

A alegada inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 39 do TST e o modelo brasileiro de processo do trabalho

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho

Professor de Direito do Trabalho na Fundação Getúlio Vargas (EAESP/FGV) e Pesquisador do Núcleo de Estudos em Organizações e Pessoas da mesma entidade. Professor e coordenador de cursos de pós-graduação em Direito do Trabalho na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Professor Convidado na Université de Nantes (França) e no Trinnity College (Irlanda). Sócio-Fundador do Escritório Boucinhas e Fernandes Advogados. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor em Direito pela Université de Nantes. Consultor da Confederação Nacional da Indústria (CNI). Conselheiro do Conselho de Emprego e Relações de Trabalho da FECOMÉRCIO (CERT) e do Conselho de Relações de Trabalho da FIESP (CORT). Membro das Comissões de Direito Sindical e Direito Empresarial do Trabalho da OAB/SP (Triênios 2013-2015 e 2016-2018). Membro do Conselho Curador da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP durante o triênio 2013-2015. Consultor Técnico da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT).

Sumário: **1** Introdução - **2** Insegurança jurídica e fácil adaptabilidade de um modelo de processo do trabalho incompleto e flexível - **3** A construção do processo do trabalho pelos órgãos jurisdicionais por meio de súmulas e teorias doutrinárias - **4** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O processo do trabalho brasileiro caracteriza-se, desde sua origem, pela falta de uma codificação detalhada e pela necessidade de utilização do Processo Civil como fonte subsidiária de suas normas. Enquanto o Processo Civil e o Processo Penal encontram alicerce em códigos próprios, o processo do trabalho está estruturado em menos de três centenas de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), muitos dos quais derogados por leis posteriores ou não recepcionados pela Constituição Federal, que ditam as peculiaridades de seu rito procedimental.

Entre os dispositivos próprios do processo do trabalho há dois que cuidam do rito a ser adotado em hipóteses de lacuna nas regras procedimentais trabalhistas, autorizando expressamente a complementação dos ditames dos artigos do texto consolidado pelos da legislação comum. O artigo 769 disciplina a possibilidade de complementação da fase de conhecimento do Processo do Trabalho pelo Direito Processual Comum, quando aquele for omissivo e os preceitos deste forem com ele compatíveis. O art. 889, por sua vez, trata da possibilidade de complementação dos

dispositivos atinentes à execução trabalhista pelos preceitos que regem o processo dos executivos fiscais.

Em meados dos anos 2000, emergiu uma nova doutrina apregoando que o anciloso normativo do legislador processual trabalhista permitiria ao julgador desconsiderar os dispositivos da CLT que se mostrem obsoletos para utilizar em seu lugar os novos preceitos do Processo Civil. Essa teoria partia do pressuposto de que a existência de uma norma que já não se mostra adequada aos novos tempos corresponderia a uma lacuna axiológica capaz de justificar a busca por dispositivos processuais comuns e de que o artigo 769 da CLT foi elaborado visando melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista, somente permitindo a aplicação subsidiária do Processo Civil ao Processo do Trabalho, quando ela fosse necessária e eficaz para a melhoria da prestação jurisdicional trabalhista.

Esta doutrina mostra-se claramente influenciada pelas chamadas ideias pós-positivistas que buscam superar o legalismo estrito, atribuindo normatividade aos princípios e definindo suas relações com valores e regras; reabilitando a argumentação jurídica; formando uma nova hermenêutica constitucional e desenvolvendo uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana.

Essa teoria autoriza um significativo protagonismo dos juízos e dos tribunais na definição do rito a ser percorrido nas lides trabalhistas. Se por um lado isso possibilita um aumento de efetividade processual na medida em que permite que os magistrados utilizem as ferramentas mais adequadas disponíveis no ordenamento jurídico, independentemente da existência ou da inexistência de omissão no texto celetista, por outro, acentua a insegurança jurídica do jurisdicionado que apresentou, deseja apresentar ou contra quem fora apresentada uma demanda.

A pretexto de adaptar a legislação processual trabalhista aos novos tempos, utilizando-se dos preceitos processuais civis que se mostrem mais avançados do que ela, a doutrina que defende a integração em casos de lacuna axiológica e ontológica cria uma situação inusitada. A insegurança que antes se limitava à verificação da compatibilidade entre o preceito processual comum e o trabalhista passou a estar presente na própria verificação da omissão, estágio que antecede aquele. A grande reflexão suscitada por essa teoria é definir até que ponto vale a pena sacrificar o valor da segurança jurídica na busca de imprimir efetividade às decisões jurisdicionais.

O Código de Processo Civil de 2015 provocou grande inquietação nos estudiosos e operadores do Direito Processual do Trabalho, ao estatuir que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do CPC lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

A primeira perplexidade é de ordem semântica. Diversos dicionários trazem as expressões subsidiário e supletivo como sinônimas ou como bastante próximas.

