XVII – art. 836, §§ 1º e 2º (procedimento quando não encontrados bens penhoráveis);

XVIII – art. 841, §§ 1º e 2º (intimação da penhora);

XIX – art. 854 e parágrafos (BacenJUD);

XX – art. 895 (pagamento parcelado do lanço);

XXI – art. 916 e parágrafos (parcelamento do crédito exequendo);

XXII – art. 918 e parágrafo único (rejeição liminar dos embargos à execução);

XXIII – arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais);

XXIV – art. 940 (vista regimental);

XXV – art. 947 e parágrafos (incidente de assunção de competência);

XXVI – arts. 966 a 975 (ação rescisória);

XXVII – arts. 988 a 993 (reclamação);

XXVIII – arts. 1.013 a 1.014 (efeito devolutivo do recurso ordinário – força maior);

XXIX – art. 1021 (salvo quanto ao prazo do agravo interno).

Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por “decisão surpresa” a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.

Art. 5º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença.

Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

Art. 7º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 332 do CPC, com as necessárias adaptações à legislação processual trabalhista, cumprindo ao juiz do trabalho julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Trabalho (CPC, art. 927, inciso V);

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de Tribunal Regional do Trabalho sobre direito local, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que não exceda à jurisdição do respectivo Tribunal (CLT, art. 896, “b”, a *contrario sensu*).

Parágrafo único. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência.

Art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

§ 1º Admitido o incidente, o relator suspenderá o julgamento dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na Região, no tocante ao tema objeto de IRDR, sem prejuízo da instrução integral das causas

e do julgamento dos eventuais pedidos distintos e cumulativos igualmente deduzidos em tais processos, inclusive, se for o caso, do julgamento antecipado parcial do mérito.

§ 2º Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, dotado de efeito meramente devolutivo, nos termos dos arts. 896 e 899 da CLT.

§ 3º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho será aplicada no território nacional a todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito.

Art. 9º O cabimento dos embargos de declaração no Processo do Trabalho, para impugnar qualquer decisão judicial, rege-se pelo art. 897-A da CLT e, supletivamente, pelo Código de Processo Civil (arts. 1.022 a 1.025; §§ 2º, 3º e 4º do art. 1026), excetuada a garantia de prazo em dobro para litisconsortes (§ 1º do art. 1023).

Parágrafo único. A omissão para fins do prequestionamento ficto a que alude o art. 1.025 do CPC dá-se no caso de o Tribunal Regional do Trabalho, mesmo instado mediante embargos de declaração, recusar-se a emitir tese sobre questão jurídica pertinente, na forma da Súmula n. 297, item III, do Tribunal Superior do Trabalho.

Art. 10. Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do parágrafo único do art. 932 do CPC, §§ 1º a 4º do art. 938 e §§ 2º e 7º do art. 1.007.

Parágrafo único. A insuficiência no valor do preparo do recurso, no Processo do Trabalho, para os efeitos do § 2º do art. 1.007 do CPC, concerne unicamente às custas processuais, não ao depósito recursal.

Art. 11. Não se aplica ao Processo do Trabalho a norma do art. 459 do CPC no que permite a inquirição direta das testemunhas pela parte (CLT, art. 820).

Art. 12. Aplica-se ao Processo do Trabalho o parágrafo único do art. 1.034 do CPC. Assim, admitido o recurso de revista por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior do Trabalho o conhecimento dos demais fundamentos para a solução apenas do capítulo impugnado.

Art. 13. Por aplicação supletiva do art. 784, I (art. 15 do CPC), o cheque e a nota promissória emitidos em reconhecimento de dívida inequivocamente de natureza trabalhista também são títulos extrajudiciais para efeito de execução perante a Justiça do Trabalho, na forma do art. 876 e segs. da CLT.

Art. 14. Não se aplica ao Processo do Trabalho o art. 165 do CPC, salvo nos conflitos coletivos de natureza econômica (Constituição Federal, art. 114, §§ 1º e 2º).

Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

III – não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

IV – o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V – decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

VI – é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Art. 16. Para efeito de aplicação do § 5º do art. 272 do CPC, não é causa de nulidade processual a intimação realizada na pessoa de advogado regularmente habilitado nos autos, ainda que conste pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome de outro advogado, se o profissional indicado não se encontra previamente cadastrado no Sistema de Processo Judicial Eletrônico, impedindo a serventia judicial de atender ao requerimento de envio da intimação direcionada. A decretação de nulidade não pode ser acolhida em favor da parte que lhe deu causa (CPC, art. 276).

