



O Código de Processo Civil de 2015 e a Justiça do Trabalho: novas estratégias para as empresas de serviços na dinâmica da terceirização

Ricardo Souza Calcini

São Paulo, 26 de julho de 2016

RICARDO SOUZA CALCINI

- ❖ Especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie;
- ❖ Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do TJ/SP;
 - ❖ Instrutor de Treinamentos “In Company” e de Eventos Corporativos;
 - ❖ Professor Convidado e Palestrante de Cursos Jurídicos;
- ❖ Coordenador Acadêmico da Escola Nacional de Direito e de Fabre Cursos Jurídicos;
 - ❖ Assessor de Desembargador no TRT/SP da 2ª Região;
- ❖ Membro do IBDSCJ, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDConst, do IDA e do IBDD.



(11) 97144-1528

rcalcini@yahoo.com.br e/ou rcalcini@gmail.com



➤ Segundo o presidente do TST, a ideia da IN 39/2016 é **reduzir polêmicas e sinalizar**, de forma segura a juízes, advogados e partes, quais dispositivos do novo CPC são aplicáveis ou não à ação trabalhista. É que, pelo curso natural do processo, muitas controvérsias só serão pacificadas pelo TST daqui a muitos anos.

➤ **“Imagine o caos interpretativo que se instauraria**, em se tratando de código com tantas inovações, se não houvesse esse norte mais ou menos claro. **Inúmeros recursos subiriam apenas para discutir se tal ou qual norma seria aplicável, com nulidades acolhidas, fazendo retornar o processo à estaca zero”.**

➤ **A instrução normativa nº 39/2016 do TST não têm caráter vinculante — ou seja, não é de observância obrigatória pelas instâncias inferiores. Contudo, a orientação sinaliza como o TST aplica as normas por elas interpretadas. “Assim, decidir em sentido contrário contribui apenas para fazer demorar mais o processo, com custo desnecessário às partes e ao contribuinte, tornando o processo mais oneroso”.**

➤ **A IN 39/016 do TST traz a interpretação da Corte sobre **135 dos 1.072 artigos do novo CPC** — 15 deles são apontados como não aplicáveis, 79 como aplicáveis e 40 como aplicáveis em termos. **“Ou seja, em caráter não taxativo e não definitivo, o TST entendeu fundamental dar, ao entrar em vigor o novo CPC, uma sinalização clara sobre a aplicabilidade, ou não, ao processo do trabalho, dos dispositivos mais inovadores e polêmicos do novo código”.****

- A Anamatra ajuizou, no STF, a **ADI 5516** que tem por objeto a IN 39/2016 do TST. A entidade sustenta vício formal e material de inconstitucionalidade na norma, que trata da aplicação de dispositivos do NCPC ao processo do trabalho.
- A ação observa que o CPC tem aplicação supletiva e subsidiária na Justiça do Trabalho, ou seja, é utilizado quando a CLT for omissa quanto à matéria e quando a norma do processo comum não for incompatível com o “espírito do processo do trabalho”. A Anamatra defende, assim, que cabe a cada Magistrado de primeiro e segundo graus decidir, em cada processo, qual norma do novo CPC seria ou não aplicada.
- Outra inconstitucionalidade apontada na ADI é a invasão da competência do legislador ordinário federal (artigo 22, inciso I) e a violação ao princípio da reserva legal (artigo 5º, inciso II). Segundo a Anamatra, o TST não possui competência, “quer constitucional, quer legal”, para editar instrução normativa com a finalidade de “regulamentar” lei processual federal, por se tratar de típica atividade legislativa.

