

APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

Dispõe o art. 15 do Código de Processo Civil:

“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Conforme o presente dispositivo legal, o Código de Processo Civil será aplicado ao Processo do Trabalho de forma supletiva e subsidiariamente, na ausência de norma que disciplinem o processo trabalhista.

Não há uniformidade, ainda, na doutrina, dos contornos das expressões: supletivo e subsidiário.

Segundo o Dicionário Houaiss da língua portuguesa: subsidiário “é o que subsidia, ajuda, socorre”¹, enquanto que supletivo “é o que completa ou que serve de suplemento”².

O processo do trabalho disciplina a matéria nos artigos 769 e 889, da CLT.

Art. 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.

Art. 889, da CLT: 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.

Manoel Antonio Teixeira Filho³:

“Quando a CLT era da uma donzela ingênua - uma espécie de das Camélias - ela permitiu que esse belo e príncipe, que é o processo civil, a visitasse nas condições estabelecidas pelo art. 769 da CLT. O tempo passou, as inúmeras visitas se sucederam e chegamos ao ano de 2015. Agora, remoçado, esse tornou-se audaz, atrevido, pois pretende visitar, por meio do art. 15, quando bem entender, essa senhora envelhecida e desprotegida, que é a CLT’.

Para nós, as expressões *supletiva e subsidiária*, devem ser aplicadas do seguinte modo ao processo trabalhista:

a) supletivamente: significa aplicar a CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maiores efetividade e justiça ao processo do trabalho. Como exemplos: hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz que são mais completas no CPC, mesmo estando disciplinadas na CLT (art. 802, da CLT); ônus da prova previsto no CPC, pois o art. 818 da CLT é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as

¹ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.608.

² Op. cit. p.2642.

³ Comentários ao Novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do Processo Trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 50.

hipóteses de ausência de prova e prova dividida; o depoimento pessoal previsto no CPC, pois a CLT disciplina apenas o interrogatório (art. 848 da CLT), sendo os institutos afins e propiciam implementação do contraditório substancial no processo trabalhista, etc.;

b) subsidiariamente: significa aplicar o CPC quando a CLT e as leis processuais trabalhistas extravagantes não disciplinarem determinado instituto processual. Vale dizer: há ausência total de previsão de institutos processuais na legislação processual trabalhista. Exemplos: tutelas de urgência, ação rescisória, ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade, etc.

Pode-se se argumentar que houve revogação dos arts. 769 e 889 da CLT, uma vez que o Código de Processo Civil, cronologicamente, é mais recente que CLT. Também se pode argumentar que, diante do referido dispositivo legal, o processo do trabalho perdeu sua autonomia científica, ficando, doravante, mais dependente do processo civil.

Embora o art. 15 e as disposições do novo CPC exerçam influência no processo do trabalho e, certamente, impulsionarão uma nova doutrina e jurisprudência processual trabalhista, não revogou a CLT, uma vez que os arts. 769 e 889 da CLT são normas específicas do Processo do Trabalho, e o CPC apenas uma norma geral. Pelo princípio da especialidade, as normas gerais não derogam as especiais. Além disso, o direito processual do trabalho, como mencionado acima, apresenta autonomia científica e tem seus princípios peculiares que devem, necessariamente, serem respeitados.

De outro lado, o art. 769 da CLT, que é o vetor principal do princípio da subsidiariedade do processo do trabalho, fala em *processo comum*, não, necessariamente, em processo civil para preencher as lacunas da legislação processual trabalhista.

Além disso, pela sistemática da legislação processual trabalhista, as regras do Código de Processo Civil somente podem ser aplicadas ao processo trabalho, se forem compatíveis com as principiologia e singularidades do processo trabalhista. Assim, mesmo havendo lacuna da legislação processual trabalhista, se a regra do CPC for incompatível com as principiologia e singularidades do processo do trabalho, ela não será aplicada.

O art. 15 do novel CPC não contraria os arts. 769 e 889 da CLT. Ao contrário, com eles se harmoniza.