É forçoso reconhecer, contudo, que do ponto de vista estrutural, o acréscimo da expressão supletiva separada do epíteto subsidiária pelo conectivo “e” deixa transparecer que as expressões não são sinônimas, mas complementares. Essa conclusão é reforçada pela máxima da hermenêutica segundo a qual “o legislador não utiliza palavras desnecessárias”.

Desta feita, ainda que se admita que as duas palavras têm significados idênticos, é forçoso reconhecer que não deverão ser tratadas como sinônimas, sob pena de tornar sem efeito a escolha do legislador.

Entre as interpretações atribuíveis ao novo dispositivo, há a que consagra a teoria da lacuna axiológica e do anciloseamento normativo. Poder-se-ia, por meio dela, aplicar dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, mesmo que contrariando termo expresso da Consolidação das Leis do Trabalho, quando o magistrado que preside o processo compreender, a seu critério, ser ele mais compatível com os termos do processo do trabalho do que os dispositivos existentes na própria CLT. Imagine-se, por exemplo, os problemas que seriam vivenciados se alguns julgadores optassem por aplicar o artigo 219 do CPC de 2015, que estatui que “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”, por reconhecer a importância dessa regra para os períodos de descanso dos advogados e dos que litigam pelo *jus postulandi*, e outros adotassem o artigo 775 da Consolidação das Leis do Trabalho, que em seu *caput* estatui que “os prazos estabelecidos neste título contam-se com a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia do vencimento, e são contínuos e irrelevantes” e em seu parágrafo único assevera que “os prazos que se vencerem em sábado, domingo ou dia de feriado, terminarão no primeiro dia útil seguinte”.

Para que situações como esta não se verificassem, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho editou, em 15 de março de 2016, 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. Entre os “considerandos” que justificaram a edição da aludida instrução normativa, cabe destacar “a exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e aos órgãos da Justiça do Trabalho, bem assim, o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento da desejável celeridade”.

Apesar de bem intencionada, a instrução normativa não restou isenta de críticas. A mais contundente delas partiu da associação nacional representativa da própria magistratura, ANAMATRA, que ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), tombada com o número 5516, em 05 de maio de 2016. A entidade associativa postula, em sede liminar, a suspensão da eficácia da Instrução Normativa nº 39/2016, com efeito *ex nunc*, por considerar que o Tribunal Superior do Trabalho invadiu a competência do legislador ordinário federal para dizer, desde logo, quais seriam os dispositivos do novo CPC que seriam aplicáveis ao processo trabalhista,

assim como os que não seriam”; afrontar “o art. 5º, II, da CF (princípio da reserva legal) e o art. 96, I, “a”, da CF [...], porque o Tribunal Superior do Trabalho não possui competência, quer constitucional, quer legal, para o fim de expedir Instrução Normativa com a finalidade de “regulamentar” a lei processual federal”, contrariar o “princípio da independência dos magistrados, contido em diversos dispositivos da CF, como o art. 95, I, II e III, e o artigo 5º, incisos XXXVII e LII, porque cabe a cada magistrado ou Tribunal, no exercício da prestação jurisdicional, conferir a interpretação da lei ao julgar os casos concretos, e não ter de se submeter a normas de “sobredireito”, editadas por um Tribunal que não tem função legislativa”.

O escopo do presente artigo é demonstrar que muitos dos argumentos apresentados para sustentar a inconstitucionalidade da instrução normativa nº 39 serviriam para desconstruir todo o modelo de processo do trabalho construído e adotado no Brasil.

2 Insegurança jurídica e fácil adaptabilidade de um modelo de processo do trabalho incompleto e flexível

Segundo Manoel Carlos Toledo Filho, o surgimento do Processo do Trabalho derivou da incapacidade do processo comum clássico de fazer valer, no plano dos fatos, os preceitos previstos em tese pelo Direito Laboral.¹ Atentos a esta realidade, vários países latino americanos codificaram o Processo do Trabalho.² Demonstrando, ainda, que a necessidade de normas processuais próprias para as ações que versassem sobre conflitos trabalhistas não foi sentida apenas no Brasil, há a seguinte passagem da obra de J. D. Ramírez Gronda, que já na década de 40 destacava que:

Parece natural, pues, que, si existe un Derecho del Trabajo autónomo se haya pensado también en la creación de organismos y procedimientos especiales, destinados a lograr, con la mayor eficacia posible, los fines que persiguen las normas sustantivas. De un “derecho para el derecho”. “Así pues, dice Trigo, si el derecho procesal no es otra cosa que la parte del Derecho en que se desenvuelve la teoría del procedimiento para la solución de los conflictos jurídicos de toda clase y para la declaración o actuación de los derechos, aun fuera creado el derecho sustantivo del

¹ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006. p. 229.