- Ao editar uma instrução normativa (IN 39/2016) regulamentando “desde logo” essa aplicação, o TST teria, segundo a Anamatra, violado o princípio da independência dos Magistrados, contida nos **artigos 95, incisos I, II e III e 5º, incisos XXXVII e LIII**. “O máximo que poderia ter feito o TST, visando dar a segurança jurídica que invocou ao editar a IN 39, seria a edição de enunciados ou a expedição de recomendação”, **e não uma instrução normativa “que submete os Magistrados à sua observância como se fosse uma lei editada pelo Poder Legislativo”**.
- **E a IN 27/2005 (?)** - o TST editou a Instrução Normativa 27, que dispõe sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

➤ A Anamatra sustenta a violação à Constituição, alegando que o TST, ao editar a IN 39, realizou atividade tipicamente legislativa, invadindo a competência do legislador processual (CF, art. 22, I), e contrariando a competência que lhe foi outorgada pelo art. 96, I, “a”, do texto constitucional. Por decorrência lógica, **entende que a IN 39/2016 impugnada tratar-se-ia de ato normativo primário, sujeito a controle de constitucionalidade por meio da ação proposta, o que se entendimento equivocado.**

➤ Segundo o magistério do **Ministro Luís Roberto Barroso**, compreende-se que **atos normativos primários são aqueles que, como a lei, têm aptidão para inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações.** As espécies normativas primárias contempladas pela Constituição constam do elenco do art. 59 (emendas à Constituição Federal; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções).

- Em síntese “o objeto da ação direta de inconstitucionalidade consiste nos atos normativos primários, federais ou estaduais, aptos a inovar na ordem jurídica. Excluem-se, portanto, os atos normativos secundários, os de efeitos concretos, os anteriores à Constituição ou já revogados, os que ainda estejam em processo de formação e os que não têm suficiente grau de normatividade.
- Constata-se, a toda evidência, que **a IN 39/2016 do TST, que tem na sua origem a Resolução nº 203/2016, não é uma espécie normativa primária, mas um ato normativo secundário**, típico regulamento que não inova na ordem jurídica, mas, apenas e tão somente, interpreta e orienta a aplicação dos dispositivos do novo Código de Processo Civil na seara trabalhista, em pleno acordo com as competências do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA

CLT, Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. (regra de contenção; heterointegração)

CLT, Art. 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. (princípio da subsidiariedade – salvo na indicação de bens à penhora, nos termos do art. 882 da CLT c/c art. 655 do CPC/73 – atual art. 835 do NCPC/15)

NCPC/15, Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

- A tônica central e fio condutor da Instrução Normativa 39/2016 é somente permitir a invocação subsidiária ou supletiva do NCPC caso haja omissão e também compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho.
- O **Ministro João Oreste Dalazen**, **Coordenador da Comissão de Ministros**, na exposição de motivos da IN 39/2016, afirmou que a norma do art. 15 do NCPC **não constitui sinal verde** para a transposição de qualquer instituto do processo civil para o processo do trabalho, ante a mera constatação de omissão, sob pena de desfigurar-se todo o especial arcabouço principiológico e axiológico que norteia e fundamenta o Direito Processual do Trabalho.
- Nesta perspectiva, a Instrução Normativa 39/2016 identificou e apontou três categorias de normas do NCPC, com vistas à invocação, ou não, no processo do trabalho: **a) as não aplicáveis (art. 2º); b) as aplicáveis (art. 3º); c) as aplicáveis em termos, isto é, com as necessárias adaptações (as demais referidas na IN a partir do art. 4º).**

A aplicação do direito processual comum, como fonte subsidiária do direito processual do trabalho, pressupõe a omissão do direito processual do trabalho e a compatibilidade da norma a ser importada do direito processual comum com as suas regras e princípios. Fala-se em **lacuna normativa** (regras e princípios), **lacuna axiológica** (situação de injustiça) e **lacuna ontológica** (norma desatualização, fora do atual contexto social). Para uns, por força da **regra de contenção**, há que ser observada a **lacuna normativa**, em respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica (segurança e previsibilidade ao jurisdicionado). Para outros, em caso de **lacunas ontológica** e **axiológica**, há de se imprimir maior efetiva à jurisdição trabalhista (princípios constitucionais da efetividade, da razoável duração do processo, ao acesso real e efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho, além do caráter instrumental do processo).

JOTA: “O processo do trabalho e o novo CPC: a controvérsia em torno da IN 39/2016” (Dia 10/05/2016).