Desse modo, conjugando-se o art. 15 do CPC com os arts. 769 e 889 da CLT, temos que o Código de Processo Civil se aplica ao processo do trabalho da seguinte forma: **supletiva e subsidiariamente, nas omissões da legislação processual trabalhista, desde que compatível com os princípios e singularidades do processo do trabalho.**

O Tribunal Superior do Trabalho, recentemente, editou a Instrução Normativa n. 39/16, que em seu art. 1º, dispõe:

“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 17.3.2015. § 1º 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. § 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).”

Conforme o referido dispositivo, a mais alta corte trabalhista brasileira interpretou, corretamente, o artigo 15 do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido os Enunciado 1º, do 1º Fórum Nacional de Processo do Trabalho, “in verbis”:

NCPC, ART. 15 E CLT, ART. 769. SUBSISTÊNCIA DESTES, EM SUA PLENITUDE. AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO. A cláusula de contenção ou norma principiológica, fundamental, do processo do trabalho, prevista no art. 769 da CLT, permanece hígida e incólume até pelo reconhecimento, no art. 15 do NCPC, da autonomia do processo do trabalho ou mesmo pela ausência de revogação expressa ou derrogação tácita daquele comando, notadamente pela impossibilidade de a lei geral revogar a lei especial (CLT). *Resultado: aprovado por unanimidade.*

É o processo civil que deve ser adaptado ao processo do trabalho e não o processo do trabalho se adaptar ao CPC.

LACUNAS DO PROCESSO DO TRABALHO:

Maria Helena Diniz:

a) normativas: quando a lei não contém previsão para o caso concreto. Vale dizer: não há regulamentação da lei sobre determinado instituto processual;

b) ontológicas: quando a norma não mais está compatível com os fatos sociais, ou seja, está desatualizada. Aqui, a norma regulamenta determinado instituto processual, mas ela não encontra mais ressonância na realidade, não há efetividade da norma processual existente;

c) axiológicas: quando as normas processuais levam a uma solução injusta ou insatisfatória. Existe a norma, mas sua aplicação conduz a uma solução incompatível com os valores de justiça e equidade exigíveis para a eficácia da norma processual.

*Mozart Victor Russomano*⁴, com suporte em *Nicola Jaeger*, nos ensina:

“As normas do processo comum devem adquirir o espírito do processo trabalhista sempre que forem transplantadas para o direito judiciário do trabalho, nas omissões deste.”

Aplicação supletiva possibilita o suprimento das lacunas axiológica, segundo autorizada doutrina.

⁴ *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 6. ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1963. p. 1.299.

Cléber Lúcio de Almeida⁵:

“(…)Constitui dever do juiz verificar no ordenamento jurídico a resposta para as questões surgidas no contexto do processo do trabalho que conduza à facilitação do acesso à justiça e, por meio dela, aos direitos atribuídos pela ordem jurídica. Apresenta-se, aqui, o dever de diálogo entre as fontes do direito, no sentido de definir, no caso concreto, a solução que o ordenamento jurídico (e não este ou aquele ramo do direito processual) aponta como a mais adequada à concretização do direito à efetividade do processo e da jurisdição. A diretriz em destaque é reforçada pelo CPC de 2015, que, por meio do art. 15, atribui àquele diploma legal a condição de fonte supletiva do direito processual do trabalho, o que implica que ele atuará não apenas como fonte subsidiária, mas como fonte complementar do direito processual do trabalho. Isto significa que a omissão de que trata o art. 769, da CLT ao estabelecer as condições para recorrer ao direito processual comum para a solução de questões surgidas no contexto do processo judicial, não é apenas a normativa (ausência da norma), como também a ontológica (a norma existe, mas se encontra em descompasso com os anseios e as necessidades sociais em relação ao pleno exercício do direito de acesso à justiça e aos direitos assegurados pela ordem jurídica) e axiológica (a norma existe, mas sua aplicação implicaria injustiça ou seria inconveniente).”

NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL E SEUS IMPACTOS NO PROCESSO TRABALHISTA

-Art. 1º 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.

-o chamado – **modelo constitucional de processo.**

Processo lido, interpretado e aplicado com os olhos da Constituição Federal.

-Artigo 5º, XXXV: A lei não excluirá de **apreciação** do Poder Judiciário **lesão ou ameaça** a direito.

-processo mais humanizado

-Acesso à ordem jurídica justa

-proteção contra as ameaças do direito.

– Súmula 418 do TST: direito à tutela de urgência é um direito processual subjetivo da parte.

-fungibilidade das tutelas de urgência.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO É O DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA

⁵ Direito Processual do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 95.

ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

-A questão da tutela inibitória _ artigo 497 do CPC:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Tutela inibitória é essencialmente preventiva – para o futuro -, visa a inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

A tutela coletiva é essencialmente inibitória.

-Primazia do julgamento de mérito e tutela executiva

Artigo 4º do CPC:

As partes têm o direito de obter em prazo razoável a *solução integral do mérito*, incluída a atividade satisfativa.

Julgamento integral do mérito: Primazia do julgamento de mérito:

Art. 76, do CPC:

Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I – o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II – o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III – o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I – não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

II – determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

Artigo 139 do CPC

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

(...)IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

Art. 932, do CPC: Incumbe ao relator:

(...)Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

-Atividade satisfativa:

-direito fundamental à tutela executiva
impulso oficial – artigo 878, da CLT

139, IV do CPC: todas as medidas cabíveis para o cumprimento da ordem judicial inclusive em obrigações pecuniárias. Possibilidades de medidas restritivas a direitos.

-Atividade satisfativa – tutelas de urgência vão até a materialização do direito.

-Destinação das indenizações por dano moral coletivo

-Princípio da cooperação

Artigo 6º, do CPC:

“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

A conduta das partes, no processo civil tradicional, nitidamente, tem caráter adversarial, ou seja, as partes se encontram em posições antagônicas, cada qual defendendo os próprios interesses, que, na maioria das vezes, colide com os da parte contrária.

Não obstante esta característica adversarial do processo, o processo civil contemporâneo vem trazendo uma nova tendência do chamado processo *comp participativo* ou *cooperativo*, no qual a gestão do processo, sem desnaturar as posições que ocupam, e os papéis próprios que representam no processo, se divide entre juiz, partes e advogados, estabelecendo um dever mais acentuado de cooperação das partes com o magistrado, das partes entre si e do magistrado com as partes, objetivando obter maior democracia na condução do processo e uma solução mais efetiva para o conflito, sem centralizar o processo na figura do juiz ou das partes.

O Juiz também passa a ter mais deveres e uma participação mais intensa no modelo cooperativo de processo, devendo prestar auxílio e esclarecimento às partes, bem como preveni-las sobre os efeitos de determinadas posturas processuais.

Como nos traz *Cássio Scarpinella Bueno*⁶, é comum (e absolutamente pertinente) entre nós a difusão da doutrina de Miguel Teixeira de Sousa, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que ensina que a cooperação toma como base determinados deveres a serem observados, inclusive pelo magistrado. Esses deveres são de *esclarecimento* (no sentido de o juiz solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações), de *consulta* (no sentido de o juiz colher manifestação das partes preparatórias de sua própria manifestação ou decisão), de *prevenção* (no sentido de as partes serem alertadas do uso inadequado do processo e a inviabilidade de julgamento de mérito), e, de *auxílio* (no sentido de incentivar as partes a superar

⁶ *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 85.

dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, faculdades, ônus ou deveres processuais).

A questão da negociação processual.

O recente Código de Processo Civil amplia a possibilidade dos negócios jurídicos processuais, nos arts. 190 e 191, que dispõem:

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

“Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

Diante dos referidos dispositivos, podem as partes, doravante, nos processos em que se discutem direitos patrimoniais disponíveis:

- a) estipular mudanças no procedimento para ajustá-los às características da causa;
- b) convencionar sobre o exercício de faculdades processuais, como as espécies de provas a produzir, ônus da prova, não interpor recursos, etc.;
- c) fixar um calendário para a prática de atos processuais.

