

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO – COGEAE
NOME DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO

VANESSA CARAJELESCOV

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DO TRABALHO E OS IMPACTOS DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 -**
O futuro da justiça do trabalho

SÃO PAULO
2017

VANESSA CARAJELESCOV

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DO TRABALHO E OS IMPACTOS DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 -**

O futuro da justiça do trabalho

Monografia, apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão - COGEAE, como parte das exigências para a obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho.

Orientadora: Dra. Cristina Paranhos Olmos

SÃO PAULO
2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	06
a) No plano internacional	06
b) No Brasil	08
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	10
a) Princípios	11
a.1) Processo, formalismo-valorativo e democracia	11
a.2) Processo cooperativo	12
a.3) Dever de fundamentar e precedentes obrigatórios	12
a.4) Interpretação das decisões judiciais	13
3. IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO	15
a) A máxima efetividade da tutela jurisdicional	16
b) Lacunas ontológicas e lacunas axiológicas	19
c) O artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015	20
d) O artigo 15 do Código de Processo Civil e o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho	21
e) As teorias evolutiva e clássica quanto à aplicação do Novo Código de Processo Civil no Processo do Trabalho nos moldes do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho	22
e.1) Teoria tradicional, restritiva ou corrente clássica	22
e.2) Teoria evolutiva, ampliativa, sistemática ou corrente moderna	22
f) As características do Direito Processual do Trabalho	23

g) O Novo Código de Processo Civil e seus possíveis reflexos no Processo do Trabalho: avanço ou retrocesso?	25
4. O PROCESSO DO TRABALHO E AS CONTRADIÇÕES PRINCIPOLÓGICAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	27
5. A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	31
a) Possibilidades	31
b) ADI nº 5.516/DF –	35
c) Consulta realizada pela ANAMATRA. Esclarecimentos sobre a aplicação da Instrução Normativa nº 39 por Magistrados. Processo nº Cons - 0017652-49.2016.5.00.0000	38
6. FUTURO DO PROCESSO DO TRABALHO	41
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

Inicialmente serão feitas breves considerações acerca da origem do Direito do Trabalho, no mundo e no Brasil.

Adiante, serão realizadas breves análises no que se refere à efetividade das leis trabalhistas, considerando que estão em jogo créditos trabalhistas de natureza alimentar e, portanto, necessário se faz um sistema processual célere e informal, desde que compatíveis com o conjunto principiológico do processo do trabalho.

A duração do processo no Brasil sempre pecou pelo tempo demasiado, penalizando os litigantes à eternidade, muitos deles falecendo sem ao menos tomarem conhecimento do resultado de anos de luta. Por outro lado, o Poder Judiciário se viu lotado de processos pendentes, sem conseguir dar conta de todos eles. Adveio, então a Reforma do Judiciário, concretizado na Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Previu-se a duração razoável do processo e, para tanto, vários mecanismos para a conquista da tão sonhada celeridade processual. A tendência se alastrou com o anteprojeto do Código de Processo Penal e mais recentemente com a reforma do Código de Processo Civil.

Em 14 de outubro de 2009, o Senado Federal criou a Comissão de Reforma do Processo Civil, sob a Presidência do hoje Ministro do Supremo Tribunal, Luiz Fux, considerando a experiência bem-sucedida da Comissão de Juristas que elaboraram o anteprojeto do Código de Processo Penal.

Após muitas discussões e viagens pelo Brasil, em 16 de março de 2015 o novo Código de Processo Civil foi sancionado pela Presidenta Dilma Rousseff, o qual fora aprovado pelo Congresso Nacional em 17 de dezembro de 2014.

A nova lei revoga a lei anterior, em vigor desde 1974, trazendo uma série de mudanças que buscam conferir uma nova dinâmica para o Processo Civil no Brasil, adaptando-o à realidade atual.

O objetivo final da nova dinâmica do processo civil é promover maior celeridade ao deslinde das controvérsias judiciais, promovendo maior participação das partes na construção das decisões judiciais. Fala-se em um processo civil com a linguagem da Constituição Federal, com expansão das garantias no processo e, dessa forma, promovendo decisões mais ponderadas, garantindo maior segurança jurídica. Nesta esteira, os litigantes conseguem ter

maior previsibilidade, diante do fato concreto, quanto à decisão que será prolatada pelo órgão judiciário competente. A norma processual civil de 2015 é a norma infraconstitucional superior do sistema processual não penal, dirigindo a atuação dos sistemas civil, eleitoral e trabalhista, sem deixar de fora o sistema processual administrativo e o sistema processual dos juizados especiais.

Nesse diapasão, considerando que o sistema processual civil dirige, influencia a atuação de outros sistemas processuais, mormente o processo do trabalho, esta monografia objetiva analisar os impactos do Processo Civil no que se refere à aplicação do direito material do trabalho na Justiça do Trabalho. Ademais, será realizada uma breve análise da Instrução Normativa 39 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, considerando os limites da competência legislativa dos tribunais, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho, bem como a Consulta realizada pela ANAMATRA perante a Corregedoria da Justiça do Trabalho. Poderia uma Resolução editada por um Tribunal Superior pode estabelecer quais dispositivos deverão ser aplicados pelos Magistrados? Não haveria usurpação de poder? Não se estaria ferindo o princípio constitucional de separação dos poderes? Não haveria engessamento do poder de atuação dos juízes?

CAPÍTULO 1

Evolução do Direito do Trabalho

a) No plano Internacional

O trabalho é tão antigo quanto o homem. Não há dúvida quanto a isso. Os homens primitivos precisavam comer, abrigar-se da chuva, sol, animais ferozes. Para tanto, precisava sair à luta para conseguir o seu sustento e de sua família. O trabalho não era visto como nos moldes atuais, mas enquanto a incessante luta pela sobrevivência. Posteriormente, surgiu o sistema de troca. A pessoa trabalha e recebe algo como forma de pagamento, seja mantimentos, seja objetos duráveis para, adiante, passar a receber moeda.

O tempo passa, a sociedade evolui. A ideia da regulamentação de direitos que garantissem condições dignas de trabalho começa a surgir, e a partir de então, a massa operária trilhou um extenso caminho até a consolidação de seus direitos.

A primeira fase, que se refere às manifestações esparsas, inicia-se a partir da Lei de Peel Act, em 1802, na Inglaterra, até o ano de 1848. Essa lei tinha como foco a redução da exploração de menores, prevendo a limitação da jornada de trabalho em 12 horas diárias. Considerada uma lei com um aspecto humanitário, porém, ainda sem o poder de criação de um ramo autônomo de direito. Nesse primeiro momento, os trabalhadores ainda não possuíam uma união com significativa capacidade de pressionar o Estado de forma eficaz para formação de um ramo jurídico especializado, através da criação de normas com forte indução operária. Entretanto, já se percebe, no Estado, o interesse em reduzir as explorações de trabalho.

Em 1848, inicia-se a fase de sistematização e consolidação, caracterizando-se como a segunda fase desta evolução, tendo no “Manifesto Comunista” de Marx e Engels, na instauração da liberdade de associação e na criação do Ministério do Trabalho, advindo da revolução na França, os marcos iniciais para o Direito do Trabalho. O “Manifesto Comunista”, surge reproduzindo uma verdadeira mudança no pensamento socialista, encerrando um pensamento utópico e reorientando as classes subordinadas, onde estas passam a se voltar, através de pressões coletivas, contra o empregador e sobre a ordem social vigente. Surge nesse momento uma série de reivindicações no campo do Direito direcionadas aos trabalhadores, como a greve e a limitação da jornada de trabalho em 10

horas diárias, tendo, esta última, influenciado também a Inglaterra, que em 1849 através do movimento cartista de massa, reduz o tempo de jornada de trabalho para as 10 horas diárias.

O período de 1848 até a 1ª Guerra Mundial é marcado de avanços por parte dos empregados e recuos por parte dos empregadores, através das manifestações de operários, movimentos sindicais, movimentos socialistas pressionando de baixo e interesse estatal atuando de cima, dando origem a um ramo específico de direito.

Após a Primeira Guerra Mundial, inicia-se a fase da institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho, conhecida também como terceira fase. Tem como um de seus marcos iniciais a Constituição do México de 1917, que foi a primeira a tratar de direito social em seu artigo 123, limitando a jornada de trabalho em 8 horas diárias.; proibição do trabalho para menores de 12 anos; limitação de jornada para o menor de 16 anos, descanso semanal; proteção à maternidade; o direito ao salário mínimo, igualdade salarial; proteção contra acidentes de trabalho; o direito à formação de sindicatos; direito de greve; conciliação e arbitragem de conflitos; direito de indenização quando da dispensa do obreiro e seguros sociais, foram abordados na Constituição do México de 1917.

Em 1919, a Constituição de Weimar, na Alemanha, trouxe disposições sobre o Direito do Trabalho, com repercussão em toda a Europa., disciplinando a participação, organização e representação dos trabalhadores nas empresas, a fim de melhorar as condições de trabalho; direito a um sistema de seguros sociais; direito de colaboração dos trabalhadores com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho. No mesmo ano, o Tratado de Versalhes é assinado, onde previu-se a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho), sendo consolidada sua vinculação à ONU (Organização das Nações Unidas), em 1946.

Mais tarde, em 1927, adveio a Carta del Lavoro, na Itália, instituindo o sistema corporativista, sem a independência dos sindicatos, mas a vinculação dos mesmos ao Estado. E, por fim, no plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, com a previsão de diversos direitos trabalhistas, como, por exemplo, o direito às férias remuneradas.

O Direito do Trabalho formou-se respeitando duas dinâmicas diferenciadas para formação de uma norma jurídica, sendo que, de um lado os trabalhadores produziam normas jurídicas autônomas por meio de negociação coletiva, e do outro lado a atuação do Estado em produzir normas jurídicas, por estratégia e interesse de atuação

b) No Brasil

O Direito do Trabalho começa a surgir após a abolição da escravidão, com a edição da Lei Áurea. A partir de 1930, surge o chamado “período de oficialização” do Direito do Trabalho no Brasil, período esse que se encerra em 1945 com o fim do governo de Getúlio Vargas, porém, tem seus efeitos estendidos até a Constituição de República de 1988.

Diversos diplomas foram criados entre o período de 1930 à 1940, partindo do Decreto n. 19.443 do ano de 1930 que criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com o propósito de coordenar as ações institucionais a serem desenvolvidas. No dia 04 de fevereiro de 1931 foi instituído o Departamento Nacional do Trabalho por meio do Decreto n. 19.671-A. Já o Decreto 19.770 de 19 de março de 1931, normatizou também o sindicato, criando uma estrutura baseada no sindicato único submetido ao reconhecimento do Estado.