MIGALHAS: “O Novo Processo do Trabalho à luz do NCPC/15: a controvérsia em torno das novas regras processuais trazidas pela IN 39/2016” (Dia 29/04/2016).

CONJUR: “Novo Código de Processo Civil causa impactos no processo do trabalho” (Dia 28/04/2016).

RESOLUÇÃO Nº 203, DE 15 DE MARÇO DE 2016

Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

RESOLUÇÃO N.º 204, DE 15 DE MARÇO DE 2016

Altera a Súmula nº 219 e cancela a Súmula nº 285 e a Orientação Jurisprudencial nº 377 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.

RESOLUÇÃO Nº 205, DE 15 DE MARÇO DE 2016

Edita a Instrução Normativa nº 40, que dispõe sobre o cabimento de agravo de instrumento em caso de admissibilidade parcial de recurso de revista no Tribunal Regional do Trabalho e dá outras providências.

STF (*ARE 713.211, rel. Min. Luiz Fux, repercussão geral; **ARE 791.932/DF, rel. Min. Teori Zavaski), os **artigos 25 da Lei 8.987/95** (regime de concessão e permissão) e **94, II, da Lei 9.472/97** (telecomunicações), que seriam permissivas à terceirização das atividades consideradas "*inerentes, acessórias e complementares*";

*A delimitação das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim é matéria de índole constitucional, sob a ótica da **liberdade de contratar (CF, art. 5º, II)**. Com esteio nessa premissa, a proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial (Súmula 331/TST) do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamento à **livre iniciativa**, criando obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente;

➤ **Despacho do dia 07/03/2016:** Oficie-se o TST para que informe sobre a observância do sobrestamento dos recursos extraordinários, que envolvam o requerente e que versem sobre o tema tratado nos presentes autos.

**Decisão monocrática que acatou o pedido formulado pela empresa de "call center" CONTAX S.A, determinando o sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida no âmbito da repercussão geral. Isso, porém, sem afetar os processos em instrução em curso, bem como aqueles se encontram em fase de execução.

➤ Processos em curso nas instâncias ordinárias nos quais se discuta a validade da terceirização da atividade de call center pelas concessionárias de telecomunicações (art. 94, II, da Lei 9.472/97), até o julgamento final do recurso extraordinário.

*“Art. 4º É **lícito** o contrato de terceirização relacionado a **parcela de qualquer atividade** da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.*

*§ 3º É vedada a **intermediação de mão de obra**, salvo as exceções previstas em legislação específica.” (Ex.: Lei 6.019/74)*

TERCEIRIZAÇÃO X CONTRATO DE FACÇÃO

- Tem-se que o **contrato de facção** caracteriza-se como um negócio jurídico de natureza civil ou comercial, por meio do qual uma empresa transfere para outra parte (facção) das suas atividades, passando a **empresa contratada** a fabricar determinado produto que faz parte da cadeia produtiva da empresa contratante.
- Trata-se de instrumento pelo qual uma pessoa jurídica pactua com outra o fornecimento de produto em partes e/ou pronto e acabado antes inserido no seu processo de produção, **para posterior finalização e/ou comercialização pela empresa contratante**.
- É um **contrato híbrido**, no qual se ajusta, ao mesmo tempo, a execução de um serviço (prestação de serviços) e a entrega de um produto final (empreitada), de modo que, em regra, não pode ser considerado como mera terceirização de serviços, não obstante a prestação destes faça parte de suas características.