No processo trabalhista, diante do caráter publicista do processo mais acentuado e da desigualdade existente entre as partes (reclamante e reclamado), pode-se sustentar que os referidos dispositivos do CPC não são aplicáveis.

De nossa parte, os arts. 190 e 191 do CPC se aplicam, com reservas ao Processo Trabalhista, devendo o Juiz do Trabalho avaliar, no caso concreto, se não há prejuízos ao litigante mais fraco (o autor), bem como se a concordância do reclamante com a negociação foi espontânea. Além disso, deve o Juiz sopesar o resultado prático da negociação, bem como a duração razoável do procedimento.

O calendário processual estabelecido pelas partes também deve ser submetido à apreciação do Juiz do Trabalho (art. 765 da CLT) e também à disponibilidade da pauta da Vara.

O TST, no entanto, entendeu inaplicável ao processo do artigo o artigo 190 do CPC, por incompatibilidade. Com efeito, dispõe o art. 2º, II da IN n. 39/16 do TST:

“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: (...) II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual)”.

-CONTRADITÓRIO

Dispõe o art. 5º, LV, da CF:

“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.”

O Código de Processo Civil prestigia o contraditório, como princípio fundamental do processo civil, possibilitando maior previsibilidade às partes no processo, evitando as chamadas “decisões surpresa”, mesmo naquelas questões que o Juiz possa conhecer de ofício, além de oportunizar às partes o direito de influir ativamente na convicção do órgão julgador. Nesse sentido, dispõem os arts. 9º e 10, do CPC, *in verbis*:

Art. 9º, do CPC: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: **I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 309**, incisos II e III; **III – à decisão prevista no art. 699.**”

Art. 10, do CPC: “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.”

Diante dos referidos dispositivos legais, ficaram consagradas as seguintes características do contraditório:

- a) dever de informação: as partes devem ter acesso a todos os dados do processo e ser cientificadas de todos os atos praticados pela parte contrária e também de todos os atos do Juiz no Processo;
- b) possibilidade de reação: a parte tem o direito de impugnar as decisões proferidas no processo que lhe sejam desfavoráveis, bem como os requerimentos e provas produzidos pela parte contrária;
- c) previsibilidade dos atos processuais a serem praticados: o processo tem que seguir o regramento legal. Com isso, evita-se as chamadas *decisões surpresa*. Mesmo quando competir ao magistrado decidir de ofício, deverá oportunizar às partes a manifestação prévia sobre a matéria. A previsibilidade que compõe a moderna visão do contraditório, também chamado pela doutrina de contraditório *dinâmico* ou *efetivo*, exige um maior diálogo do Juiz com as partes, e também que o magistrado oportunize às partes o direito de manifestação quando for decidir com fundamento ainda não debatido nos autos. O Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 39/16 adotando o segundo entendimento. Com efeito, dispõe o art. 4º, da referida Instrução: **“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. § 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. § 2^a 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”.

d) possibilidade de participar ativamente do procedimento e influir na formação da convicção do julgador: o Código de Processo Civil, seguindo tendência contemporânea, prioriza o diálogo mais efetivo entre as partes e entre o juiz e as partes, visando atingir uma decisão mais democrática para a causa.

-a questão do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica do devedor.

A QUESTÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

A QUESTÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O CONTRADITÓRIO

PROVAS E ÔNUS DA PROVA

Provas:

Diante da importância da prova para o processo, *Carnelutti* chegou a afirmar que as provas são *o coração do processo*, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídico-processual.

PROVA EMPRESTADA:

Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processo em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira, que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo. (STJ, Corte Especial. EREsp 617.428/SP, Rel. Min Nancy Andrighi, DJe 17/06/2014).