Com o desenvolvimento da política trabalhista foi criado por meio do Decreto n. 21.396 de 21 de março de 1932, a Comissão Mista de Conciliação e Julgamento, onde somente os empregados sindicalizados poderiam demandar. Nesse mesmo ano a jornada de trabalho foi limitada para oito horas diárias para a classe dos comerciários por meio do Decreto n. 21.186 de 22 de março de 1932, e que posteriormente seria aderida pelos industriários.

A primeira Constituição a tratar de Direito do Trabalho no Brasil foi a de 1934, assegurando maior liberdade e autonomia aos sindicatos.

A Constituição de 1937, inspirada na Carta del Lavoro, apresenta características do sistema corporativista, com a instituição do sindicato único e vinculado ao Estado, proibição de greves., considerado antissocial e nocivo à economia.

Considerando que havia muitas leis trabalhistas esparsas, surge a necessidade de sistematização dessas leis. Aprova-se, portanto, o Decreto-lei n. 5452 de 01 de maio de 1943 deu origem à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) que alterou e ampliou as legislações trabalhistas existentes, assumindo a roupagem de um verdadeiro Código de Direito do Trabalho.

A Constituição de 1946 reestabeleceu o direito de greve, rompendo, de certa forma, com o corporativismo da Carta de 1937, com amplo rol de direitos trabalhistas, dentre eles, a participação dos empregados nos lucros, repouso semanal remunerado, estabilidade.

No plano infraconstitucional, ressaltem-se as Leis: Lei 605, de 05 de janeiro de 1949, que dispõe sobre o repouso semanal remunerado e remuneração de feriados; Lei 2.757, de 26 de abril de 1956, que dispõe sobre a situação dos empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais; Lei 3.207, de 18 de julho de 1957, que regulamentou as atividades dos empregados vendedores-viajantes; à Lei 4.090, de 13 de julho de 1962, que instituiu a gratificação de natal.

A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas das Constituições anteriores, ratificando principalmente a anterior, com as Leis 5.859/1972 (empregadas domésticas); a Lei 5.889/1973 (trabalhador rural) e a Lei 6.019/1974 (trabalhador temporário). Além dos referidos direitos, essa Constituição passou a prever o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criado pela Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966. A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, não alterou os direitos trabalhistas previstos na Constituição de 1967.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país. Impulso relevante, se cotejado com a história anterior do Direito Laboral pátrio. Impulso tímido, se comparado com as experiências dos países centrais. Impulso contraditório, se posto à análise com diversos outros dispositivos da mesma Constituição, que parecem indicar em sentido inverso à auto-normatização social e à própria democratização do Direito do Trabalho.

Quanto à CLT, indiscutível que desde 1943 ela sofreu uma série de modificações – naturais, no Direito. As Leis Trabalhistas atualmente representam melhor as novas relações de trabalho, e as principais mudanças dizem respeito às novas tecnologias, e sua utilização em trabalho.

Além disso, uma série de questões sociais estão sendo atualmente discutidas, como a extensão da licença paternidade e das licenças para todos os pais adotivos, simultaneamente. Fato indiscutível, é que a CLT é um dos maiores exemplos de um Direito preocupado com o trabalhador.

Mas, até quando os direitos trabalhistas serão garantidos e efetivados pelo Estado? Até quando o trabalhador será respaldado pelo Estado? Em que momento o trabalhador será entregue nos braços do capitalismo selvagem e ver seus direitos subtraídos?

CAPÍTULO 2

Considerações sobre o Código de Processo Civil de 2015

O sistema judiciário brasileiro apresenta algumas características que vêm preocupando não só a população, mas os magistrados como um todo: a falta de celeridade e de segurança jurídica. As partes ingressam com a ação sem qualquer garantia de tempo para a solução de um drama que as aflige. As partes ingressam com a ação sem qualquer garantia de decisões justas, isso porque depende do entendimento, da interpretação dos magistrados, o que pode variar de Vara para Vara, de Comarca para Comarca. As partes ingressam com a ação sem ao menos ter a garantia de receber a tempo a resposta estatal almejada.

Dessa forma, juristas, legisladores passaram a pesquisar diversas formas de amenizar todos esses problemas, de forma a não impactar demasiadamente a população tão cheia de dramas. Editou-se a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que dentre tantas alterações, a celeridade aparece em destaque. Súmulas Vinculantes, julgamento antecipado da lide, incidente de demandas repetitivas dentre outros meios de aceleração do término das demandas. Houve um certo barulho dos magistrados, pois muitos deles cogitaram o engessamento da atuação jurisdicional. Por outro lado, a coletividade deve falar mais alto. O processo se tornou mais célere? Não. Ainda falta muito para o sistema ideal.

O processo civil brasileiro encontrava-se defasado, sem acompanhar a evolução da sociedade e suas rápidas transformações. Novamente um grupo de juristas sob a liderança do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux passou a estudar um novo processo. Surge, então, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro.

O Código de Processo Civil de 2015 é o primeiro código processual civil que fala a linguagem da Constituição Federal. É a norma infraconstitucional superior do sistema processual não penal, dirigindo a atuação dos sistemas civil, eleitoral e trabalhista, sem deixar de fora o sistema processual administrativo e o sistema processual dos juizados especiais.

a) Princípios

Dentre os princípios do novo Código de Processo, destacam-se:

a.1) Processo, formalismo-valorativo e democracia

Todas as decisões judiciais serão produto, não apenas da inteligência e da vontade do juiz, mas também da participação efetiva das partes. Promete que ninguém mais será surpreendido por decisões inesperadas. Promete juízes que ouvirão o que as partes têm para dizer, que considerarão o que as partes falarem. A jurisdição oracular será abandonada e substituída pela jurisdição cooperada, nas quais a decisão deixa de ser fruto da iluminação pessoal do juiz, para ser produto do debate democrático realizado no processo. O processo muda seu próprio conceito: de instrumento a serviço da jurisdição para instrumento a serviço da realidade do direito pela participação em contraditório.

Mais do que tudo, promete que os juízes cumprirão o art. 93, IX da Constituição Federal e passarão a fundamentar, adequadamente, todas as suas decisões, de forma que mostre considerar aquilo que as partes têm a dizer.

O processo que viabilize essa nova participação é o objeto de uma nova perspectiva metodológica: o formalismo-valorativo (ou neoprocessualismo), que reorganiza o formalismo processual com vistas à sua adaptação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Anuncia-se como sucessor do instrumentalismo.

Perfil mais democrático. Garante-se não apenas a participação formal, mas a participação material, como poder de influenciar concretamente as decisões judiciais. A fundamentação adequada e analítica garantirá que os juízes ouçam e levem em consideração o que for dito.

a.2) Processo cooperativo

As postulações de cada parte, por seus advogados, seja em ação, seja em exceção, deverão ser mais diretas e objetivas, recobertas por uma camada a mais de boa-fé que as decisões analiticamente fundamentadas. Melhores decisões exigirão melhores postulações.

A reunião de boa-fé entre juízes e advogados chama-se cooperação processual: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em prazo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º, CPC/2015). Nesse processo cooperativo, o saneamento do processo assume posição de destaque, como momento procedimental de ajuste das expectativas de julgamento e organização da marcha processual dirigida à solução do mérito. Será nesse novo “despacho saneador” que o juiz delimitará não apenas “as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória” (art. 357, II, CPC/2015), como também delimitará “as questões de direito relevantes para a decisão de mérito” (art. 357, IV, do CPC). De forma inédita, mas de acordo com a nova perspectiva metodológica que reforça o poder das partes no processo, as partes poderão apresentar proposta de delimitação consensual das questões de fato e de direito, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz (art. 357, §2º, CPC/2015).

a.3) Dever de fundamentar e precedentes obrigatórios

As decisões judiciais de mérito adequadamente produzidas, considerando os argumentos adequadamente delimitados que as partes lhe submeteram, conterão duas categorias de normas jurídicas: a norma jurídica individual e a norma jurídica geral para os casos futuros semelhantes. Vale lembrar que norma jurídica individual é a norma jurídica do caso concreto. Está no dispositivo da decisão de mérito, local onde o juiz resolve as questões principais que as partes lhe submeteram (art. 489, III, do CPC/2015).

O modelo constitucional de processo promete, além do contraditório e da ampla defesa, a segurança e a isonomia: casos semelhantes devem ser decididos segundo a mesma interpretação do direito. Para tanto, a nova codificação aposta nos precedentes obrigatórios.

Um precedente é uma interpretação da lei fixada pela jurisdição. É uma norma jurídica geral, produzida a partir de um caso concreto, para regular casos futuros que se incluam na mesma moldura normativa.

A segurança jurídica e a isonomia exigem mais que precedentes obrigatórios: a jurisprudência deve ser mantida de forma estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*, do CPC/2015) e a modificação posterior de entendimento deverá observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, com consideração efetiva das implicações em termos de segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança (art. 924, §4º, CPC/2015).

A fonte constitucional para os precedentes obrigatórios é a conjugação dos princípios da segurança jurídica e da isonomia: a organização social com uma pauta de conduta relativamente estável (previsibilidade), que garanta o tratamento igualitário para situações assemelhadas.

Os precedentes estão contidos na fundamentação das decisões. O dispositivo contém a norma jurídica individual, regente do caso concreto, a lei para as partes. Mas são os fundamentos determinantes da solução dada ao caso concreto que expressam o precedente (*ratio decidendi* ou *holding*), a servir para os julgamentos futuros.

a.4) Interpretação das decisões judiciais

Para se estabelecer qual é a *ratio decidendi* que orientará a solução dos casos análogos futuros, isolando-os dos fundamentos secundários que não sejam determinantes para a solução do caso (*obiter dicta*), faz-se necessário interpretar a decisão, levando em consideração todos os seus elementos constitutivos.

Essa nova concepção da tarefa da jurisdição – resolver o caso concreto e ditar uma pauta de conduta (e julgamento) para os casos futuros – está expressamente registrado na codificação processual de 2015: “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos em conformidade com o princípio da boa-fé” (art. 489, §3º, do CPC/2015).

Ao exigir uma interpretação que conjugue todos os elementos da decisão (relatório + fundamentação + dispositivo), o novo Código expressa a sua preocupação não apenas com o alcance do dispositivo, como também da extração da *ratio decidendi* que caracteriza o

precedente judicial. Essa previsão é inovadora. Nada sobre a interpretação das decisões judiciais havia nas codificações processuais unitárias anteriores. Talvez a razão da anterior despreocupação legislativa acerca da interpretação dos textos judiciais seja simples: as decisões judiciais prescindiriam de interpretação, uma vez que já seriam interpretações reveladores da “vontade concreta da lei”.