TERCEIRIZAÇÃO X CONTRATO DE FACÇÃO

- No **contrato de facção**, em regra, não há falar em locação de mão-de-obra propriamente dita, com a intermediação de empresa prestadora de serviços, haja vista que o seu objetivo é a mera aquisição de determinado produto, fruto de um trabalho autônomo realizado pela empresa contratada, que recebe a matéria-prima da empresa contratante, a qual, por sua vez, ajusta o padrão de qualidade, o prazo de entrega e o preço da mercadoria adquirida, para posterior venda.
- Pode-se dizer que o **contrato de facção** possui as seguintes características: **a) fornecimento de matéria-prima pela empresa contratante, a fim de que a contratada possa posteriormente entregar o produto conforme ajustado;** **b) fabricação do produto nas próprias instalações da empresa contratada;** **c) autonomia administrativa e econômica da empresa contratada, de modo que esta não pode sofrer ingerência da contratante;** e **d) inexistência de cláusula de exclusividade na prestação dos serviços e no fornecimento do produto pela empresa contratada à contratante, haja vista que aquela pode celebrar contrato defacção com outras empresas, assim como pode comercializar diretamente os produtos.**

- Julgados mais atuais do STF, pautados em decisões **monocráticas de seus ministros**, têm entendido que o ônus de prova recai sobre o empregado, e não sobre a empresa tomadora de serviços, uma vez que, do ponto de vista do Direito Administrativo, os atos praticados pela Administração Pública gozam de presunção de legitimidade.
- E a respeito **da presunção de legitimidade dos atos administrativos**, indiscutível que essa é um atributo que faz com que se presuma a conformidade dos atos com os ditames do ordenamento jurídico posto. Tal presunção, conquanto seja de natureza meramente relativa, permite ao interessado o direito de demonstrar a invalidade do ato administrativo perante as instâncias competentes, sejam administrativas ou judiciais.
- Essa é a razão pela qual o Excelso Pretório entende que o ônus de prova, em caso de terceirização, compete ao trabalhador, e não ao tomador de serviços, considerando-se a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

- Para tanto, de se destacar o teor dos seguintes precedente do E. STF: **Rcl 17578- AL, Rel. Min. DIAS TOFFOLI: Publicação DJe-148, 31/7/2014; Rcl 19255-RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Publicação DJe-052, 18/3/2015; Rcl 19147-SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 25/2/2015, Publicação: DJe-043, 6/3/2015; Rcl 17.917-RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI: Publicação DJe-051, 17/3/2015; Rcl 19492-SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI: Publicação DJe-41, 3/3/2015.**
- No mesmo sentido, atuais precedentes do C. TST: **RR-773-06.2012.5.09.0016, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 18/05/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2016; TST; RR 0192600-49.2009.5.02.0035; Quinta Turma; Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen; DEJT 24/06/2016.**

Art. 292, V (valor pretendido na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral);

Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico **imediatamente aferível**.

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial **ou da reconvenção** e será:

I - na ação de cobrança de dívida, **a soma monetariamente corrigida** do principal, dos juros **de mora** vencidos e **de outras penalidades**, **se houver**, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, **a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato (não mais negócio)** jurídico, o valor **do ato ou o de sua parte controvertida; (não mais do contrato)**

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; **(SE APLICA PELA IN 39/2016)**

VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

§ 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

§ 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes. (SE APLICA PELA IN 39/2016)

OJ-SDI2-155 AÇÃO RESCISÓRIA E MANDADO DE SEGURANÇA. VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA NA INICIAL. MAJORAÇÃO DE OFÍCIO. INVIABILIDADE. (CANCELADA)

Atribuído o valor da causa na inicial da ação rescisória ou do mandado de segurança e não havendo impugnação, nos termos do art. 261 do CPC, é defeso ao Juízo majorá-lo de ofício, ante a ausência de amparo legal. Inaplicável, na hipótese, a Orientação Jurisprudencial da SBDI-2 nº 147 e o art. 2º, II, da Instrução Normativa nº 31 do TST.

O **Pleno do TST** cancelou a **OJ 155 da SBDI-2**. Isso porque o **§ 3º do art. 292 do NCPC** dispõe que "**o juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes**". O dispositivo, portanto, ao consagrar a correção, de ofício, do valor da causa, torna insubsistente o teor da **OJ 155 da SBDI-2**. Além disso, a IN 39/2016, que trata dos impactos do novo CPC, considera aplicável o **artigo 292, parágrafo 3º**, ao processo do trabalho.

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.

OBS: a ausência do reclamado à audiência não importa necessariamente em revelia e confissão quanto à matéria de fato, podendo o Magistrado, em havendo motivo relevante, suspender o julgamento, designando nova audiência.