Júlio César Bebbler⁷:

“Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que

⁷ Provas no Novo CPC e o Processo do Trabalho. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET (coords). Repercussões do Novo CPC no Processo do Trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 310.

a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, ‘prova inferior’ ou ‘ato extrajudicial’. O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada, apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário”.

-ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

O atual Código de Processo Civil consagra a regra do ônus dinâmico da prova no art. 373, §§ 1º e 2º, *in verbis*:

“§ 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.

§ 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.”

Diante do referido dispositivo legal, o ônus dinâmico da prova (ou teoria da carga dinâmica), pode ser aplicada quando:

- a) nos casos previstos em lei;
- b) impossibilidade da produção da prova pela parte que detém o ônus, ou;
- c) excessiva dificuldade probatória da parte que detém o ônus da prova, ou;
- d) maior facilidade de produção da prova pela parte que não detém o ônus da prova.

Alguns autores entendem que, embora o texto legal tenha destacado quatro hipóteses alternativas para fixação do ônus dinâmico probatório, na verdade, exceto quando previsto em lei, a melhor interpretação sinaliza no sentido dos requisitos serem cumulativos. Desse modo, o juiz somente poderia aplicar o presente dispositivo quando: *houver impossibilidade ou excessiva dificuldade probatória da parte que detém o ônus da prova, e a maior facilidade de produção da prova pela parte que não detém o ônus da prova.*

De nossa parte, o texto legal faculta a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova nas quatro hipóteses alterativas que a lei destaca, mas o Juiz deve analisar com muita cautela e ponderar a situação concreta, para não onerar em demasia uma das partes e evitar que a parte a quem o ônus fora atribuído ficar em situação de impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova.

No processo do trabalho, o Juiz ao sanear o processo na própria audiência, ou em outro momento processual, deve fundamentar a aplicação do ônus dinâmico da prova, antes do início da instrução processual.

Discute-se, na doutrina e jurisprudência, se a fixação do ônus dinâmico da prova é faculdade do Juiz ou direito processual subjetivo da parte. Como visto, o artigo 373, § 1º, do CPC assevera ser faculdade do juiz fixar o ônus da prova de forma diversa. Entretanto, vem crescendo, na doutrina, o

entendimento de que, presentes os requisitos legais, constitui direito processual subjetivo da parte, em compasso com os princípios do acesso à justiça, e efetividade.

Na esfera trabalhista, o ônus dinâmico pode ser utilizado nas hipóteses em que o reclamante pretende reparações por danos morais, assédio moral, assédio sexual ou discriminação, uma vez que a dificuldade probatória do trabalhador é muito acentuada e o reclamado, via de regra, tem maiores possibilidades de produção da prova. No entanto, mesmo nessas situações, deve o magistrado sopesar a boa-fé do trabalhador e a seriedade da alegação e todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, e ainda a existência de algum indício.

-Valoração da prova no Direito Processual do Trabalho

A valoração da prova é um dos momentos mais importantes do processo, em que o julgador, de forma discricionária, mas fundamentada, analisará as provas produzidas nos autos, primeiramente de forma isolada, e depois confrontando as provas existentes, chegando a uma conclusão sobre a melhor prova e sobre o fato ou os fatos que comprovam. Diante dos fatos que entendeu provados, o juiz aplicará o direito, acolhendo ou rejeitando o pedido.

O juiz, como destinatário da prova, tem ampla liberdade para valorá-las, segundo o princípio da persuasão racional, ou livre convencimento motivado, que vigora em sede processual civil, *ex vi*, do art. 371 do CPC, *in verbis*:

“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.”

O Código de Processo Civil de 2015 não mais utiliza a expressão *livre convencimento* constante do CPC de 73 (artigo 131), dizendo que o convencimento deverá ser motivado.

Mesmo diante do novo Código, segmentos da doutrina defendem que a sistemática da convicção judicial e valoração da prova do processo não sofreram alteração, uma vez que o convencimento é discricionário, e desse modo, o juiz pode firmar, livremente sua convicção sobre a prova do processo, desde que, indique os fundamentos de convicção.