Assim sendo, a nova codificação passará a reprimir, também, o abuso na interpretação das decisões judiciais, como espécie de litigância de má-fé, ainda que a sanção não seja diretamente extraída do seu art. 489, §3º, mas a partir das regras previstas nos arts. 77 a 80 do Novo Código.

CAPÍTULO 3

Impactos do Novo Código de Processo Civil no Processo do Trabalho

O Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), apesar de ter emprestado uma melhor sistematização às regras processuais e garantindo autonomia científica ao Processo Civil, enaltecia o conceitualismo e o formalismo, consagrando um processo moroso e paternalista com o devedor, paternalismo esse que era externado pela maior preocupação com tutelas protetivas ao patrimônio do devedor e com custos altos para o autor, razão pela qual se manteve firmemente fechada a “válvula de contenção”.

Com as reformas da legislação processual, levadas a efeito, principalmente pelas Leis nºs 11.232 de 2005, 11.276 de 2006, 11.277 de 2006 e 11.382 de 2006, a situação foi modificada, passando o processo civil comum a trazer uma série de disposições que permitiram alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e reduzir a duração do processo.

Por assim ser e, com fundamento no art. 769 da CLT, impôs-se a aplicação dos dispositivos que potencializaram o alcance do fim maior, ditado pela Constituição Federal de 1988, de garantir aos litigantes a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVII), e que, o próprio legislador processual trabalhista, de muito, fez constar no art. 765 da CLT, quando afirmou que o juiz deve velear pelo rápido andamento das causas.

Nesse sentido, ensina Souto Maior:

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido nesse sentido no processo comum, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária do processo civil.

Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se

justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo.¹

Não se diga que a ideia acima exposta conduziria à insegurança jurídica, pois o preenchimento de lacunas pelo recurso às regras do processo civil deve ser sempre pautado pelos princípios que regem o Direito Processual do Trabalho, mormente os da efetividade, da celeridade e da simplicidade, de tal sorte que se observe a recomendação de Karl Larenz, no sentido de que o juiz pode decidir, até mesmo, em desacordo com uma norma específica, desde que o faça em consonância com os princípios que regem o ordenamento jurídico, ou seja, *extra legem*, mas *intra jus*.

Com a entrada em vigor no Código Civil de 2015, resta saber se este continuará mais dinâmico e efetivo do que o laboral, situação que ocorreu com as reformulações ocorridas no final do século XX.

a) A máxima efetividade da tutela jurisdicional

Enquanto anteriormente o processo trabalhista inspirava as reformas no processo civil, atualmente as transformações no processo civil colocam em dúvida o próprio processo trabalhista.

A relação entre Processo do Trabalho e Processo Civil era mediada com exclusividade pela regra disposta no art. 769, da Consolidação das Leis do Trabalho (“nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com normas deste Título”). Na regra da CLT, a aplicação de todo “processo comum” e não apenas das regras do Código de Processo Civil depende de dois requisitos: omissão e compatibilidade.

A ausência de regra processual da CLT configura a primeira e superficial dimensão de omissão. Isto é, o acesso às normas do CPC dependeria sempre da inexistência de disposição normativa na CLT. Aprofundando este conceito, depara-se com as ideias de lacuna ontológica e axiológica que tornam mais complexo a compreensão do que seria omissão.

¹ “O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, São Paulo, 2015.

Uma vez assentada a possibilidade de aplicação ampla ao processo do trabalho das novas normas do processo civil, desde que proporcionem o atendimento dos princípios da máxima efetividade da prestação da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo, emprestando, em consequência, maior efetividade às decisões, faz-se necessário examinar, à luz das diversas teorias, como colmatar as lacunas encontradas pelo intérprete, dentro da chamada integração do ordenamento jurídico.

Segundo Bobbio, que utiliza a terminologia proposta por Carnelutti, há dois métodos para completar um ordenamento jurídico, a saber: a heterointegração e a autointegração.

A heterointegração é operada através do recurso a ordenamentos diversos, bem como do recurso a fontes diversas daquela que é dominante, a qual é identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a lei. A autointegração, por sua vez, é cumprida através do mesmo ordenamento jurídico, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo de recursos a fontes diversas da dominante, apoiando-se, particularmente, na analogia e nos princípios gerais do direito.

Diversos doutrinadores estudaram as chamadas lacunas, conceituando-as e classificando-as de diferentes formas.

Comparando-se as classificações ofertadas por Bobbio, Engisch e Maria Helena Diniz, pode-se afirmar que todos consideram que, além das lacunas normativas, há o que o primeiro chama de lacunas ideológicas ou objetivas, o segundo, de lacunas secundárias e, a última, de lacunas ontológicas e axiológicas.

As lacunas objetivas ou ideológicas são, consoante Bobbio, aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, de todas aquelas causas que provocam o envelhecimento dos textos legislativos, independentemente da vontade do legislador. Corresponderiam, segundo ele, na “oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema”.

Engisch explica as lacunas secundárias como lacunas do Direito vigente, decorrentes da mudança das concepções da vida, sendo manifestadas de forma superveniente à elaboração da norma, em virtude da modificação das circunstâncias e dos valores relativos ao seu objeto.

Será utilizada, por uma questão didática e por ser baseada na tríplice dimensão (normas, fatos e valores), a classificação de Maria Helena Diniz, assim enunciada:

Lacunas normativas: ocorrem quando há ausência de norma sobre determinado assunto;

Lacunas ontológicas: ocorrem quando existe a norma positiva a regular a situação ou o caso concreto, mas ela não mais corresponde aos fatos sociais e ao progresso técnico, que produziram o seu envelhecimento e;

Lacunas axiológicas: ocorrem quando existe um dispositivo legal aplicável ao caso, mas que, se aplicado, produziria uma situação insatisfatória ou injusta.

A colmatação, tanto das lacunas ontológicas como das axiológicas, deve sempre partir da busca da maior efetividade da prestação jurisdicional, pautada na garantia constitucional da razoável duração do processo e nos valores que informamos direitos material e processual do trabalho, o que, como ensina Bezerra Leite, pressupõe “(...) a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva desse processo especializado”.

Portanto, não se pode interpretar o art. 769 da CLT como possibilitador de colmatação apenas das lacunas normativas, mas sim de toda e qualquer lacuna, quer seja ontológica, quer seja axiológica, não perdendo de vista a questão colocada, de forma simples, mas eficaz, por Souto Maior:

Dito em outras palavras, mais claras e diretas: quando alguém diz que foram formuladas mudanças no Código de processo Civil, o processualista trabalhista deve indagar: - alguma das inovações traz benefícios à efetividade do processo do trabalho, para fins de melhor fazer valer os direitos trabalhistas? Se a resposta for negativa, ou até o contrário, que representa uma formalidade capaz de gerar algum óbice a esse propósito, deve-se concluir sem medo de estar errado: - então, não é preciso nem dizer quais foram as tais alterações.²

² Op. Cit.

b) Lacunas ontológicas e lacunas axiológicas

Carlos Henrique Bezerra Leite³ apresenta a seguinte definição e exemplificação das citadas lacunas: “a) lacuna ontológica, pois não há negar que o desenvolvimento das relações políticas, sociais e econômicas desde a vigência da CLT (1943) até os dias atuais revelam que inúmeros institutos e garantias do processo civil passaram a influenciar diretamente o processo do trabalho (*astreintes*, antecipação de tutela, multas por litigância de má-fé e por embargos procrastinatórios etc), além do progresso técnico decorrente da constatação de que, na prática, raramente é exercido o *ius postulandi* pelas próprias partes, e sim por advogados cada vez mais especializados na área justrabalhista; b) lacuna axiológica, ocorre quando a regra do art. 769 da CLT, interpretada literalmente, se mostra muitas vezes injusta e insatisfatória em relação ao usuário da jurisdição trabalhista quando comparada com as novas regras do sistema do processo civil sincrético que propiciam situação de vantagem (material e processual) ao titular do direito deduzido na demanda. Ademais, a transferência da competência material das ações oriundas da relação de trabalho para a Justiça do Trabalho não pode redundar em retrocesso econômico e social para os novos jurisdicionados nas hipóteses em que a migração de normas do CPC, não obstante a existência de regras na CLT, implique melhoria da efetividade da prestação jurisdicional, como é o caso da multa de 10% e a intimação do advogado (em lugar de citação) do devedor para o cumprimento da sentença.

A rigor, não há ausência de normas nas lacunas ontológicas e axiológicas. Nestes casos, o texto legal da CLT não é omissivo, mas sua aplicação se revela contrária ao propósito geral do modelo processual da CLT.

Portanto, na lacuna ontológica, a regra da CLT existente se mostra, quando comparada à regra similar do CPC, menos eficaz em relação ao modelo e princípios do processo trabalhista, podendo ser entendida como “superada”. Em verdade, não se trata de uma lacuna, mas sim de uma superação pela adoção de regra mais efetiva, visto que a regra existente já é inócua e, por consequência, vazia ou inexistente.

E, na lacuna axiológica, as regras da CLT, novamente comparadas às regras processuais do CPC, se mostram “injustas” e incapazes de realizar a finalidade do processo

³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org). Novo CPC Repercussões no Processo de Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2015.

laboral. Como a lacuna axiológica está baseada na dimensão de valor, sua aplicação é mais combatida, gerando, infelizmente, menos aceitação na jurisprudência.

O reconhecimento de complexidade na definição de lacuna - e sua adjetivização como ontológica ou axiológica – gravita em torno do valor da efetividade processual e das garantias constitucionais processuais de duração razoável, celeridade e eficiência. Trata-se, então, de correntes hermenêuticas que buscam a ampliação da ideia de “lacuna” almejando a importação (mesmo sem omissão) de regras do processo comum que sejam mais compatíveis e adequadas ao modelo processual trabalhista.

c) O artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015

Uma nova regra de ligação entre o Processo do Trabalho e o Processo Civil foi criada. Trata-se do teor do art. 15 do Código de Processo Civil de 2015: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”). A primeira leitura que se faz deste artigo pode levar a conclusão que pouco inovou o CPC de 2015 na sua aplicação supletiva na área trabalhista, haja vista que ali consta que há aplicação subsidiária no NCPC quando houver lacuna na CLT. Entretanto, uma segunda e mais atenta leitura constata que a aplicação do NCPC também será supletiva. Compete, então, tentar distinguir a aplicação supletiva e a aplicação subsidiária, a fim de compreender a razão (e a distinção) entre o art. 15 do CPC/2015 e o art. 769, da CLT.

“Supletivo” expressa “complemento” ou “suplemento”, enquanto que “subsidiário” indica algo que ajuda, socorre, reforça, aumenta, entre outros sentidos. Há, portanto, certa confluência de sentidos, o que exige uma distinção no âmbito jurídico com mais refino e mais precisão técnica.