Art. 17. Sem prejuízo da inclusão do devedor no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (CLT, art. 642-A), aplicam-se à execução trabalhista as normas dos artigos 495, 517 e 782, §§ 3º, 4º e 5º do CPC, que tratam respectivamente da hipoteca judiciária, do protesto de decisão judicial e da inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

Art. 18. Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data da sua publicação.

Min. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO

Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

BREVE EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A preocupação com os profundos impactos do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 17.03.2015) no processo do trabalho, mais que aconselhar, impõe um posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, mediante Instrução Normativa.

A proposta que ora se apresenta toma como premissa básica e viga mestra a não revogação dos arts. 769 e 889 da CLT pelo art. 15 do CPC de 2015, seja em face do que estatui o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, seja à luz do art. 1046, § 2º do NCPC.

Daí que a tônica central e fio condutor da Instrução Normativa é somente permitir a invocação subsidiária ou supletiva do NCPC caso haja omissão e também compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho. Entendemos que a norma do art. 15 do NCPC não constitui sinal verde para a transposição de qualquer instituto do processo civil para o processo do trabalho, ante a mera constatação de omissão, sob pena de desfigurar-se todo o especial arcabouço principiológico e axiológico que norteia e fundamenta o Direito Processual do Trabalho.

Nesta perspectiva, a Instrução Normativa identificou e apontou três categorias de normas do NCPC, com vistas à invocação, ou não, no processo do trabalho: a) as não aplicáveis (art. 2º); b) as aplicáveis (art. 3º); c) as aplicáveis em termos, isto é, com as necessárias adaptações (as demais referidas na IN a partir do art. 4º).

Não se quis, nem se poderia, exaurir na Instrução Normativa o elenco de normas de tais categorias. O escopo primacial foi o exame de algumas das mais relevantes questões inovatórias e, em especial, das questões jurídico-processuais mais controvertidas que

o NCPC suscita, com os olhos fitos no campo trabalhista.

A aplicação no processo do trabalho da nova concepção de princípio do contraditório adotada pelo NCPC (artigos 9º e 10), no que veda a decisão surpresa, constituiu-se em uma das mais tormentosas e atormentadoras questões com que se viu a braços a Comissão. Prevaleceu uma solução de compromisso:

a) de um lado, aplica-o na plenitude no julgamento do mérito da causa (art. 4º, § 1º, da IN) e, portanto, na esfera do direito material, de forma a impedir a adoção de fundamento jurídico não debatido previamente pelas partes; persiste a possibilidade de o órgão jurisdicional invocar o brocardo *jura novit curia*, mas não sem audiência prévia das partes;

b) de outro lado, no plano estritamente processual, mitigou-se o rigor da norma (art. 4º, § 2º, da IN); para tanto, concorreram vários fatores:

b1) as especificidades do processo trabalhista (mormente a exigência fundamental de celeridade em virtude da natureza alimentar das pretensões deduzidas em juízo);

b2) a preservação pelo próprio CPC/2015 (art. 1046, § 2º) das “disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis”, dentre as quais sobressai a CLT;

b3) o próprio Código de Processo Civil não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório **prévio** como vedação à decisão surpresa;

b4) a experiência do direito comparado europeu, berço da nova concepção de contraditório, que recomenda algum temperamento em sua aplicação; tome-se, a título de ilustração, a seguinte decisão do Tribunal das Relações de Portugal de 2004:

“A **decisão surpresa** apenas emerge quando ela comporte uma solução jurídica que, perante os factos controvertidos, as partes **não tinham** obrigação de **prever**”.

Daí a diretriz assumida pela IN, a *contrario sensu*: **não** se reputa “decisão surpresa” a que

as partes **tinham** obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais. Ainda aqui, todavia, a IN ressalva os casos excepcionais em que, a propósito desses institutos, há disposição legal **expressa** determinando a audiência prévia da parte, a exemplo das normas dos §§ 2º e 7º do art. 1007 e §§ 1º a 4º do art. 938 do CPC de 2015.