² No Panamá, há o Código *del Trabajo*, editado pela Lei nº 67, de 1947, alterado em 1976 e 1981; na Colômbia, há a Lei nº 712, de 2001, chamada novo Código Procesal del Trabajo; na Venezuela, em 2002, foi promulgada a nova Ley Organica Procesal del Trabajo; no Equador a Lei nº 3.422, de 1977, reformou o Código Procesal del Trabajo; na República Dominicana, o Código del Trabajo, de 1951, foi modificado pela Lei nº 02, de 1991, a fim de estabelecer o funcionamento dos Tribunales e de las Cortes del Trabajo; em Honduras, o Código del Trabajo, Decreto nº 189, de 1959, traz normas de processo do trabalho; no México, a Ley Federal del Trabajo, de 1970, trouxe normas concernentes ao processo e procedimentos das Juntas de Conciliación e Arbitraje; no Paraguai, a Lei nº 742, de 1962, promulgou o Código Procesal del Trabajo; na Bolívia, o Decreto-Lei nº 16.896, de 1979, promulgou o Código Procesal del Trabajo.

trabajo, como consecuencia inmediata nazca y se desarrolle el derecho adjetivo correspondiente.³

No Brasil, contudo, há que se ressaltar que o processo do trabalho se desenvolveu, ao menos no que diz respeito à produção legislativa, de forma incompleta. Ao invés de elaborar um estatuto processual próprio, como fora feito para o Processo Civil e para o Processo Penal, o legislador optou por criar dispositivos atinentes apenas às peculiaridades e especificidades do Processo do Trabalho, autorizando a complementação deles pelos preceitos da legislação comum. Em outras palavras, o texto da CLT criou o alicerce do Processo do Trabalho, delegando ao aplicador poderes para complementá-lo com o Processo Civil. O texto consolidado formou então uma espécie de esqueleto do Processo do Trabalho, o qual deveria ser preenchido com a musculatura advinda do processo comum.

Essa estratégia legislativa foi alvo de críticas desde a gênese da CLT. Já em meados dos anos 50, Mozart Victor Russomano alertava para os riscos decorrentes da utilização do processo comum para a complementação do Processo do Trabalho⁴ e para a fragilidade das normas processuais trabalhistas que, em suas palavras, ou se limitaram a reproduzir, quase que palavra por palavra, a legislação anterior, ou se preocuparam mais com a organização judiciária da Justiça do Trabalho, do que com o processo trabalhista.⁵ A insegurança jurídica gerada por este sistema seria, em sua opinião, inegável.

De lá para cá, diversas foram as tentativas frustradas de elaboração de um Código de Processo do Trabalho no Brasil. Em 1963, foi apresentado um anteprojeto de Código de Processo do Trabalho elaborado por Mozart Victor Russomano. Em 1992, o TST enviou proposta de Código de Processo do Trabalho de autoria dos ministros José Luiz Vasconcellos e Carlos Alberto Barata Silva. Finalmente, em 1994, o TST enviou ao presidente Fernando Henrique Cardoso novo anteprojeto elaborado pelo Ministro José Luiz Vasconcellos, sobre a regulamentação dos recursos na Justiça do Trabalho.⁶

³ GRONDA, Juan D. Ramirez. *Los conflictos del trabajo: sus soluciones en el derecho argentino y comparado*. Buenos Aires: Editorial Ideas libros de alta cultura, 1942. p. 59,40. No mesmo sentido: “independientemente del nombre y de su concepción como tribunales sociales del rabajo, como se ha visto en otra parte, los conflictos del trabajo se originan por disputas económicas entre los fatores de la procccución y por luchas sociales y pugnas entre las clases cuyo contenido les da una característica especial”. URBINA, Alberto Trueba. *Nuevo derecho procesal del trabajo: teoria integral*. 3. ed. México: 1975.

⁴ Desde que se reconheça, como reconhecemos, a especificidade do processo trabalhista, submetido a uma série de princípios doutrinários originais, não se pode, igualmente, deixar de reconhecer que essas fugas ao direito adjetivo comum podem se tornar perigosas. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957. vol. IV, p. 1170).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Desde que se reconheça, como reconhecemos, a especificidade do processo trabalhista, submetido a uma série de princípios doutrinários originais, não se pode, igualmente, deixar de reconhecer que essas fugas ao direito adjetivo comum podem se tornar perigosas. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957. vol. IV, p. 1170).

Ora, se desde os anos cinquenta se sentia a necessidade de um estatuto processual próprio, há que se pensar se essa necessidade não se torna ainda maior neste século XXI, que se inicia após a tecnologia e o desenvolvimento econômico haverem transformado radicalmente as relações de trabalho e a dinâmica do processo comum.