Na doutrina jurídica processual trabalhista, denota-se que a aplicação supletiva atuaria como para complemento diante de uma omissão parcial, enquanto subsidiária seria um suplemento para a omissão total. É possível concluir que subsidiário é aumento e supletivo é complemento. Na subsidiária falta regra, no supletivo há complemento porque a regra é incompleta.

d) O artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015 e o artigo 769, da CLT.

Diante do novel art. 15 do CPC de 2015 e sua proposta expansiva para os demais ramos processuais, urge frisar a importância e a vigência do requisito compatibilidade do art. 769, da CLT. Neste particular, cumpre rechaçar a interpretação de que o art. 769 da norma consolidado foi revogado. Isso porque o art. 769 da CLT ao se referir “processo comum” alcance o(s) sistemas processuais do ordenamento que transcendem o conteúdo o CPC, valendo exemplificar os microssistemas processuais da tutela coletiva (CDC, Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, entre outros) ou o modelo processual dos juizados especiais.

Além do art. 769, da Consolidação das Leis do Trabalho dispor sobre conteúdos mais amplos do que o CPC, também difere do art. 15, do Novo Código de Processo Civil ao condicionar as transposições das regras processuais comuns à existência de compatibilidade com Direito Processual do Trabalho. Se o art. 769 revela um maior alcance e uma característica exclusiva – a compatibilidade-, não se pode concordar que com o entendimento de que o art. 769, da CLT foi revogado pelo CPC de 2015.

Numa tentativa exegética de coexistência destas regras, pode-se afirmar que o art. 15 do Código de Processo Civil de 2015 almeja a aplicação das regras do Novo Código de Processo Civil como maior amplitude do que antes ocorria, sendo esta a interpretação mais sistemática da sua redação. No entanto, a regra do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho se mantém firme, tendo a noção de “compatibilidade” o papel de filtro para a recepção destas novas regras no Novo Código de Processo Civil. Assim como a regra exarada no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho não foi revogada, a regra do art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho também não foi, *ex vi* da Instrução Normativa nº 39, na exposição de motivos, que diz: “A proposta que ora se apresenta toma como premissa básica e viga mestra a não revogação dos artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho pelo artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015, seja em face do que se estatui do artigo 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, seja à luz do art. 1.046, §2º do Novo Código de Processo Civil.”

e) As teorias evolutiva e a clássica quanto à aplicação do novo Código de Processo Civil no Processo do Trabalho nos moldes do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho

Quanto à interpretação do art. 769 do Código de Processo Civil de 2015, consolidado e a utilização das lacunas acima mencionadas, são dois os entendimentos:

e.1) Teoria tradicional ou restritiva ou corrente clássica.

Defendida por nomes como Pedro Paulo Teixeira Manus e Manoel Antonio Teixeira Filho, a aplicação subsidiária das regras do direito processual civil somente será possível quando houver lacuna na legislação processual trabalhista.

Em outras palavras, a omissão existe quando houver apenas lacunas normativas. A omissão normativa seria condição indispensável para a aplicação subsidiária que aqui se discute.

Frise-se que referida corrente se fundamenta no respeito ao princípio constitucional do devido processo legal. O intuito é evitar o chamado “efeito surpresa”, ou seja, o jurisdicionado jamais seria surpreendido com a aplicação das regras processuais diversas daquelas previstas no ordenamento processual trabalhista. Vê-se que a linha de pensamento em comento sustenta sua posição com base no princípio da segurança jurídica.

e.2) Teoria evolutiva, ampliativa, sistemática ou corrente moderna

Defendida por Mauro Schiavi, Bezerra Leite, Jorge Luis Souto Maior, entre outros, a aplicação subsidiária das normas do direito processual civil ao direito processual do trabalho se dá não somente nas hipóteses de lacunas normativas, mas também em casos de lacunas ontológicas e axiológicas.

Leone Pereira, também adepto desta última corrente (com algumas ressalvas), nos ensina que “ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho ou legislação processual trabalhista extravagante preveja norma específica reguladora do caso concreto, é cabível a

aplicação subsidiária da norma do Processo Civil se a norma processual trabalhista estiver desatualizada ou se a respectiva aplicação mostrar-se injusta ou insatisfatória.”

A mencionada corrente se fundamenta, dentre outros, no princípio da efetividade processual; da celeridade processual; do acesso à ordem jurídica justa; dignidade da pessoa do trabalhador; na melhoria condição social do trabalhador e no caráter instrumental do processo (o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de pacificação social).

Desta maneira, o trabalhador teria efetivo e concreto acesso à Justiça do Trabalho. Deveras, os princípios do processo do trabalho devem orientar o operador do direito a todo momento. Porém, não é possível, aliás, sequer seria razoável, à custa de se manter a autonomia do referido ramo do direito e a vigência de suas normas, aniquilar o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, bem como o rápido recebimento de seu crédito (crédito este de natureza alimentar). Assim, não se pode fazer uma interpretação isolada da CLT. Esta deve ser vista, analisada e estudada em conformidade com os princípios constitucionais acima descritos.

É de nosso entendimento que teoria evolutiva busca um diálogo maior entre o Processo do Trabalho e o Processo Civil, razão pela qual adotamos, no intuito de se buscar, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica, os benefícios obtidos na legislação processual civil e aplicá-los no Processo do Trabalho.

Com efeito, o Direito Processual do Trabalho, por também possuir cunho protetivo, como o direito material do trabalho, pode sim adotar o princípio da norma mais benéfica e, perante duas regras processuais que possam ser aplicadas ao mesmo caso, escolher a mais efetiva, ainda que a regra pertença ao direito processual civil e seja contrária à Consolidação das Leis do Trabalho.

f) As características do Direito Processual do Trabalho

Recorrendo à formação do Direito Processual do Trabalho, sabe-se que a função primeva deste ramo processual seria criar um modelo processual no qual houvesse, sob o ângulo e material, a facilitação do acesso à Justiça por parte do trabalhador. De nada serviria um Direito do Trabalho protetivo se sua efetivação foi alocada numa justiça comum com

trâmites e procedimentos formais, caros, lentos e complexos. O Direito do Trabalho sem o Direito Processual do Trabalho seria uma bela promessa ao vento, mas nada real.

A primeira característica do Direito Processual do Trabalho surge com evidência: confirmar no âmbito processual o caráter protetivo do Direito Material do Trabalho. Era preciso ter uma justiça apropriada, especializada e familiarizada com as singularidades e urgências para uma solução justa do conflito capital do trabalho.

O desequilíbrio dos sujeitos no processo do trabalho impõe a especialização deste processo, como consequência das peculiaridades do conflito individual do trabalho, para corrigir tal desequilíbrio. Daí, os princípios da gratuidade, da inquisitorialidade, da celeridade, da proteção, da imediatidade, da oralidade e da simplicidade.⁴

A forte instrumentalidade do Processo Judiciário do Trabalho em relação ao Direito do Trabalho não apenas incorpora o princípio protetivo no plano processual, mas também atrai a incidência de outros princípios do direito material para o ambiente processual, como o princípio da verdade real, por exemplo.

Concomitante a instrumentalidade vinculada à proteção do trabalhador, era preciso romper com o formalismo processual enquanto condição para a efetivação do processo à Justiça. A simplicidade é a segunda principal característica do Direito Processual do Trabalho. A CLT criou um procedimento pautado na simplicidade, seja na fluidez de um procedimento centrado na oralidade ou com menos requisitos de validade nos atos processuais.

Como resultado de procedimento oral e demarcado pela simplicidade/informalismo, chega-se ao terceiro caractere estruturante: a celeridade. Um modelo processual que cuida, em tese, da efetivação de parcelas de natureza alimentar deve observar um rito de rapidez notória. Prazos menores, a concentração de atos orais em audiência, a imediatidade do juiz, amplos poderes instrutórios do juiz, irrecurribilidade de decisões interlocutórias, ausência de efeito suspensivo nos recursos, entre outros elementos deste sistema processual que é, conforme apuração do CNJ, o modelo mais rápido de processamento de ações.

De toda a forma, considerando o processo civil atual e levando em conta o processo do trabalho, este carregando traços fortíssimos do direito material do trabalho, baseando-se

⁴ COSTA, Carlos Coqueijo. Direito Processual do Trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996

primordialmente pelos princípios protetivo, da oralidade, da simplicidade, da efetividade, da celeridade, é preciso admitir a capacidade de transformação da sociedade pelo processo laboral. O processo do trabalho é mutante e se adapta a partir da mudança da sociedade. Sem dúvida alguma é um processo moderno, dinâmico, nada estático. E diferentemente do processo civil com os pés fincados na *civil law*, o processo do trabalho, como já adiantado se aproxima da *common law*, pois não fecha os olhos para as mudanças da sociedade, do contrário, está sempre atento à nova realidade, buscando sua constante transformação.

g) O Novo Código de Processo Civil e seus possíveis reflexos no Processo do Trabalho: avanço ou retrocesso?

A Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Civil deixa claro que se busca um processo mais célere, mais justo e menos complexo, o que, em tese, levaria o interprete a considerar, como premissa, que as alterações surgidas deveriam ser aplicadas ao processo do trabalho.

Todavia, não é isso que se verifica em grande parte dos dispositivos que constam do Código de Processo Civil aprovado pelo Senado.

Com efeito, em relação à maior parte das disposições novas, assim entendidas aquelas que não se encontram albergadas pelo Código de Processo Civil de 1973, devem ser mantidas firmes as contenções dos arts. 769 e 889, da Consolidação das Leis do Trabalho, sob pena de grave retrocesso no processo do trabalho. Isso porque, a criação das citadas cláusulas de contenção tem razões históricas, consubstanciadas na necessidade de se manter a celeridade e a efetividade, que eram garantidas pelo processo do trabalho, ao contrário do que acontecia com o processo civil comum e com as execuções fiscais, quando da entrada em vigor da CLT.

A colmatação, tanto das colunas ontológicas como das axiológicas, do processo do trabalho deve sempre partir da busca da maior efetividade da prestação jurisdicional, pautada na garantia constitucional da razoável duração do processo e nos valores que informam os direitos material e processual do trabalho.

Grande parte das alterações procedidas pelo CPC de 1973 representava avanço no sentido da garantia da efetividade do processo, de tal sorte que a doutrina e a jurisprudência majoritárias defenderam a sua aplicação no processo do trabalho.

O Código de Processo Civil de 2015 não supre diversas lacunas ontológicas do processo coletivo do trabalho, nem dá ensejo ao suprimento de lacunas normativas e axiológicas, diversas das já supridas com o recurso do CPC de 1973, mormente após as reformas por ele experimentadas. Ao contrário. Contém diversas disposições que, ao invés de garantirem maior celeridade ao processo, o retardarão, o que impõe a conclusão de que as cláusulas de contenção do processo laboral (arts. 769 e 889, da CLT) deverão ser mantidas, a fim de que não se o desnature.