SUM-122 REVELIA. ATESTADO MÉDICO. A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração, podendo ser ilidida a revelia mediante a apresentação de atestado médico, que deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção do empregador ou do seu preposto no dia da audiência.

OJ-SDI1-245 REVELIA. ATRASO. AUDIÊNCIA. *Inexiste previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte na audiência.*

Segundo precedente da SBDI-1, rel. Min. João Oreste Dalazen, o atraso de três minutos à audiência não acarreta, por si só, a decretação de revelia do reclamado, se, no momento em que a preposta adentrou a sala de audiência, nenhum ato processual havia sido praticado, nem mesmo a tentativa de conciliação. **No caso, considerou-se que a decretação da revelia, nas aludidas circunstâncias, constitui desarrazoada sobreposição da forma sobre os princípios da verdade real e da ampla defesa e faz tábula rasa do princípio da máxima efetividade do processo e da prestação jurisdicional, que deve nortear o Processo do Trabalho.** Assim, há que se levar em conta o **bom senso e a razoabilidade** na aplicação do disposto no **art. 844 da CLT**, bem como da diretriz consagrada na **Orientação Jurisprudencial nº 245 da SBDI-I do TST.** **(Informativo 114)**

Art. 344. Se o réu não contestar a ação, **será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas** pelo autor.

Art. 345. A revelia não **produz** o efeito mencionado **no art. 344 se:**

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento **(não mais se fala em público)** que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Art. 347. Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares constantes das seções deste Capítulo.

Art. 348. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado.

Art. 349. **Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.**

- A revelia no NCPC/15 não mais produz seus efeitos incidentes relacionados à imediata abreviação do procedimento, com o julgamento antecipado. A participação, ainda que tardia do réu e desde que antes da fase decisória, com a apresentação do requerimento de prova, afastará a realização do julgamento antecipado, passando-se o feito à fase de instrução.
- As provas apresentadas pelo réu, em sua manifestação, poderão inclusive afastar os efeitos da revelia, na medida em que infirmarem as alegações de fato apresentadas pelo autor (NCPC, art. 345, IV).
- O réu pode trazer provas pré-constituídas quanto aos fatos objeto da demanda, requerer a produção de provas, realizar o enfrentamento das razões alinhadas pelo autor, sem prejuízo, finalmente, de articular questões passíveis de serem reconhecidas de ofício (arts. 278, 337, § 5º, 342, II, e 485, § 3º do CPC de 2015).
- O réu revel tanto pode afastar a presunção de veracidade dos fatos, quanto evita o abreviamento do feito, com a solução antecipada do processo, razão porque se possibilita àquele efetivamente contribuir com a solução da lide.

STF – Súmula 231: *O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno.*

SUM-74 CONFISSÃO (atualizada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 - art. 400, I, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

III- A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes);

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo **de** seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (REGRA JULGAMENTO X INSTRUÇÃO)

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo **não pode gerar situação** em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por **convenção das partes**, salvo quando: **(NÃO APLICA)**

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova defende a flexibilização das regras do ônus probatório de acordo com o convencimento do Magistrado e de acordo com as singularidades das partes envolvidas.

SUM-443 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. *Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.*

DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

SUM-6 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015.

(...) VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

SUM-16 NOTIFICAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.

SUM-212 DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

SUM-460 VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

SUM-461 FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL X DECISÃO SURPRESA

➤ O Código de Processo Civil de 2015 **não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa**, como transparece, entre outras, das hipóteses de **juízo liminar de improcedência do pedido** (art. 332, *caput* e § 1º, conjugado com a norma explícita do parágrafo único do art. 487), de **tutela provisória liminar de urgência ou da evidência** (parágrafo único do art. 9º) e de **indeferimento liminar da petição inicial** (CPC, art. 330).

CF, Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

OBS: o **contraditório** assegura a comunicação de todos os atos processuais e faculta a possibilidade de intervir de forma útil para a formação do convencimento do juiz. O **princípio do contraditório** se aplica inclusive em casos em que a autoridade exerça poder discricionário, como também quanto às matérias em que o juiz pode e deve conhecer de ofício.

CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL X DECISÃO SURPRESA

NCPC/15, Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

NCPC/15, Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela tenha sido previamente ouvida.

NCPC/15, Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

- Entende-se por “decisão surpresa” a que, no **juízo final do mérito da causa**, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à **audiência prévia** de uma ou de ambas as partes.
- **Não** se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, **as partes tinham obrigação de prever**, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, **salvo disposição legal expressa em contrário**. (Exemplos: normas dos §§ 2º e 7º do art. 1.007 e §§ 1º a 4º do art. 938 do CPC de 2015)

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (TST?)

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (Súmula Regional e TP?)

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 (**contraditório substancial**) e no art. 489, § 1º, (**dever de fundamentação**) quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A **alteração de tese jurídica** adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos **poderá ser precedida de audiências públicas** e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de **alteração de jurisprudência dominante** do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, **pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.**

§ 4º A **modificação** de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em juízo de casos repetitivos **observará a necessidade de fundamentação adequada e específica**, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. **Para os fins deste Código**, considera-se julgamento de casos repetitivos **a decisão proferida em:**

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos. **(RECURSO DE REVISTA REPETITIVO?)**

Parágrafo único. **O julgamento de casos repetitivos** tem por objeto questão de direito material ou processual.

Art. 988. **Caberá reclamação** da parte interessada **ou** do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de **enunciado de súmula vinculante** e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; **(Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)**

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de **incidente de assunção de competência**; **(Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)**

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante **qualquer tribunal**, e **seu julgamento compete** ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar **ou** cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º **As hipóteses dos incisos III e IV compreendem** a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º **É inadmissível a reclamação:** (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

Art. 989. Ao despachar a reclamação, **o relator:**

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

II - **se necessário**, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável;

III - determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação.

Art. 990. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 991. Na reclamação que não houver formulado, o **Ministério Público** terá vista do processo por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações e para o oferecimento da contestação pelo beneficiário do ato impugnado.

Art. 992. **Julgando procedente a reclamação**, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

Art. 993. O presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, **lavrando-se o acórdão posteriormente.**

CF/88, Art. 111-A. § 3º **Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.** **(Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)**

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Arts. 921, §§ 4º e 5º, e 924, V (prescrição intercorrente);

Art. 921. Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber; **(hipóteses de suspensão do processo)**

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º **Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente. (NÃO SE APLICA PELA IN 39/2016)**

§ 5º **O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo. (NÃO SE APLICA PELA IN 39/2016)**

SUM-114 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

STJ - Súmula nº 314: *Execução Fiscal - Não Localizados Bens Penhoráveis - Suspensão do Processo - Prazo da Prescrição Quinquenal Intercorrente. Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da **prescrição quinquenal intercorrente.***

STF – Súmula nº 327: *O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente.*

STF – Súmula nº 150: *Prescreve a execução no mesmo prazo que a prescrição da ação.*

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Segundo precedente da SBDI-2/TST, rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, tratando-se de condenação ao pagamento de créditos oriundos da relação de trabalho, não se aplica a prescrição intercorrente, pois, nos termos do art. 878 da CLT, o processo do trabalho pode ser impulsionado de ofício. Ademais, a pronúncia da prescrição intercorrente nas execuções trabalhistas esvaziaria a eficácia da decisão judicial que serviu de base ao título executivo, devendo o direito reconhecido na sentença prevalecer sobre eventual demora para a satisfação do crédito. Inteligência da Súmula nº 114 do TST. De outra sorte, no caso concreto, ao declarar a incidência da prescrição intercorrente, a decisão rescindenda baseou-se nos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, firmando a premissa genérica de ocorrência de inércia do exequente por mais de dois anos, sem registrar, todavia, se o ato que a parte teria deixado de praticar era de responsabilidade exclusiva dela, condição indispensável para a incidência da prescrição intercorrente, conforme entendimento do Ministro relator (Informativo Execução 11).