Advogando a necessidade de elaboração de um código de processo do trabalho brasileiro, Carlos Henrique da Silva Zangrando destacou que o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho já se encontram efetivamente amadurecidos, requerendo, para sua final emancipação, ordenamentos jurídicos sistematizados, que cubram todo o espectro de suas incidências e os regulem por inteiro, sem necessidade de recorrer a institutos jurídicos alienígenas.⁷

Há, contudo, quem sustente que a elaboração de um código de processo do trabalho seria desnecessário, porque implicaria na repetição de dispositivos conceituais e explicativos do CPC. Bastaria, outrossim, que se modernizasse o sistema atual no qual a legislação processual trabalhista apenas aponta as peculiaridades e as orientações gerais do rito procedimental trabalhista, cabendo ao aplicador complementá-las com a legislação processual comum.

Demais disso, um sistema fechado composto por um Código de Processo do Trabalho completo e independente engessaria a evolução da disciplina por deixá-la indiscutivelmente alheia às evoluções verificadas no Processo Civil. Havendo o referido estatuto trabalhista próprio, não seria possível aplicar as inovações perpetradas no Processo Civil, muito mais frequentemente modernizado, que fossem compatíveis com o processo do trabalho.

Se por um lado é certo que uma codificação do processo do trabalho reduziria substancialmente o elevado grau de insegurança jurídica acerca da aplicação dos dispositivos processuais civis ao processo do trabalho, é questionável a viabilidade desta iniciativa em um país onde o Congresso Nacional sequer regulou todas as normas constitucionais de eficácia limitada, passados vinte anos da promulgação da Constituição.

Pelo sistema atualmente vigente, a legislação brasileira, tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução, exige dois requisitos para a complementação das normas processuais trabalhistas pelas do processo comum. São eles: a omissão da legislação especializada e a compatibilidade do dispositivo buscado na norma geral com seus preceitos.⁸ A identificação de lacunas no processo do trabalho

⁷ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Processo do trabalho: moderna teoria geral do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 83.

⁸ Neste sentido se manifestou Coqueijo Costa: No Brasil, essa subsidiariedade, como visto, se subordina a dois parâmetros: omissão da legislação processual do trabalho e compatibilidade com as normas desta (CLT, art. 769), (COSTA, Coqueijo. *Princípios de direito processual do trabalho: na doutrina, na constituição, na lei, nos prejudgados e súmulas do TST e nas súmulas do STF*. São Paulo: LTr, 1976. p. 54).

não gerou, em um primeiro momento, maiores questionamentos. Ela consistia tão somente na verificação, a partir de uma análise objetiva, da existência de norma expressa na Consolidação das Leis do Trabalho. Se a busca no texto consolidado tivesse êxito, o dispositivo encontrado seria aplicado. Se o preceito necessário não fosse localizado na legislação trabalhista, buscar-se-ia um preceito fora da CLT, que fosse compatível com os dispositivos desta. É neste momento que surgia o segundo requisito para a aplicação dos preceitos da CLT, a compatibilidade entre as normas desta e o preceito encontrado no processo comum. Na verificação deste requisito, diversamente do que ocorria com o anterior, sempre houve divergências doutrinárias e jurisprudências e, em decorrência delas, algum grau de insegurança jurídica. E não poderia ser diferente. A noção que se tem acerca da compatibilidade de um instituto com o Direito Processual do Trabalho é variável de uma época para outra, de um órgão para o outro, de um autor para o outro.

Exemplos de variação da noção de compatibilidade entre um instituto do processo civil e os preceitos do processo do trabalho de uma época para outra é a figura da reconvenção. Em um primeiro momento, a doutrina e a jurisprudência mostraram-se refratárias à sua aplicação nos feitos em trâmite, perante a justiça especializada, sob o argumento de que ela contrariaria a celeridade e a simplicidade, características do processo laboral. Hoje está pacificado o entendimento quanto ao cabimento da reconvenção no processo do trabalho.

Um bom exemplo de variação de entendimento de um órgão para outro é o da ação rescisória. Enquanto o Supremo Tribunal Federal apresenta uma Súmula, antiga, porém ainda não cancelada, asseverando não caber ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho apresenta mais de três dezenas de súmulas, diversas instruções normativas, e cerca de uma centena de Orientações Jurisprudenciais da SDI-2, que partem do pressuposto da perfeita compatibilidade entre o instituto da ação rescisória e os preceitos do processo do trabalho. É bem verdade que, em relação a este instituto, a divergência perdeu sentido na medida em que o verbete do Excelso Pretório não está de acordo com a legislação vigente.

Mas, outras divergências há que ainda não foram solucionadas por meio legislativo. É o que ocorre, *v.g.*, com a figura da prescrição intercorrente. Enquanto o STF entende que o direito trabalhista admite a prescrição intercorrente (Súmula 327), o Tribunal Superior do Trabalho a considera inaplicável na Justiça do Trabalho (Súmula 114). Ressaltando que a divergência entre os referidos tribunais superiores decorre de concepções diferentes acerca da compatibilidade entre os preceitos atinentes ao tema no processo comum e no processo do trabalho. Francisco Antônio de Oliveira destacou que a prescrição assumida pelo Tribunal Superior do Trabalho atende mais à realidade trabalhista do que a do Supremo Tribunal Federal, porque “a estrutura processual trabalhista em muito se distancia daquela própria do processo

comum” e de que “o âmbito da realidade trabalhista tem repulsa à prescrição intercorrente”.⁹ Com isso, demonstra que o dissenso entre os tribunais superiores antes referidos, reside justamente na verificação do requisito da compatibilidade entre a legislação processual civil e o alicerce do processo trabalhista.