CAPÍTULO 4

O Processo do Trabalho e as Contradições Principiológicas do Novo Código de Processo Civil

Jorge Luiz Souto Maior, Juiz do Trabalho e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no texto “O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho”, ao se referir ao processo do trabalho, destaca:

As regras de proteção aos trabalhadores surgiram como forma de tentar salvaguardar o capitalismo em um momento em que se reconheceram os efeitos nefastos da regulação da índole liberal do conflito capital x trabalho. As regras trabalhistas, em sentido amplo, abalaram a compreensão jurídica, atingindo, inclusive, a própria concepção de Estado, que deixa de ser Estado liberal para se tornar Estado Social.

Nesse contexto, o próprio Direito Civil se transformou em novo Direito Civil. A resistência à nova ideia ainda assim foi grande e os interesses econômicos se fizeram presentes para tentar preservar a liberdade ilimitada dos negócios, mantendo inabalável o Direito Civil.

De todo modo, sendo impossível negar a emergência dos direitos sociais, a nova racionalidade foi integrada aos “novos direitos”, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, que seriam, para muitos, uma espécie de “tercius genius” do direito, ao lado dos direitos público e privado.

(...)

Nesta linha de complicadores à aplicação concreta dos direitos sociais está precisamente a integração dos estudos do processo do trabalho à linha dos estudos do processo civil. Ora, o processo é efetivação do direito material e se o direito material ao qual o processo civil está voltado é o direito civil, com uma lógica pretensamente liberal, é óbvio que o processo civil reflete esse sentimento. Estudar o processo do trabalho a partir dessa raiz é desconsiderar a própria razão de afastar o direito do trabalho do direito civil, negando vida concreta aos direitos trabalhistas.

(...)

A desigualdade da relação material, ademais, permite que o empregador tenha aquilo que, na teoria processual, se denomina “autotutela”. Ou seja, o empregador tem o poder de tutelar, por ato

unilateral, o seu interesse, impondo ao empregado determinados resultados fático-jurídicos. Se o empregado não comparece ao trabalho, o empregador desconta seu salário; se atrasa, a mesma coisa. Se o empregado age de modo que não atenda à expectativa do empregador este, mesmo que o direito, em tese, não lhe permita fazê-lo, multa, adverte e até dispensa o empregado.

(...)

Se os direitos trabalhistas são essencialmente direitos dos trabalhadores e se o processo serve à efetivação desses direitos, resta evidenciado que o processo do trabalho é muito mais facilmente visualizado como um instrumento à classe trabalhadora. Trata-se de um instrumento pelo qual os trabalhadores tentam fazer valer os direitos que entendem tenham sido suprimidos pelo empregador.

E se o processo do trabalho tem essa finalidade real, é evidente que os institutos processuais trabalhistas não podem se constituir em empecilho ao propósito do processo. Como facilitadores do acesso à ordem jurídica justa, e não como obstáculos, os institutos processuais trabalhistas devem ser analisados e aplicados de modo a garantir a eficácia do Direito do Trabalho.

(...)

O certo é que o processo do trabalho deve se guiar pelos mesmos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, cabendo ao juiz, como responsável pela direção do processo, imbuir-se dessa racionalidade, até porque não terá como separar, mental e praticamente, as atuações no campo material e processual.

O processo do trabalho será tão eficiente, como instrumento de efetivação do direito do trabalho, quanto for diligente o juiz no exercício de sua função de aplicador e construtor de um direito voltado à correção das injustiças e à promoção da justiça social, sendo que a tanto está obrigado por determinação legal.⁵

Me inclino a concordar com o Professor. De fato, quando se fala em Direito do Trabalho, este é norteador mormente pelo princípio protetivo, considerando desigual a relação empregado-empregador, já que este detém o poder diretivo do trabalho, determinando o *modus operandi* do trabalho a ser desenvolvido. Nesses termos, o Estado deve salvaguardar os direitos do trabalhador, buscando maior equilíbrio na relação laboral.

Assim, para dar efetividade ao direito material, necessário se faz um instrumento processual que se coaduna com o conjunto principiológico do direito do trabalho, impondo maior proteção do Estado e diminuindo o poder privado de decisão. Necessário, portanto, um

⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho”, 2015.

sistema processual célere, informal, prestigiando os fatos reais, proporcionando rápida resposta estatal às demandas, uma vez que as verbas trabalhistas são tratadas pela doutrina como “créditos alimentares”, portanto, urgentíssimas.

Como bem lembrado pelo Nobre Professor, o Direito Processual Civil tem como pano de fundo o Direito Civil que, por sua vez, regula as relações privadas. Nesse diapasão, necessária se faz a aplicação parcimoniosa do processo civil no processo do trabalho, para que o princípio protetivo seja observado.

Assim, impõem-se ao processo do trabalho não apenas conferir ao trabalhador o que é seu por direito, na perspectiva individual, mas também gerar desestímulo às práticas ilícitas que promovam desajuste na concorrência, geram vantagem econômica indevida ao agressor, agredam a dignidade humana do trabalhador e tenham o potencial de provocar o rebaixamento da relevância social da classe trabalhadora. Nesse sentido, aliás, são expressos os artigos 832, §1º e 652, “d”, da CLT.

O Mestre Mexicano Trueba Urbina nega qualquer relação do processo do trabalho com o processo civil, demonstrando precisamente, como o processo é influenciado pela lógica do direito material, atribuindo a origem da desigualdade desses processos, principalmente, ao fato de que o processo do trabalho, ao contrário do processo civil, foi sensível à necessidade de transportar para o processo a desigualdade existente na relação de direito material.

Ouso discordar em termos nos mestres acima citados. De fato, o direito material do trabalho deve se alicerçar em bases instrumentais que garantam a efetividade do ideal buscado pelas regras laborais. Não há que se questionar que, tratando-se de relação desigual entre empregador e empregado, necessário se faz um instrumento que busque equilibrar essa relação. Dessa forma, o direito processual civil tem como base a busca da efetividade do direito civil, ou seja, as relações privadas. Por outro lado, não há como se furtar das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, muitas delas inspiradas no próprio processo do trabalho. Ademais, o próprio processo do trabalho, buscando maior efetividade, utiliza-se muito do que dispõe o processo civil, por tratar-se, muitas vezes, de regras mais evoluídas.

Ora, não há que se afirmar que o processo civil, hoje com inovações, seja absolutamente contraditório ao processo do trabalho. A oralidade passa a ser mais valorizada, a garantia de decisões mais justas e seguras às partes. Por outro lado, deixar livremente as partes no processo, considerando a desigualdade entre elas, incorre no risco de decisões injustas, desequilibradas. Não à toa que a própria Corte Superior do Trabalho editou a

Resolução nº 39, listando de forma não taxativa, o que os Magistrados poderão ou não aplicar no processo do trabalho.

Fica aqui a indagação: poderia o Tribunal legislar? Não estaria ferindo o princípio da separação dos poderes? Não estaria engessando em demasia a atuação dos juízes? Este tema será desenvolvido em capítulo próprio.

CAPÍTULO 5

A Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho

Como já mencionado em capítulos anteriores, o artigo 15 do CPC de 2015 dispõe que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código serão aplicadas.

No entanto, necessário atentar-se aos artigos 769 e 889, ambos da CLT.

O CPC deve ser aplicado subsidiário e supletivamente ao processo do trabalho, desde que haja omissão da lei especial e não houver incompatibilidade com as normas e princípios do processo do trabalho. Nenhuma novidade até aqui.

Portanto, não basta haver uma omissão no processo do trabalho para que o NCPC seja aplicado. Deve haver compatibilidade entre os institutos para que não se desfigure os conjuntos principiológico e axiológico do processo do trabalho.

Assim, entendeu por bem o Tribunal Superior do Trabalho editar a instrução normativa nº 39, objetivando esclarecer as normas compatíveis, não compatíveis e as incompatíveis em termos com o Direito Processual do Trabalho. Ressalte-se, no entanto, que as regras plasmadas na IN 39 não são taxativas.

A questão que se afigura é: teria o Tribunal Superior do Trabalho competência para estabelecer as regras que podem ou não ser aplicadas no processo do trabalho? Não seria competência legislativa? Se sim, não estaria ferindo o princípio fundamental da separação dos poderes?

a) Possibilidades

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em 15 de março de 2016, editou a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, modulando, portanto, a atuação dos magistrados. Isso é possível conforme estabelecido na Constituição Federal e na lei ordinária?

O art. 111-A, da Constituição Federal de 1988, , estabelece que a competência do Tribunal Superior do Trabalho será determinada em lei. Vejamos:

Art. 111-A, CF/88. 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:(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

(...) (g/n)

Pois bem. A Lei Federal nº 7.701 de 21 de dezembro de 1988, que dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e outras providências, em seu artigo 4º, preceitua:

Art. 4º - É da competência do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho:

- a) a declaração de inconstitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo do Poder Público;
- b) aprovar os enunciados da Súmula da jurisprudência predominante em dissídios individuais;
- c) julgar os incidentes de uniformização da jurisprudência em dissídios individuais;

- d) aprovar os precedentes da jurisprudência predominante em dissídios coletivos;
- e) aprovar as tabelas de custas e emolumentos, nos termos da lei; e
- f) elaborar o Regimento Interno do Tribunal e exercer as atribuições administrativas previstas em lei ou na Constituição Federal.

Não é de se admirar que em momento algum a lei autoriza o Tribunal Superior do Trabalho a legislar. Ademais, entraria na competência do próprio legislativo. E qual não foi a surpresa da sociedade? O Pleno do TST, ao editar a Instrução Normativa nº 39, descaradamente, legislou ao elencar quais dispositivos do Código de Processo Civil seriam aplicáveis e quais seriam inaplicáveis, engessando a atividade jurisdicional. Ora, se a própria CLT, nos artigos 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”) e 889 (“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.”), bem como o CPC/15, no art. 15 (“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”). Ora, caberia ao próprio juiz do trabalho, para dar celeridade e efetividade da aplicação do direito material do trabalho aplicar a norma processual mais apropriada. Não faz sentido o Tribunal Superior afirmar o que pode ou o que não pode ser aplicado.