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

LEF, Art. 40 - **O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.**

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o **arquivamento dos autos**.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º **Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)**

➤ Por aplicação supletiva do art. 784, I (art. 15 do CPC), o **cheque e a nota promissória** emitidos em reconhecimento de dívida inequivocamente de natureza trabalhista também são **títulos extrajudiciais** para efeito de execução perante a Justiça do Trabalho, na forma do art. 876 e segs. da CLT.

CLT, Art. 876 - As decisões passadas em julgado ou **das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo**; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida neste Capítulo. **(aqui não entra o TRCT homologado pelo sindicato profissional ou pela SRTE)**

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: **I** - a letra de câmbio, a **nota promissória**, a duplicata, a debênture e o **cheque**; (...) **III** - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; **IV** - **o instrumento de transação referendado** pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela **Advocacia Pública**, pelos advogados dos transatores **ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal**;

➤ Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o **juízo antecipado parcial do mérito**, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença.

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

OBS: até o CPC/73, parte da doutrina entendia que se tratava de hipótese de antecipação de tutela pela lei (art. 273, § 6º), em razão da unidade da sentença; sob o viés do NCPC/15, é caso de julgamento parcial antecipado da lide, baseado na *incontroversa de um dos pedidos*.

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. (**ausência de provas e revelia**)

§ 1º **A decisão que julgar parcialmente o mérito** poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, **ainda que haja recurso contra essa interposto.**

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, **a execução será definitiva.**

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por **agravo de instrumento.** **(NÃO SE APLICA PELA IN 39/2016 – CABIMENTO DE RECURSO ORDINÁRIO IMEDIATO DA SENTENÇA)**

CLT, Art. 899, § 2º - Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que for arbitrado, para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região.

SUM-128 DEPÓSITO RECURSAL.

I - É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.

II - Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo.

III - Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSEQUÊNCIAS LEGAIS NA TUTELA DO INCONTROVERSO EM ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. O valor correspondente à parte incontroversa do pedido pode ser levantado pelo beneficiado por decisão que antecipa os efeitos da tutela (art. 273, § 6º, do CPC), mas o montante não deve ser acrescido dos respectivos honorários advocatícios e juros de mora, os quais deverão ser fixados pelo juiz na sentença. **Com efeito, enquanto nos demais casos de antecipação de tutela são indispensáveis os requisitos do perigo de dano, da aparência e da verossimilhança para a sua concessão, na tutela antecipada do § 6º do art. 273 do CPC basta o caráter incontroverso de uma parte dos pedidos, que pode ser reconhecido pela confissão, pela revelia e, ainda, pela própria prova inequívoca nos autos.** Se um dos pedidos, ou parte deles, já se encontre comprovado, confessado ou reconhecido pelo réu, não há razão que justifique o seu adiamento até a decisão final que aprecie a parte controversa da demanda que carece de instrução probatória, podendo ser deferida a antecipação de tutela para o levantamento da parte incontroversa (art. 273, § 6º, do CPC).

JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO

Verifica-se, portanto, que a antecipação em comento não é baseada em urgência, muito menos se refere a um juízo de probabilidade – ao contrário, é concedida mediante técnica de cognição exauriente após a oportunidade do contraditório. Entretanto, por política legislativa, a tutela do incontroverso, ainda que envolva técnica de cognição exauriente, não é suscetível de imunidade pela coisa julgada, o que inviabiliza o adiantamento dos consectários legais da condenação (juros de mora e honorários advocatícios). De fato, a despeito das reformas legislativas que se sucederam visando à modernização do sistema processual pátrio, deixou o legislador de prever expressamente a possibilidade de cisão da sentença. Daí a diretiva de que **o processo brasileiro não admite sentenças parciais**, recaindo sobre as decisões não extintivas o conceito de “decisão interlocutória de mérito”. [REsp 1.234.887-RJ](#), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/9/2013.

MUITO OBRIGADO !

RICARDO SOUZA CALCINI

(11) 97144-1528

rcalcini@yahoo.com.br e/ou rcalcini@gmail.com