Exemplo de variação acerca da concepção de compatibilidade de um autor para outro é a ideia de aplicação da intervenção de terceiros no processo do trabalho, sobretudo, antes da Emenda Constitucional nº 45, que para muitos haveria ampliado as hipóteses de cabimento de intervenções de terceiro no processo do trabalho. No período que antecedeu à alteração constitucional referida, Jorge Luiz Souto Maior refutou a aplicabilidade de qualquer das hipóteses de intervenção de terceiros no processo do trabalho, por entendê-las excepcionais e nitidamente voltadas para uma realidade jurídica diversa da trabalhista.¹⁰ Ives Gandra da Silva Martins Filho, por sua vez, entendia que apenas o chamamento ao processo constituía hipótese encontrada nas lides trabalhistas, tendo em vista que estas supunham a existência de obrigações solidárias, em que apenas um dos coobrigados é acionado, e que a oposição era cabível em dissídios coletivos para contestar a legitimidade de sindicato que figurasse como representante da categoria, negando expressamente aplicabilidade à denúncia à lide e a nomeação à autoria.¹¹ Manuel Galdino da Paixão Júnior, por sua vez, negava aplicação à nomeação à autoria, à denúncia da lide e ao chamamento ao processo, considerando possível, embora de difícil verificação prática, a oposição.¹² Já Amauri Mascaro Nascimento admitia a oposição em dissídios coletivos, para impugnar a representatividade do sindicato autor, e em dissídios individuais, em que se discutia direitos sobre a invenção de empregados, para que terceiro que se julga com direitos sobre a invenção ingressasse no processo.

⁹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p.232. Há que se ressaltar, contudo, que o principal argumento apresentado pelo autor para as suas conclusões, o de que a autonomia verificada no processo comum no tocante à liquidação de sentença não firmaria residência no processo trabalhista, já não se mostra coerente com as recentes reformas legislativas que fizeram com que o CPC adotasse o chamado processo sincrético.

¹⁰ Ora, se as regras de excepcionalidade devem ser expressas e se o procedimento trabalhista nada previu sobre intervenção de terceiro, que é instituto criado por uma norma de exceção, como visto, não se poderia buscar no Processo Civil, por aplicação subsidiária, as regras de intervenção de terceiros, nitidamente voltadas para uma outra realidade jurídica. Com efeito, a especificidade do campo de cognição do Judiciário trabalhista (a discussão da relação de emprego e seus efeitos) inibe, naturalmente, a preocupação com os efeitos que a sentença possa produzir na esfera jurídica de um terceiro, por dois motivos: primeiro, porque a preocupação primordial do procedimento trabalhista é com a rápida solução do conflito; segundo, porque, consequência da especialização da Justiça do Trabalho, os feitos trabalhistas, quase sempre, interferem, direta ou indiretamente, na esfera jurídica de outros empregados ou empregadores, fazendo com que a intervenção de um terceiro não elimine conflitos posteriores sobre a mesma controvérsia, embora com partes distintas. (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998. p. 99).

¹¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 164-165.

¹² PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. O Direito Processual Comum como fonte do Direito Processual do Trabalho. In: SENA, Adriana Goulart; et. al. *Processo do trabalho atual e temas conexos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 96-97.

Admitia, também, denunciação da lide quando estiver em discussão a sucessão de empregadores, permitindo que o sucedido denuncie à lide o sucessor, se estiver obrigado pela lei ou pelo contrato a indenizar em ação regressiva, o prejuízo decorrente da perda da demanda; chamamento ao processo para a integração de todos os devedores solidários e nomeação à autoria, para a nomeação do proprietário ou do possuidor, pelo simples detentor quando forem penhorados bens em decorrência de execução trabalhista.¹³ Este exemplo, embora não seja atual, demonstra o grau de insegurança jurídica provocada pela chamada técnica de subsidiariedade. Imagine, pois, quantas diferentes soluções poder-se-ia ter para determinado processo em que houvesse um pedido de intervenção de terceiros, conforme o magistrado adotasse um ou outro dos entendimentos referidos.