Muitos especialistas afirmam que o TST extrapolou os limites ao regular a aplicação do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. Afirmam que, na tentativa de regulamentar o novo Código de Processo Civil (CPC), o Tribunal Superior do Trabalho acabou alterando a lei e invadiu competência do Legislativo. Vale trazer à baila matéria postada no site da FENACON em 08 de abril de 2016, fonte DCI – SP, por Roberto Dumke:

Antes mesmo de o código entrar em vigor, no último dia 18, a instância máxima da Justiça do Trabalho se antecipou e publicou duas instruções normativas (39 e 40) para determinar quais dispositivos do novo CPC seriam aplicados, não aplicados ou aplicados "em termos" no âmbito trabalhista.

Esse filtro seria importante porque, apesar de o processo trabalhista ter regras diferentes, fixadas na própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o código de processo civil é usado de forma auxiliar. "Toda vez que a CLT for incompleta, pode-se buscar no CPC o

complemento", explica a professora e advogada do Souto Correa, Denise Pires Fincato.

O primeiro problema, na visão dela, é que o TST não tem a atribuição ou competência de legislar sobre matéria processual trabalhista. Ela aponta que essa competência é do poder Legislativo federal. "O próprio texto [das instruções normativas] é de lei. Eles usam 'aplica-se', 'não se aplica'. No caso, o Judiciário está criando normas processuais, o que não lhe cabe."

Mais grave que a parte formal do problema, contudo, seriam os efeitos práticos. O sócio do Demarest, Antonio Carlos Frugis, aponta que enquanto o novo CPC diz, no artigo 332, que o juiz pode já em liminar negar o pedido se identificar que ocorreu decadência ou prescrição, já na normativa do TST consta apenas a palavra "decadência".

Segundo ele, o fato de a normativa não ter incluído o termo prescrição é uma alteração significativa. Na visão de Frugis, isso pode ter ocorrido porque os juízes do trabalho têm um receio de logo no início (em liminar) julgar prescrita a ação trabalhista. "Com isso poderiam estar ferindo os direitos dos trabalhadores", aponta.

Em vez disso, Frugis diz que os magistrados preferem percorrer todo o procedimento processual, inclusive ouvindo testemunhas e colhendo provas, para só no momento da sentença julgar a ação prescrita. "A pergunta é: Por que a prescrição não é motivo de julgamento imediato com a extinção do processo? Qual o sentido de se instruir um processo, produzir provas, para, ao final, se reconhecer a prescrição? Não se justifica", observa Frugis. Para ele, a medida eleva os custos de defesa processual para as empresas.

Denise cita outro exemplo problemático. Enquanto no novo CPC as partes ganharam a possibilidade de corrigir o depósito de custas processuais e depósitos recursais feitos em valor incorreto, a normativa diz que na Justiça do Trabalho a possibilidade de correção vale só para as custas. Ou seja, se houver qualquer problema no cálculo do depósito recursal - o que é relativamente frequente - a parte é submetida à pena de "deserção", a desistência do processo. "É uma pena processual impactante para as empresas", afirma ela.

Por outro lado, há quem afirme que o TST agiu ao estabelecer a interpretação desde já dos dispositivos processuais aplicáveis ou não ao processo do trabalho, evitando-se, por sua vez controvérsias futuras sobre a aplicabilidade ou não de determinado dispositivo advindo do processo civil.

Apesar da polêmica sobre o teor das normativas do TST, um ponto positivo é que, em tese, elas poderiam ajudar a prevenir a judicialização de uma série de discussões. A sócia do Crivelli

Advogados Associados, Renata Silveira Veiga Cabral, conta que no passado alterações processuais levantaram discussões judiciais que acabam "onerando" o sistema.

"Cada um tem uma interpretação e a matéria é discutida até que num belo dia isso chega ao TST, que decide se o trecho é aplicável ou não", afirma. Para Renata, o TST agiu no sentido de facilitar e antecipar sua interpretação. "Não vejo isso como uma extrapolação." Declaração recente do presidente do TST, Ives Gandra Martins Filho, vai no mesmo sentido. "Não poderíamos deixar que um código com tantas inovações pudesse gerar uma série de discussões para que só posteriormente viéssemos a definir quais delas seriam aplicáveis", disse o ministro.

(fonte: http://fenacon.org.br/noticias/tst-ultrapassou-limites-ao-regular-aplicacao-de-novo-codigo-processual-494/?utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=Press+Clipping+Fenacon+-+08+de+abril+de+2016)

Não há que se discordar que a interpretação prévia das normas processuais civis aplicáveis ou não ao processo do trabalho evitaria uma série de discórdias e, portanto, garantiria maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Ocorre que, em consonância com o princípio da separação dos poderes, bem como ao estabelecido na Lei Federal nº 7.701 de 1988, ao dispor sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho, o TST, de fato, extrapolou limites estipulados, fere a independência dos magistrados.

b) ADI nº 5.516/DF – ANAMATRA

A edição da Instrução Normativa nº 39 pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho gerou uma série de controvérsias. A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, objetivando a declaração formal e material da Instrução Normativa nº 39/2016.

A requerente sustenta, em síntese, que, ao editar o ato sob invectiva a pretexto de regulamentar o novo Código de Processo Civil, o Tribunal Superior do Trabalho teria invadido a competência do legislador para editar normas de direito processual, bem como atuado em contrariedade à competência que lhe fora outorgada pela Constituição federal. Nessa seara, aduz que a Instrução Normativa em exame teria inovado a legislação processual

civil e violado a independência dos magistrados trabalhistas, em afronta aos artigos 5º, incisos II, XXXVII e LIII; 22, inciso I; 95, incisos I, II e III; e 96, inciso I, ‘a’, todos da Constituição da República.

Inicialmente, a autora afirma que as normas processuais previstas no Novo Código de Processo Civil devem ser aplicadas nos processos trabalhistas de forma supletiva e subsidiária, conforme determina o artigo 15 da Lei nº 13.103/15. Aduz, também, que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 769 e 889, igualmente contempla a aplicação do princípio da subsidiariedade e os seus limites. Nesse contexto, sustenta que as previsões mencionadas permitem que cada magistrado da Justiça do Trabalho, seja de primeiro ou segundo grau de jurisdição, atue com independência funcional e decida qual norma do Código Civil deverá ou não ser aplicada no processo em análise.

Assim, ao fixar as hipóteses em que se dará a aplicação subsidiária do CPC nos processos trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho teria exercido atividade legislativa, razão pela qual o ato apontado como inconstitucional estaria em desacordo com o artigo 22, inciso I, da constituição.

Em outra vertente, afirma que a instrução atacada decorreria de atuação inconstitucional, porquanto o Tribunal Superior do Trabalho não possuiria competência, *“quer constitucional, quer legal, para o fim de expedir Instrução normativa com a finalidade de ‘regulamentar’ a lei processual federal.”* (fl. 07 da petição inicial). Nesse ponto, segundo a requerente, o ato estaria violando o teor do artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Carta.

Destaca que os tribunais somente detêm a atribuição em matéria legislativa para editar seus regimentos internos e para dispor sobre competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, nos termos do mencionado art. 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal. Desse modo, tendo em vista que o ato impugnado não versa sobre tal temática, teria o TST extrapolado os limites de sua competência.

Alega, demais, que a Instrução Normativa nº 39/16 violaria o princípio da independência dos magistrados, contido nos artigos 5º, incisos XXXVII e LIII; e 95, incisos I, II e III, sob o argumento de que caberia a cada magistrado ou Tribunal, no exercício da prestação jurisdicional, conferir a interpretação da lei ao julgar os casos concretos. Assim, aduz que o ato impugnado *“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.”* (fl. 04 da petição inicial).

Nesses termos, a autora requer o deferimento da medida liminar para que seja suspensa a eficácia da Instrução Normativa em comento, com efeito *ex nunc*. E, no mérito, pede seja julgado procedente o pedido de declaração de nulidade, por vício de inconstitucionalidade formal e material da Instrução Normativa nº 39, com efeito *ex tunc*.

A Advocacia-Geral da União elaborou parecer pela improcedência da demanda.

Em agosto de 2016, requerente peticiona alegando a perda do objeto da ADI, diante das informações prestadas pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, assim como da resposta à Consulta que formulou ao Corregedor Geral da Justiça do Trabalho.

Sustentou a Anamatra, como já esposado, que a edição por parte do TST de uma Instrução Normativa contendo típicas normas de sobredireito, que submetem 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, estaria 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.

Ocorre que, ao prestar informações a essa Corte, afirmou o Presidente do TST que a referida IN 39 não teria força normativa alguma. Seria apenas uma orientação a ser seguida para os Juízes que continuariam livres para decidir de forma contrária.

Afirmou, claramente, que teria “caráter orientativo” bem ainda “sem qualquer prejuízo para a independência funcional dos juízes.”

A Anamatra buscou, também, junto ao Corregedor Geral da Justiça do Trabalho, saber a respeito da existência ou não de efeito vinculante da IN 39 para fins de eventual responsabilização administrativa disciplinar dos magistrados que viessem a descumpri-la, e obteve resposta em sentido negativo, vale dizer, no sentido de que a IN 39 não teria efeito vinculante e que não poderia dar causa a qualquer sanção disciplinar pelo eventual descumprimento (Consulta n. 176522-49.2016.5.00.0000).

Se assim é, se o TST, pela voz de seu Presidente e do seu Corregedor-Geral, está afirmando que a IN 39 é apenas “orientativa”, “não vinculativa” e que “não poderá causar sanção disciplinar” pelo eventual descumprimento, estando preservada a independência dos magistrados trabalhistas, então, salvo melhor juízo, deixou de haver interesse processual por

parte da Anamatra para pretender a declaração de nulidade por vício de inconstitucionalidade da IN 39 do TST.

A despeito de não ter ocorrido a revogação expressa do ato normativo impugnado, as informações prestadas pelo Presidente do TST e o pronunciamento dado em sede de Consulta pelo Corregedor Geral da Justiça do Trabalho, acabam por retirar da IN 39 as qualidades que lhe pareceriam inerentes e que, se tivessem sido confirmadas pelo TST, configurariam a inconstitucionalidade.

Inexistindo, pois, de acordo com o TST, caráter vinculante da IN 39 e estando os magistrados trabalhistas livres para exercer com plenitude a jurisdição em face das novas regras implementadas pelo CPC/15, prejudicada esta a ADI em debate.

c) Consulta realizada pela ANAMATRA. Esclarecimentos sobre aplicação da Instrução Normativa n. 39 por Magistrados. Processo nº Cons-0017652-49.2016.5.00.0000

Em resposta à Consulta, o Ministro Corregedor Geral da Justiça do Trabalho esclarece questões relativas à possibilidade de sanção disciplinar e o manejo de correição parcial contra a atividade do magistrado do trabalho pela não aplicação da mencionada IN, bem como sobre colaboração e comprometimento por parte dos órgãos de 1º e 2º grau da Justiça Laboral.