A Comissão reputou inafastável a aplicação subsidiária ao processo do trabalho da nova exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º). Cuidou, contudo, de algumas regras elucidativas e atenuadoras, sobretudo de modo a prevenir controvérsia sobre o alcance dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC (art. 15, incisos I a VI da IN).

Anoto, de outra parte, que a aprovação da Instrução Normativa, tal como proposta, acarretará impacto substancial ou de atualização formal em dezenas de súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

Enfim, no que tange às normas aplicáveis, a Comissão buscou, de forma bastante criteriosa e seletiva, transpor para o processo do trabalho as inovações relevantes que valorizam a jurisprudência consolidada dos tribunais, privilegiam a qualidade da tutela jurisdicional e não descaram da segurança jurídica.

Brasília, 10 de março de 2016.

Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN

Coordenador da Comissão de Ministros

Índice Geral

Doutrina

O novo Código de Processo Civil e as prerrogativas da magistratura nacional: reflexões de um juiz. 1. Introdução. O anteprojeto do novo código de processo civil: aspectos positivos. A evolução no congresso nacional. 2. Introdução crítica às razões de resistência. A questão da independência judicial. 3. O novo Código de Processo Civil: pontos críticos. Arts. 10, 15, 133, 235, 489, 927 e outros. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas 19

Tradição e tradução do novo CPC no sistema trabalhista. 1. Introdução. 2. A centralidade do Código de Processo Civil x o sistema trabalhista. 3. A volta do pêndulo ou a Lei do Eterno Retorno. 4. O trabalhador merece o preço que vale. 5. Continuando as diferenças originárias ontológicas. 6. Diferenças legais básicas entre o sistema do trabalho e o do direito comum. 7. Diferenças básicas no emprego da equidade e dos princípios. 8. Discrepâncias fundamentais entre os dois sistemas processuais. 9. A peculiaridade do processo coletivo do trabalho. 10. Um magistrado diferente. 11. Notas conclusivas. 12. Referências bibliográficas 37

Embargos de declaração: apontamentos em face do novo Código de Processo Civil e do Direito Processual do Trabalho. 1. Introdução. 2. Conceito e natureza jurídica dos embargos de declaração. 3. Vícios ensejadores de embargos de declaração no CPC e na CLT. 4. Prazo para interposição e julgamento. 5. Forma de interposição, preparo e competência. 6. Juízo de admissibilidade, juízo de mérito e *reformatio in pejus*. 7. Efeitos e contraditório. 8. Decisões embargáveis de declaração. 9. Prequestionamento. 10. Embargos de declaração protelatórios. 11. Considerações finais. 12. Referências bibliográficas 52

As “decisões surpresa” e sua repercussão nas ações de natureza trabalhista. 1. Introdução. 2. O princípio do contraditório e da ampla defesa e a “decisão surpresa” no processo civil. 3. A emergência de um princípio do contraditório mais maleável em certas circunstâncias. 4. A questão do contraditório no processo do trabalho. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas..... 70

O litisconsórcio no CPC/2015 e seus reflexos no processo trabalhista. 1. Introdução. 2. Conceito de litisconsórcio. 3. Classificação do litisconsórcio. 4. O sistema litisconsorcial do CPC/2015. 5. Limitação do número de litisconsortes. 5.1. Procedimento quanto à limitação do número de litisconsortes facultativos. 6. Distinção entre litisconsórcio necessário e unitário. 7. Litisconsórcio unitário. 7.1. Litisconsórcio unitário facultativo. 8. Litisconsórcio necessário. 8.1. Litisconsorte necessário unitário passivo. 8.1.1. Consequências da falta de formação do litisconsórcio necessário unitário passivo. 8.1.2. Consequências da falta de formação do litisconsórcio necessário comum passivo. 8.2. A controvérsia sobre a possibilidade do litisconsórcio necessário ativo. 9. Princípio da autonomia dos colitigantes. 9.1. “Autonomia” dos colitigantes no litisconsórcio unitário. 9.2. Autonomia dos colitigantes no litisconsórcio unitário facultativo. 9.3. Iniciativa processual e intimação dos colitigantes. 10. Considerações finais. 11. Referências bibliográficas 81