Se por um lado é verdade que a subjetividade por trás da verificação do requisito da compatibilidade gera incerteza jurídica, por outro, há que se registrar que ela permite uma maior flexibilidade na aplicação do Direito Processual do Trabalho, o que acaba por facilitar a sua adaptação às mudanças sociais. Cabe ressaltar neste ponto, que as regras processuais trabalhistas foram estabelecidas em 1943, quando vigia o Código de Processo Civil de 1939 e quando as discussões nos juízos trabalhistas cingiam-se a questões patrimoniais. Não havia ainda discussões relacionadas com os direitos da personalidade do trabalhador como, por exemplo, alegações de assédio moral, assédio sexual e pedidos de reparação por dano moral decorrentes destas ou de outras práticas ilícitas, como é corriqueiro nos dias atuais. As demandas individuais consideradas mais complexas eram aquelas em que havia pedido de reconhecimento de vínculo de emprego ou discussões acerca da ocorrência ou não de uma justa causa.¹⁴

O prazo de vinte minutos para que o reclamado apresente sua defesa oralmente na própria audiência, mostrava-se satisfatório para impugnar petições em que houvesse apenas alegações de questões patrimoniais, mas não para contrariar petições em que o objeto da discussão referisse-se a questões mais complexas, relacionadas com os direitos da personalidade dos trabalhadores.

Outro óbice para a aplicação fiel do rito previsto na CLT é o grande número de pedidos formulados em cada petição inicial. Com efeito, não se afigura razoável exigir que o réu impugne um a um, dezenas de pedidos, sob as duras penas cominadas pelo princípio da impugnação especificada, oralmente, em apenas vinte minutos.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 355-357.

¹⁴ Como medida para viabilizar a aplicação do rito processual trabalhista, Jorge Luiz Souto Maior chega a defender a necessidade de se tornar mais simples o próprio direito substancial, para que ele permita o rápido desencadeamento dos atos procedimentais (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998. p. 149).

Por fim, cabe destacar que a dinâmica de funcionamento da Justiça do Trabalho já não comporta mais a aplicação fiel e literal do rito da CLT. Com efeito, dedicar vinte minutos da audiência para a apresentação de defesa e outros vinte para razões finais (dez para cada parte), como estatui a CLT, inviabilizaria a execução das extensas pautas de audiência das varas do trabalho. De igual maneira, exigir do juiz a prolação da sentença em audiência, quando se têm dezenas de pedidos para serem apreciados não se mostra razoável. Ou faria com que ele os apreciasse apressadamente, sem dedicar a atenção devida a cada um deles, ou inviabilizaria o cumprimento de toda a pauta de audiências.¹⁵

A jurisprudência tem então desempenhado papel relevante e destacado na construção do processo do trabalho de duas maneiras: pacificando as divergências acerca da aplicação das normas do processo comum ao processo do trabalho; e, diante da inércia do legislador, adaptando o processo do trabalho à nova realidade social. Observe-se a este respeito que em grande parte dos casos é somente após a edição de uma súmula pelo Tribunal Superior do Trabalho que se tem a pacificação das divergências acerca da aplicação de determinados dispositivos do processo comum ao processo do trabalho. O mesmo se diga acerca da adaptação do rito trabalhista aos novos tempos, através da evolução do entendimento jurisprudencial, para admitir a aplicação de institutos antes inadmissíveis. A esse respeito, Coqueijo Cosa observava, já em meados dos anos 70, que “as súmulas trabalhistas assumem papel mais importante do que no processo comum”.¹⁶

3 A construção do processo do trabalho pelos órgãos jurisdicionais por meio de súmulas e teorias doutrinárias

Há que se destacar, contudo, que a finalidade das Súmulas e da jurisprudência de uma maneira geral é consolidar uma interpretação, não lhe cabendo criar normas.¹⁷ Os verbetes em particular destinam-se a pacificar divergências, somente

¹⁵ No mesmo sentido, se manifestou Jorge Luiz Souto Maior, segundo quem “a prolação de uma sentença é obstada por várias dificuldades concretas, no âmbito do processo do trabalho. A primeira delas, a complexidade dos pleitos trabalhistas que não raro envolvem cerca de 20 (vinte) pedidos. A segunda, o aspecto emocional que se instaura em uma audiência; partes e advogados defendendo seus interesses; testemunhas nem sempre dispostas a dizer a verdade; juízes dispostos a direcionar os atos no sentido de suas convicções. (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho*: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998. p. 99).

¹⁶ COSTA, Coqueijo. *Princípios de Direito Processual do Trabalho*: na doutrina, na constituição, na lei, nos pre-julgados e súmulas do TST e nas súmulas do STF. São Paulo: LTr, 1976. p. 50.