Trata-se de Consulta formulada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, por meio da qual requer esclarecimentos relativos à Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, aprovada pela Resolução nº 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 nº 13.105/2015).

Argumenta que, após a edição da Instrução Normativa nº 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 nº 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 nº 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 nº 39/2016?";

2) "a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei nº 13.105/2015) ao processo do trabalho, à luz dos artigos 769 e 889 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 nº 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?".

Eis a conclusão do Ministro Corregedor-Geral Renato de Lacerda Paiva:

Sendo assim, acolho a presente Consulta, para assentar que: 1) a interpretação do Juiz do Trabalho em sentido oposto ao estabelecido na Instrução Normativa nº 39/2016 não acarreta qualquer sanção disciplinar; 2) a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei nº 13.105/2015), em desconformidade com as regras da Instrução Normativa nº 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, cumpre salientar que a Instrução Normativa nº 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 nº 39/2016, com vistas à

uniformização das normas a serem aplicadas no âmbito do Processo do Trabalho.

Diante de todos os esclarecimentos, parece-nos que as controvérsias acerca da extrapolação dos limites da competência do Tribunal Superior do Trabalho foram sanadas. Como bem respondeu o Ministro Corregedor-Geral, a Instrução Normativa nº 39 nada mais é que uma orientação aos magistrados de 1º e 2º grau e, portanto, não impõem qualquer sanção disciplinar ao magistrado que entender de forma diversa.

No meu singelo entender, parece-me que o Tribunal Superior do Trabalho teve que recuar quanto ao seu entendimento, pois a IN 39 dispõe sobre normas do processo civil que devem ou não ser aplicáveis, não tendo caráter de orientação, mas de imposição à atuação dos magistrados. De toda a forma, a Corte Superior do Trabalho resolveu as controvérsias a princípio, acalmando os ânimos dos juízes de primeiro e segundo grau. Aguardemos cenas dos próximos capítulos.

CAPÍTULO 6

Futuro do Processo do Trabalho

Que o Processo do Trabalho merece reformas, indiscutível. Aliás, não apenas o Processo do Trabalho que se alonga *ad eternum*, impedindo que o trabalhador goze seus direitos, mas o processo como um todo.

Necessário um instrumento que facilite a efetivação do direito material do trabalho. No entanto, e se o próprio direito material estiver em crise? Sim, é esse o caso. O Direito do Trabalho está em crise, mas não é demais frisar que é uma crise elevada a enésima potência pelos detentores das atividades econômicas. Não há que se falar em elevados custos dos empregados, pois comparando com outras nações ao redor do mundo, o Brasil tem um dos menores custos.

Manobras. Manobras atrás de manobras. Tudo a justificar a subtração dos direitos dos trabalhadores que já não recebem o suficiente para desempenhar atividades bastante complexas. Ah, mas todos devem cooperar, afinal de contas com essa crise, necessária se faz uma releitura do direito do trabalho, ou seja, flexibilização selvagem que apenas a classe empresarial sai ganhando e o país deixa de avançar, tendo em vista que reduzindo o poder de compra das pessoas, a economia não se movimenta. Mais crises.

Tempos sombrios. Manipula-se a verdade para a obtenção de resultados aparentemente mais apropriados para o enfrentamento da crise. Com um ar benevolente, empresários sugerem a redução dos custos do trabalhador e, como já mencionado linhas acima, ilusão achar que o trabalhador brasileiro é custoso e a legislação trabalhista é benéfica em demasia aos empregados e rígida demais com os empregadores. Uma análise mesmo que perfunctória nos mostra outra situação. O custo da mão-de-obra no Japão vale em média 5 vezes mais que no Brasil. Os EUA, mais de 6 vezes, na Alemanha, mais de 8 vezes. Sem contar o valor do salário mínimo.

Outro assunto em pauta é a flexibilização. Flexibilizar é o ato de vergar-se ou curvar-se perante algo ou alguém. No entanto, os defensores da flexibilização contextualizam seu sentido como apenas flexibilidade ou adaptação da norma, face à situação econômica mundial em crise e intensa concorrência. Então, a flexibilização preconiza a redução de vantagens e

direitos, permitindo que o empregador, diminuindo custos, obtenha sucesso no cenário competitivo.

Outro fenômeno que tem ascendido no contexto da crise do Direito do Trabalho é denominado comumente de desregulamentação ou precarização. A precarização é, de fato, a eliminação do Direito do Trabalho, uma vez que torna o contrato e as condições de trabalho mais frágeis. Tornam as empresas mais livres para contratar e dispensar empregados. Retiram do Estado atribuições relacionadas a proteção trabalhista e/ou previdenciária. Desta forma, pode ser considerada uma postura mais extremada do que a flexibilização porque pretende a retirada de regulamentação, delegando para a autonomia privada o estabelecimento das condições de trabalho e sua retribuição. A título de diferenciação, a flexibilização reside na seara interna do contrato, realizando redução/adaptação dentro dos termos estabelecidos no contrato de emprego, enquanto que a precarização age na seara externa do contrato, uma vez que não assegura qualquer direito ou vantagem estabelecida no contrato, por isso é chamado de contrato precário.

A Terceirização, originada no toyotismo, fundamenta-se em argumentos de ordem técnica que sustentam uma maior e melhor produtividade, através desta forma organizativa da produção. A terceirização caracteriza-se pela presença de um intermediário entre o trabalhador e a empresa que usufrui dos serviços deste. Trata-se da sublocação, isto é, na terceirização a força de trabalho não é locada diretamente a empresa que recebe o resultado do trabalho, mas inicialmente locada a um terceiro, que subloca a uma outra empresa, que corresponde a tomadora dos serviços. É preciso desvelar que a terceirização compreende uma estratégia externalizante. Com efeito, repassa para uma terceira a responsabilidade por uma etapa do processo produtivo, e, por consequência, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Além destes problemas, a terceirização representa o enfraquecimento da categoria e dos sindicatos de trabalhadores, pois dificulta a organização associativa. Isso porque, no ordenamento jurídico pátrio, o enquadramento sindical é definido pela atividade econômica predominante da empresa, que implica dizer que os trabalhadores terceirizados não têm direitos às vantagens coletivas praticadas nas empresas tomadoras dos serviços, pois seu vínculo não é com esta empresa que terceiriza o serviço, no qual ele trabalha, mas sim com uma terceira, que comumente tem como atividade econômica a prestação de serviços ou locação de mão de obra.

Ainda, verifica-se que, como último reflexo da crise do Direito do Trabalho, o mundo do trabalho é atualmente caracterizado pela heterogeneização das formas de trabalho, particularmente com o decréscimo do trabalho classicamente assalariado, o emprego. Frise-se que a redução do emprego em favor de relações supostamente autônomas ou precarizadas, importa em exclusão de um imenso contingente de trabalhadores do sistema protetivo trabalhista, social e previdenciário. Essa heterogeneização implica a conformação de um mundo do trabalho plural, diferenciado, multifacetado e difuso. Encontramos entre essas formas o trabalho temporário, o estágio, o trabalho em tempo parcial, autônomos, falsos autônomos, cooperados, trabalhadores organizados em forma empresarial, eventuais, avulsos, *free-lancers*, domésticos, diaristas, horistas, empreiteiros, subempreiteiros, trabalhadores com emprego partilhado (*job sharing*) etc.

Pode-se, portanto, analogicamente dividir o mundo do trabalho em dois grupos de trabalhadores: os incluídos, com perfil de profissional especializado e/ou detentor de técnica, contratado nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, embora representem um pequeno contingente no total dos trabalhadores; os excluídos, os demais não englobados no tipo anterior e que não se configuram como autônomos, por não ter perfil especializado, sendo submetidos a contratações precárias ou mesmo a uma relação civil de prestação de serviços, na qual prevalece a excessiva exploração, em razão de que cabe aos trabalhadores todo o risco e custo da atividade, não obstante seja da empresa contratante a possibilidade de fixação da retribuição.

Constata-se, no plano jurídico, que os efeitos da crise do Direito do Trabalho são confirmados pela adoção da flexibilização, precarização e sub-contratação (ou terceirização), ressaltando-se a heterogeneidade das formas de trabalho. A título de perspectivas, têm-se identificado tendências ou alternativas para o direito laboral. A grosso modo, pode-se agrupá-las em duas direções: liberalizantes e protecionistas.

Este primeiro grupo sugere que as relações de trabalho devem ter uma maior liberalização na tutela do empregado, afrouxando ou diminuindo a proteção ou mesmo as vantagens estabelecidas na lei ou nas estipulações coletivas ou individuais no contrato de trabalho. Pregam, conseqüentemente, a prevalência da autonomia privada em detrimento da legislação trabalhista, sustentando que seria esta a única forma de garantir empregos diante da competitividade global e das novas formas produtivas.

Este pensamento conduz o Direito do Trabalho ao retorno ao plano da igualdade de partes, que caracteriza o Direito Civil. A opção por este modo de conceber o juslaboralismo, importa, de fato, na própria anulação da autonomia do Direito do Trabalho, gerando sucessivamente sua destruição, eis que negaria a sua função eminentemente protetiva do trabalhador, que é a característica essencial.

O pensamento protecionista é ainda hegemônico, mas encontra-se mitigado por posturas moderadas, que têm aceitado a flexibilização, a precarização e a terceirização, desde que observados certos limites. O fundamento deste protecionismo é originado diretamente na exploração do trabalho na sociedade capitalista que impõe ao trabalhador uma condição mais fraca e dependente. Além deste fundamento, há que se destacar a dignidade humana é fundamento maior dos ordenamentos jurídicos contemporâneo, que no Direito do Trabalho atrai a proteção ao trabalhador.

Nesse sentido, não se pode considerar ou tratar igualmente o trabalhador, ainda hipossuficiente, e por consequência fraco e dependente do trabalho para assegurar sua sobrevivência, com o empregador que detém o poder de admitir e despedir numa conjuntura de altos índices de desemprego e de exclusão social.

A reestruturação produtiva, as novas tecnologias e a diminuição da intervenção estatal não têm provocado melhoria nas condições de trabalho e remuneração na atualidade, o que mantém a condição de hipossuficiência dos trabalhadores, reafirmando a necessidade de proteção. Depara-se, ao revés, não com trabalhadores dependentes, em larga escala, proveniente da grande fábrica no Estado do Bem Estar Social, mas encontra-se precisamente uma fragilidade difusa, heterogênea e complexa, dificultando a organização coletiva destes trabalhadores e sua capacidade de reivindicação, que tem que conviver com o aterrorizante desemprego.

Repensar o Direito do Trabalho implica compreender que as inovações tecnológicas e a reestruturação produtiva forjaram uma crise no conceito clássico de subordinação. Diga-se, de passagem, que a fuga à subordinação tradicional é notadamente um movimento intencional, pois procura fugir da tutela trabalhista da relação empregatícia, visando a redução das despesas.