Nesse sentido, por todos, destacamos a opinião de Manoel Antonio Teixeira Filho⁸:

“O fato do legislador de 2015 não haver repetido o vocábulo livremente, que constava do texto de 1973, não significa que o juiz ficou destituído de liberdade na apreciação da prova produzida nos autos, máxime no caso dos juízes do trabalho, aos quais o art. 765 da CLT concede, desde sempre, ampla liberdade na condução do processo (...)O juiz tem ampla liberdade para formar o seu convencimento jurídico acerca dos fatos da causa, contanto que o faça com base na prova dos autos. A sua liberdade nesse campo, pode ser comparada à de um prisioneiro na cela: pode ir onde desejar, desde que seja no interior do cárcere – que, na alegoria, são as provas produzidas pelas partes”.

⁸ Comentários ao Novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 371.

Outros argumentos que houve alteração na sistemática anterior, restringindo, em parte, a discricionariedade judicial. Nesse sentido, sustenta Lênio Luiz Streck⁹:

“Com a redação do art. 371 sem a palavra ‘livre’, não poderá o juiz ou tribunal referir que determinada decisão foi exatada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento. Isso implica outra questão absolutamente relevante: por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que ‘julgou segundo sua consciência’, uma vez que isso seria reprimatizar a expressão derogada, conspurcando, assim, a ‘vontade legislativa’ (obviamente a referência à vontade legislativa, aqui, tem um viés hermenêutico e paradigmático, sem qualquer alusão aos métodos tradicionais de interpretação)”.

De nossa parte, diante do que dispõe o artigo 371, do CPC, o juiz pode firmar sua convicção com qualquer elemento de prova constante dos autos, ainda que não alegado na inicial ou na contestação. Por isso, qualquer prova constante dos autos é apta a firmar a convicção do juiz. De outro lado, por mandamento constitucional (art. 93, IX, da CF), e da lei processual civil, deve o julgador mencionar na fundamentação da sentença qual ou quais provas existentes nos autos lhe formaram a convicção. Outrossim, deverá apreciar todos os elementos de prova constante dos autos e dizer quais provas, em sua avaliação tiveram maior peso em confronto com as demais constantes do processo. Sob outro enfoque, em compasso com a nova sistemática do contraditório no CPC de 2015, se o Juiz firmar sua convicção com elemento de prova constante dos autos, mas que sobre ele não tenham se manifestado reclamante ou reclamado, deverá, oportunizar, antes do julgamento, manifestação das partes.

-FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A fundamentação é uma garantia da cidadania e um direito fundamental do cidadão. Embora a exigência da fundamentação não conste do art. 5º da CF, mas sim do art. 93, IX, trata-se de uma regra que decorre do devido processo legal e, portanto, constitui um direito fundamental.

De outro lado, a fundamentação da sentença, segundo vem defendendo a doutrina moderna, deve ser clara, objetiva e concisa, a fim de que o cidadão que não tenha cultura jurídica a entenda, máxime no Processo do Trabalho em que ainda persiste o *jus postulandi*. Além disso, os recursos têm por objeto impugnar a fundamentação da decisão e, por isso, o requisito da clareza é essencial.

Desse modo, a sentença trabalhista deve apreciar toda a matéria discutida nos autos, tanto a processual como as questões de mérito. De outro lado, o juiz tem discricionariedade para fundamentar e expor as razões de seu convencimento. Não há necessidade de rebater ou apreciar todas as razões da inicial e da defesa, e sim colocar os argumentos que foram decisivos para o seu convencimento, conforme o princípio da persuasão racional, ou convencimento motivado. Outrossim, devem ser apreciados todos os pedidos e os requerimentos de defesa, como aplicação de litigância de má-fé etc.

Atualmente, dispõe o art. 489 do CPC:

“São elementos essenciais da sentença:

⁹ In: Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 553.