O ônus da prova no processo do trabalho e o novo CPC: desafios e perspectivas. 1. Introdução. 2. Ônus da prova. 2.1. Definição. 2.2. Funções subjetiva e objetiva. 2.3. Distribuição estática *versus* distribuição dinâmica. 2.4. Distribuição dinâmica sob a perspectiva constitucional. 3. O ônus da prova no processo do trabalho. 3.1. Disposição na CLT e seu tratamento

pelo judiciário. 3.2. Aplicação do novo CPC ao processo do trabalho. 3.3. Inovações previstas no novo CPC. 3.4. Nova sistemática do novo CPC e o processo do trabalho. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.....	97
Da força legal das instruções normativas do Tribunal Superior do Trabalho: Uma análise acerca da (in)constitucionalidade da IN n. 39/2016 — entre erros e acertos. 1. Introdução. 2. Noções gerais e relevância das Instruções Normativas do TST. Análise da IN n. 39/2016: uma antecipação para resolução do problema da aplicação do novo CPC ao processo do trabalho. 2.1. As instruções normativas: conceito, função e aplicação jurídica. 2.2. Da análise das últimas Instruções Normativas do Tribunal Superior do Trabalho. 2.3. Do estudo específico da IN n. 39/2016. 2.4. Legalidade/Constitucionalidade da IN n. 39/2016 — acertos. 2.5. Da (in)constitucionalidade e/ou (i)legalidade da IN n. 39/2016 — erros. 2.5.1. Usurpação de competências do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo: Um problema de ordem constitucional. 2.5.2. Instrução normativa como fonte autônoma e geral — Impossibilidade. 2.5.3. Insuficiência de maturação na análise da problemática. Uma ofensa ao princípio do devido processo legal. 2.5.4. Supressão de instâncias. Efetiva diminuição dos poderes dos juízos e tribunais inferiores. 2.5.5. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.516. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas	116
Teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a sua aplicação ao processo do trabalho. 1. Introdução. 2. O instituto das provas em direito processual civil e no processo do trabalho. 3. A distribuição estática do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973 e a aplicação ao	
processo do trabalho. 4. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e a sua aplicação ao processo do trabalho. 4.1. A possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil e no processo do trabalho. 4.2. Teoria da carga dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil: a aptidão para a prova no processo do trabalho. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	136
A Constituição, as normas fundamentais do processo civil e o processo do trabalho. 1. Introdução. 2. Devido processo legal. 3. Inafastabilidade da jurisdição e sistema multiportas de resolução de conflitos. 4. Razoável duração do processo e celeridade processual. 5. Boa-fé e colaboração. 6. Paridade de armas e isonomia. 7. Contraditório como possibilidade de influência na decisão de mérito. 8. Publicidade dos atos processuais e fundamentação das decisões judiciais. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas	147
A importância do art. 489 do novo Código de Processo Civil na consolidação de um processo do trabalho verdadeiramente democrático e alinhado aos valores constitucionais. 1. Introdução. 2. Estado e democracia: da legitimidade do poder estatal. 3. Constituição e processo: do devido processo constitucional. 4. Processo e democracia. 4.1. Do fator dialógico como manifestação do elemento democrático no processo. 4.2. Da relevância do fator dialógico para a efetivação de um processo democrático. 4.3. Da importância do art. 489 do NCPC para a consolidação de um processo do trabalho verdadeiramente democrático. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas	167
O “calar” dos trabalhadores: uma análise da política de conciliação na Justiça do Trabalho frente ao “dumping social”.	

1. Introdução. 2. O que é o “ <i>dumping</i> social”? 3. O “ <i>dumping</i> social”: uma infração aos direitos sociais. 4. A política de acordos na justiça do trabalho e o “ <i>dumping</i> social”: uma infração aos direitos sociais. 5. Conclusões e perspectivas. 6. Referências bibliográficas	184
Jurisprudência	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Tribunal Superior do Trabalho	197
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	214
Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região	220
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	231
Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	238
Adendos	
ANAMATRA visa à nulidade da IN n. 39/2016 por meio de ADI	251
Tribunal Superior do Trabalho	260
Tribunal Superior do Trabalho	265

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **Peter Fritz Strotbek – The Best Page**

Capa: **Forma e Conteúdo Editora Criativa**

Finalização: **Fabio Giglio**

Impressão: **Pimenta & Cia. Ltda.**