É preciso resgatar a essência do Direito do Trabalho na sua origem. Na análise da origem do Direito Trabalho, pode-se encontrar seu sentido e sua ontologia, que teve surgimento a partir das ações e reivindicações da coletividade dos trabalhadores. No contexto

em que a igualdade jurídica era basilar, o Direito do Trabalho afirma a desigualdade como fundamento de sua existência, inferindo a necessidade da proteção do hipossuficiente.

Em termos conclusivos, defende-se a manutenção da tutela do empregado e a necessidade de invenção de novas tutelas para os trabalhadores heterogêneos e diferenciados são indicativos para a superação da crise do Direito do Trabalho. Todavia, a ontologia juslaborista – que inspira a expansão do Direito do Trabalho, indica que a proteção ao trabalho é a própria proteção do homem e de sua dignidade e que, portanto, não deve se restringir a somente uma categoria de trabalhadores, os empregados. Enfim, assegurar proteção ao todo e qualquer tipo de trabalho é assegurar proteção ao homem e sua dignidade, valor maior da Constituição e da própria sociedade.

Muito bem. Infelizmente, o Direito do Trabalho e sua efetivação tem tomado rumos diversos, privilegiando o detentor das atividades econômicas em detrimento do trabalhador. A perspectiva não é boa, de fato.

Nessa esteira, com a movimentação do Direito do Trabalho por esses caminhos obscuros, as relações privadas serão beneficiadas e, como já dito mais acima, empregado e empregador serão tratados em pé de igualdade, prejudicando a força laboral. E, bem durante esse movimento, passou a vigorar o Código de Processo Civil de 2015 que prestigia justamente as relações privadas, deixando às partes grande influência no poder decisório, acabando, muitas vezes, por prejudicar a parte mais sensível daquela relação. Como o Processo do Trabalho se adaptará? Quais serão os reflexos no campo laboral? Muito cedo para as conclusões.

De toda a forma, necessário bloquear esse movimento, lutando por um processo mais célere e mais justo e com a certeza de que o trabalhador é, sim, a parte mais fraca da relação. Impende frisar que não é razoável equiparar, por exemplo, o dono de uma usina de açúcar com um empregado do setor de limpeza. Não é proporcional, pelo contrário, a equiparação é injusta e se afasta demasiadamente do caráter protecionista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho se destacou perante outros ramos do Direito, por ser mais protecionista, por visar melhores condições aos trabalhadores. Busca-se a garantia de bem-estar social, buscando o equilíbrio entre o detentor das atividades econômicas e os empregados.

Admitir que existe uma relação de equilíbrio entre empregado e empregador é tentar tampar o sol com uma peneira. De um lado, o empregador que busca o maior lucro possível com maior redução de gastos possíveis. Do outro lado, aquele que fornece a força laboral e que deve obedecer às regras impostas pelo empregador. Ele não tem escolha: ou se submete às regras ou é demitido numa simples “canetada”, sem grandes justificativas.

O direito material laboral busca garantir ao empregado a observância das leis trabalhistas pelo empregador, através da tutela estatal. Para tanto, para a efetivação desses direitos, necessário um instrumento processual que garanta a celeridade do processo, a informalidade, tendo em vista que estão em jogo créditos trabalhistas, classificados por alguns de créditos de natureza alimentar.

Nesse diapasão, necessária cautela. Não está se tratando de relações íntimas, pessoais e, portanto, de partes com paridade de armas. Do contrário, está se tratando de relações em desequilíbrio e a balança da justiça deve justamente equilibrá-las. Assim, não basta um direito processual que permita que as partes influenciem em demasia no resultado da demanda. Não há que se falar em um processo no qual as partes façam acordos privados, sob o risco de prejudicar o trabalhador. O Estado deve dizer o Direito a partir da verdade real, a partir dos costumes locais, do direito consuetudinário.

O Código de Processo Civil de 2015 certamente recebeu influência do processo do trabalho. De fato, a nova edição sugere um processo mais célere, mais informal. Por outro lado, acaba por prestigiar a negociação entre as partes. E como já dito acima, cautela sempre é necessária, caso contrário, o empresário sairá sempre lucrando às custas da força laboral.

Previendo todas essas situações, o Tribunal Superior do Trabalho, em março de 2016, editou a Instrução Normativa nº 39, indicando dispositivos do Código de Processo Civil aplicáveis ou não ao processo do trabalho. Tal instrução normativa gerou uma série de debates e até a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.516/DF pela ANAMATRA,

pois questionava-se que o TST estava a extrapolar as competências constitucionais, por ter legislado a respeito do processo, ferindo o princípio da separação de poderes e ferindo a independência dos magistrados. A situação acabou mudando de figura após a ANAMATRA protocolar uma consulta sobre a aplicação da Instrução Normativa nº 39, editada pelo TST. O Ministro-Corregedor da Justiça do Trabalho, em resposta à consulta, alega que a IN nº 39 do TST é apenas uma sugestão, uma indicação, uma tendência da justiça do trabalho, não implicando em qualquer sanção disciplinar aos juízes que não a observarem.

Ocorre que o Ministro- Corregedor vai adiante e sugere que o Tribunal Superior do Trabalho pretendeu posicionar-se diante do Novo Código de Processo Civil, tendo em vista haver dispositivos totalmente incompatíveis com o processo do trabalho. Busca-se, nessa esteira, a uniformização das decisões judiciais e colaboração por parte dos juízes de primeira e segunda instâncias, para que o jurisdicionado, quando da propositura da ação, tenha maior segurança jurídica.

Por outro lado, não se pode olvidar que o processo do trabalho, como já dissertado ao logo deste trabalho, tem um conjunto principiológico próprio que em várias situações se afasta *in totum* do processo civil, não podendo, portanto, cogitar a sua aplicação. O processo civil deve ser aplicado quando não houver a norma correspondente no processo do trabalho ou para complementar uma norma já existente, desde que não contraditória aos preceitos do processo do trabalho. Ademais, o processo civil deve ser aplicado, mesmo nos casos de normas existentes no processo do trabalho, para garantir maior efetividade ao processo, lembrando sempre a proibição à contrariedade.

Não é possível assegurar o rumo do processo do trabalho. O mundo encontra-se em ebulição. Crises econômicas, guerras, interesses capitalistas etc. Dessa forma, o Direito do Trabalho passa por mutações. Discute-se, hoje, a redução dos custos sociais do trabalhador, propondo-se a alteração da legislação trabalhista por ser excessivamente benéfica ao empregado. Nessa linha, os empresários pretendem maior flexibilização das relações de trabalho, com negociações diretas entre empregado e empregador, passando por cima da legislação protetiva.

A flexibilização das relações do trabalho em si já é permitida, desde que os direitos sociais do trabalhador sejam garantidos. Ocorre que o que se pretende no final é a precarização das relações do trabalho, sem que haja atenção absoluta às leis laborais, o que se afigura muito perigoso, considerando a relação tão desigual entre as partes envolvidas. Outra

tendência que vem se ramificando é a questão da terceirização, antes permitido apenas para as atividades-meio, hoje já começa a surgir questionamentos sobre a possibilidade em atividades-fim, inclusive está em discussão no Supremo Tribunal Federal a validade da Súmula 331 do TST, a qual admite a terceirização das atividades-meio e não das atividades-fim. E o que se entende por terceirização do trabalho? É o processo pelo qual uma instituição contrata outra empresa para prestar um determinado serviço. O empregado é contratado pela empresa prestadora de serviços que vende sua força laboral a uma tomadora de serviços que não mantém qualquer vínculo trabalhista com o empregado.

Pois bem. Os impactos do Código de Processo Civil de 2015 serão observados de acordo com o rumo do próprio direito material do trabalho. Caso haja resistência da justiça do trabalho com esse rumo que as relações laborais vêm tomando, com a subtração de direitos dos trabalhadores, os impactos serão X. E, caso a justiça do trabalho se curve e aceite a retirada de direitos sociais dos trabalhadores e passe a prestigiar mais as relações negociais entre empregado e empregador, o impacto será diametralmente oposto. A ver.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** 7ª. São Paulo: Cortez, Universidade Estadual de Campinas, 2003;

CARELLI, Rodrigo Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004;

COSTA, Carlos Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Novos contornos da relação de emprego diante dos avanços tecnológicos.** São Paulo: LTr, julho/2003;

FREITAS, Carlos Eduardo. **Precarização e Leis do Trabalho na era FHC.** CUT. São Paulo: CUT, 2001;

GOULART, Rodrigo Fortunato e NETO, José Affonso Dallegrave (coordenadores). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**, 1ª ed. São Paulo: LTr, 2016;

http://fenacon.org.br/noticias/tst-ultrapassou-limites-ao-regular-aplicacao-de-novo-codigo-processual494/?utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=Press+Clipping+Fenacon+-+08+de+abril+de+2016)

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (org.). **Novo CPC – Repercussões no Processo do Trabalho.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel.** In Manuscritos Econômicos Filosóficos. São Paulo: Martin Claret, 2001;

MASI, Domenico De. **Desenvolvimento sem Trabalho.** São Paulo: Ed Esfera, 1999;

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Crise do Direito do Trabalho. **Monografia de especialização em Direito do Trabalho**, Fundação Faculdade de Direito, 2004;

_____. **Repensando o Direito do Trabalho.** Jornal a Tarde. In Judiciárias. Salvador, 17 de outubro de 2004;

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978;

PINHO PEDREIRA, Luiz Silva de. **Os Princípios do Direito do Trabalho em face da Globalização** In FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). **Presente e Futuro nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000;

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **O Direito do Trabalho?** In PIMENTA, José Roberto Freire (org.). **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004;

ROMITA, Arion Sayão. **A flexibilização das leis do Trabalho em debate: choque e correntes**. In FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). **Presente e Futuro nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000;

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho de acordo com o novo CPC**, 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016;

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 6ª edição. São Paulo: Cortez Editora, 1999;

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Pai afasta de mim este cálice**. São Paulo: LTr, dez/2003;

_____. “O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho”, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI223172,41046-O+conflito+entre+o+novo+CPC+e+o+processo+do+trabalho>.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **O Futuro do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, outubro/2000;

TRINDADE, Washigton Luiz. **O globalismo e a Mcdonaldização das relações jurídicas**. São Paulo: LTr, dez 2000;

VIANA, Márcio Túlio. **Tercerização e sindicato: um enfoque para além do jurídico**. São Paulo: LTr, julho/2002;

_____. **Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado.** In PIMENTA, José Roberto Freire (org.). **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas.** São Paulo: LTr, 2004;

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito.** 2°. São Paulo: Alfa Ômega, 1997;