I – o relatório, que conterà 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.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Os requisitos exigidos no § 1º do art. 489 do CPC têm causado bastante controvérsia nos mais diversos segmentos da magistratura e da doutrina.

O referido dispositivo legal, sob a ótica civilista, teve por escopo aperfeiçoar as decisões judiciais, dar efetividade ao princípio do contraditório, propiciar maior segurança jurídica ao jurisdicionado, aumentar a confiança nas decisões e diminuir a litigiosidade e também o número de recursos.

Pode-se sustentar a tese da incompatibilidade (art. 769 da CLT), pelos seguintes argumentos:

- a) simplicidade do processo trabalhista;
- b) a existência de muitos pedidos nas iniciais trabalhistas;
- c) como regra, há mais de um réu no pólo passivo;
- d) controvérsia preponderantemente fática no processo do trabalho;

e) excesso de teses defensivas nas contestações trabalhistas;

e) o art. 832 da CLT exigir apenas os fundamentos da decisão, sem traçar maiores exigências.

Certamente, existirão muitas controvérsias tanto nos sítios do processo do trabalho como do processo civil, uma vez que a fundamentação decorre do sentimento do magistrado no caso concreto. Por isso, mostra-se discutível a pertinência da legislação ordinária em traçar o itinerário da fundamentação. Por outro lado, a lei processual não faz tal exigência quando trata da causa de pedir, na inicial, ou da exposição da matéria em contestação.

Pensamos que os requisitos exigidos pelo CPC, após uma fase de instabilidade, irão contribuir para a melhoria das decisões judiciais e, até mesmo reduzir o número de recursos.

De nossa parte, o § 1º, do art. 489, da CLT, é compatível com o processo do trabalho (arts. 15 do CPC e 769 da CLT), com alguns ajustes que devem ser realizados para estar em harmonia com a dinâmica do processo trabalhista, quais sejam:

O inciso I resta aplicável, devendo o Juiz do Trabalho demonstrar a relação da causa com ato normativo e justificar sua aplicação. Não pode, simplesmente, dizer que, com fundamento no artigo tal, acolhe ou rejeita o pedido;

O inciso II aplica-se integralmente (arts. 15 do CPC e 769 da CLT), uma vez que ao aplicar conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo da função social dos contratos, ou boa-fé objetiva, deverá justificar o motivo de sua incidência no caso concreto.

O inciso III também resta aplicável, não podendo ser a fundamentação genérica, a exemplo dos seguintes argumentos: *Não provado o fato constitutivo, improcede o pedido*, ou *conforme a prova dos autos, fica acolhida a pretensão*.

Quanto ao inciso IV, este deve ser interpretado com razoabilidade e proporcionalidade, e de acordo com a dinâmica do processo trabalhista, pois este, ao contrário do processo civil, apresenta muitos pedidos, e muitas teses defensivas para cada pretensão. Desse modo, deverá o Juiz do Trabalho apreciar apenas os fundamentos que tenham possibilidade de infirmar a conclusão do julgamento, vale dizer: os fundamentos relevantes e pertinentes ao tema objeto da decisão. Não há como se aplicar a presente disposição com o mesmo rigor do processo civil, sob consequência de inviabilizar a atividade racional dos juízes trabalhistas, provocar muitas arguições de nulidades das decisões e atentar contra a duração razoável do processo.

O Juiz do Trabalho deve enfrentar os argumentos jurídicos invocados capazes de influir na decisão e que por si só possam direcionar outro resultado da demanda.

O inciso V aplica-se integralmente ao processo trabalhista, uma vez que, quando o fundamento da sentença for precedente ou enunciado de súmula, a decisão tem que justificar que a hipótese fática dos autos se amolda à descrição contida na súmula ou precedente, sendo vedado se inovar genericamente o enunciado da súmula ou o resumo do julgamento como razões de decidir.

O inciso VI tem gerado polêmica, tanto na doutrina como entre as associações de magistrados, uma vez que cria uma espécie de efeito vinculante da jurisprudência, que não é oriunda de controle concentrado do STF, tampouco positivada com os requisitos da Súmula Vinculante.

De nossa parte, o referido inciso é inconstitucional, pois viola a liberdade de convicção do julgador, já que o magistrado só está obrigado a acatar a jurisprudência quando a Constituição Federal o obriga. Portanto, inaplicável ao processo do trabalho.

A jurisprudência, indiscutivelmente, principalmente as positivadas por meio de súmulas ou firmadas em incidentes de solução de demandas repetitivas, exercem influência na convicção do julgador, mas não são vinculantes.

O § 2º se aplica ao processo do trabalho, no caso de conflito de colisão de normas, o que ocorre, com certa frequência, nas hipóteses de conflito entre princípios, ou entre regras que consagram direitos fundamentais, no caso concreto. Nessas hipóteses, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Nos termos do § 3º, do art. 489, da CPC, de plena aplicação ao processo do trabalho, a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O Tribunal Superior do Trabalho entendeu aplicável o art. 489 do CPC ao processo do trabalho, com algumas adaptações. Com efeito, dispõe o art. 15, da Instrução Normativa n. 39/16 do TST:

“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.”

Deve ser reconhecido o esforço do Tribunal Superior do Trabalho em compatibilizar o referido art. 489, do CPC com as singularidades do processo trabalhista. Entretanto, como já nos pronunciamos, somente a jurisprudência se torna vinculante caso emanda de controle concentrado da constitucionalidade ou de Súmula Vinculante do STF. As demais súmulas e orientações jurisprudenciais somente têm caráter persuasivo.

De outro lado, os incisos IV e V do referido artigo 15 da IN n. 39/16 flexibiliza, corretamente a exigência de fundamentação exauriente da decisão, considerando-a válida quando: deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante; o juiz ou o Tribunal não 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; aplicar a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC.

Ainda é cedo para uma opinião definitiva sobre o assunto. Somente o tempo, a prática diária, e o amadurecimento da doutrina e jurisprudência irão estabelecer os contornos do § 1º do art. 489, do CPC, entretanto, há que se ter bom senso e razoabilidade, pois o referido dispositivo deve considerar a realidade do processo trabalhista e da Justiça do Trabalho, bem como os numerosos pedidos que constam das iniciais e as muitas teses invocadas nas peças defensivas.

RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. EXTENSÃO E QUALIDADE DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS DEFENDIDOS. Embora fixado o entendimento de que "A sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97", a doutrina e a jurisprudência vinham se firmando em limitar a extensão territorial pela análise do pedido, distinguindo direitos difusos e coletivos dos direitos individuais homogêneos. Ao traçar a distinção, contudo, quanto à eficácia da sentença proferida na ação civil pública, incumbe verificar que o o art. 16 da Lei 7.347/95 vem apenas tratar do fenômeno da coisa julgada, não se referindo à eficácia da sentença, sob pena de trazer ações civis coletivas regionalizadas, fugindo ao escopo da defesa dos interesses metaindividuais. De tal modo, a disciplina dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, regra geral, segue os ditames do art. 103 do CDC, produzindo, em caso de procedência do pedido, efeitos *erga omnes* nas ações civis públicas que tutelam direitos individuais homogêneos, inclusive, sem limitação territorial. Não há que se confundir, portanto, os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, com a limitação da regra de competência ao local do dano, definida na Orientação Jurisprudencial nº 130 da SDI-2 desta Corte. Isto porque a extensão da coisa julgada é determinada pelo pedido e não pela competência. Assim, ajuizada a ação perante a Vara do Trabalho de Marabá, e julgada procedente a demanda, a coisa julgada gera efeitos *erga omnes*, para beneficiar todos os empregados da reclamada que se encontrem na situação prevista na decisão.

Embargos conhecidos e providos.

Processo: E-RR - 877-06.2014.5.08.0129 **Data de Julgamento:** 16/02/2017, **Relator**

Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Data de Publicação:** DEJT 24/02/2017.

vBEaBv