¹⁷ É finalidade da súmula, pacificar entendimentos controvertidos (unificando a jurisprudência), bem assim evitar, por consequência, a repetição desnecessária de julgamentos a partir da contenção das matérias nas instâncias inferiores, primando, respectivamente, pela segurança jurídica e pela celeridade processual. O instrumento para se atingir os objetivos supracitados é a interpretação, a qual se consubstancia na função-meio da súmula. Relembre-se que além das Súmulas de ofício, que se mantêm no regular exercício da interpretação, o TST fabrica súmulas com características legiferantes e julga com base nelas, dando a última palavra sobre a mesma súmula que criou (FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007. p. 215).

sendo cabível a sua edição quando se estiver diante de um dissídio interpretativo e, ainda assim, se a súmula em questão destinar-ser a pôr termo à divergência. Neste sentido é o magistério de Estêvão Mallet:

Realmente, do próprio conceito de súmula ou enunciado tira-se que a sua aprovação reclama a presença de pelo menos duas condições. A primeira é a existência de dissídio interpretativo, pois o verbete destina-se não a permitir que os tribunais legislem, mas apenas a eliminar certa controvérsia em torno da interpretação do direito [...]. Não basta, porém, existir controvérsia interpretativa para que se possa editar verbete jurisprudencial. É preciso ainda que, com a aprovação do verbete, logre-se por termo à divergência. Não fosse assim, de nada valeria a súmula ou o enunciado.¹⁸

A criação de normas abstratas pela atividade jurisdicional viola flagrantemente o princípio da separação entre os poderes, fundamental nos regimes verdadeiramente democráticos. A inobservância destes limites possibilitaria a criação daquilo que doutrinariamente já se denominou ditadura dos juízes. E como já teve oportunidade de ponderar Marcus Orione Gonçalves Correia, uma ditadura de juízes não seria melhor que qualquer outra.¹⁹ A este respeito é importante ressaltar que a doutrina já vem alertando para excessos na elaboração de verbetes pelo Tribunal Superior do Trabalho, que em algumas matérias estaria extrapolando os limites da finalidade das súmulas para exercer autêntica atividade legislativa.²⁰

Além de eventuais excessos na edição de súmulas e orientações jurisprudenciais de cunho legiferante pelos pretórios trabalhistas, vem se desenvolvendo em tempos recentes uma nova doutrina processual trabalhista, que apregoa que o anciloseamento normativo do legislador processual trabalhista permitiria ao julgador desconsiderar os dispositivos da CLT que se mostrarem obsoletos, para utilizar em seu lugar os novos preceitos do Processo Civil. Parte essa doutrina do pressuposto de que a existência de uma norma que já não se mostra adequada aos novos tempos corresponderia a uma lacuna axiológica capaz de justificar a busca por dispositivos processuais comuns²¹ e de que o artigo 769 da CLT foi elaborado visando melhorar

¹⁸ MALLETT, Estêvão. *Apostamentos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 30.

¹⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Democracia e instrumentalidade do processo. *Direito Federal*, ano 21, nº 75-76, p. 441.

²⁰ Relembre-se que além das Súmulas de ofício que se mantêm no regular exercício da interpretação, o TST fabrica súmulas com características legiferantes e julga com base nelas, dando a última palavra sobre a mesma súmula que criou (FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007. p. 116).

²¹ Segundo um dos precursores desta doutrina, o magistrado Luciano Athayde Chaves, "precisamos avançar na teoria das lacunas no Direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando – ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto – este não mais apresente fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes (CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 33).

a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista, somente permitindo a aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, quando ela for necessária e eficaz para a melhoria da prestação jurisdicional trabalhista.²² Esta doutrina mostra-se claramente influenciada pelas chamadas ideias pós-positivistas, que buscam superar o legalismo estrito atribuindo normatividade aos princípios e definindo suas relações com valores e regras; reabilitando a argumentação jurídica; formando uma nova hermenêutica constitucional e desenvolvendo uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana.²³ É o que se depreende dos seguintes ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior, um de seus defensores:

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito da CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo civil, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios da 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 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 por efeito 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.²⁴

A própria legislação processual tem evoluído para possibilitar ao magistrado uma participação mais ativa na condução do processo. O chamado princípio da tipicidade das formas executivas, característico da época do Estado liberal clássico, que garantia as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida medindo o poder de atuação do juiz pela lei, caiu em desuso. Como ponderou Luiz Guilherme Marinoni, com o passar do tempo, tornou-se necessário munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Justamente esta necessidade teria levado o legislador a criar uma série de

²² Segundo Jorge Luiz Souto Maior, “das duas condições fixadas no art. 769, da CLT, extrai-se um princípio, que deve servir de base para tal análise: a aplicação de normas do Código de Processo Civil no procedimento trabalhista só se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista” (MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. In: *Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário*, v. 12, maio/jun. 2006. p. 63).

²³ Cf. Luiz Roberto Barroso ao prefaciar a obra de Ana Paula de Barcelos. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Prefácio).

²⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. In: *Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário*, v. 12, maio/jun. 2006. p. 64.

institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em “abuso de direito de defesa” (art. 273, II do CPC) - admitindo o seu uso na generalidade dos casos, e a fixar o que Marinoni denominou de normas processuais abertas, da qual seria um exemplo o artigo 461 do CPC. Estas últimas decorriam, segundo o autor antes referido, da aceitação da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos.²⁵

Da mesma forma que a falta de regulamentação de diversos dispositivos constitucionais tem levado o Supremo Tribunal Federal a adotar uma postura pró-ativa em seus julgamentos, a falta de atualização do Direito do Trabalho e, em especial do processo do trabalho, tem levado os juízos e os tribunais trabalhistas a adotar interpretações que, muitas vezes, findam por criar novas normas ou compilar preceitos de diversos estatutos diferentes.

Poder-se-ia argumentar que do ponto de vista da doutrina constitucional clássica, a postura de protagonismo dos juízos e dos tribunais que, ao aplicar os fundamentos da doutrina pós-positivista, findam por invadir uma área que outrora fora exclusiva do legislador, gerando com isso insegurança jurídica para o jurisdicionado. Com efeito, a pretexto de adaptar a legislação processual trabalhista aos novos tempos, utilizando-se dos preceitos processuais civis que se mostrem mais avançados do que ela, a doutrina que defende a integração em casos de lacuna axiológica e ontológica cria uma situação inusitada. A insegurança que antes se limitava à verificação da compatibilidade entre o preceito processual comum e o preceito processual trabalhista passou a estar presente na própria verificação da omissão, estágio que como vimos, antecede àquele, sacrificando o valor segurança jurídica para buscar imprimir efetividade para as decisões jurisdicionais.

Uma crítica possível baseia-se na afirmação de que a aplicação da doutrina pós-positivista na interpretação do direito processual teria a mesma dimensão que sua aplicação no direito material. Para tanto, não se pode perder de vista que a norma processual visa a disciplinar o poder jurisdicional de resolver conflitos e controvérsias, inclusive o condicionamento de seu exercício à provocação externa, e o desenvolvimento das atividades contidas naquele poder; regular as atividades das partes litigantes, que estão sujeitas ao poder do juiz; e, finalmente, reger a imposição do comando concreto formulado através daquelas atividades das partes e do juiz.²⁶ Decidir uma lide julgando com base em princípios, ou sobrepondo estes às

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 122.

²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 89.

regras postas não tem, a partir desta constatação, o mesmo impacto que conduzir o processo através de um conjunto concatenado de atos cuja sequência lógica é determinada por princípios que se sobrepõem às regras postas.

A essência da ciência processual que as partes saibam antecipadamente que atos deverão produzir e de quais deverão participar para alcançar os fins almejados. Uma excessiva variação na técnica processual de um órgão jurisdicional para outro, conforme seja a aplicação dada pelo magistrado responsável gera uma insegurança extremamente danosa para os jurisdicionados. Por outro lado, há que se registrar que conquanto reconheçam que em decorrência de sua instrumentalidade ao direito material, as normas processuais, na maior parte, apresentem caráter eminentemente técnico, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ponderam que “a neutralidade ética que geralmente se empresta à técnica não tem aplicação ao processo que é um instrumento ético de solução de conflitos, profundamente vinculado aos valores fundamentais que informam a cultura da nação”.²⁷ E arrematam afirmando:

Assim, o processo deve absorver os princípios básicos de ordem ética e política que orientam o ordenamento jurídico por ele integrado, pra constituir-se em meio idôneo para a obtenção do escopo de pacificar e fazer justiça. Dessa forma, o caráter técnico da norma processual fica subordinado à sua adequação à finalidade geral do processo.²⁸

Ainda que se adote a doutrina que defende a integração das lacunas axiológicas e ontológicas, não há como se ignorar o fato de ela incorrer nos mesmos equívocos de outras doutrinas surgidas com o movimento pós-positivista, como a doutrina da ponderação.²⁹ Primeiramente, há que se ressaltar que a doutrina analisada mostra-se inconsistente do ponto de vista metodológico. Isso porque ela pressupõe “a percepção e o reconhecimento da superação da norma processual trabalhista diante de novos mecanismos processuais”.³⁰ A noção de superação de uma norma pela outra, no entanto, é vaga e não veicula uma ideia clara sobre o conteúdo da técnica. Em razão desta inconsistência metodológica, a teoria sob análise admite um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica e, portanto, enseja arbitrariedade e voluntarismo. Com isso, estaria prejudicando as conquistas próprias do

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 90.

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 90.

²⁹ Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23).

³⁰ CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no direito processual do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 84.

Estado de direito, em especial a contenção do arbítrio por meio da legalidade (enunciados gerais e abstratos) e a segurança jurídica daí decorrente. Também se estaria transformando a aplicação do direito em um novo processo político, no qual as vantagens e as desvantagens são livremente avaliadas por órgãos que não têm legitimidade para exercer esse ofício.

Em conclusão a estas reflexões, é possível afirmar que o direcionamento da interpretação das normas processuais civis aplicáveis ao processo do trabalho, feita pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio da Instrução Normativa nº 39, não difere da orientação feita por meio de súmulas e Orientações Jurisprudenciais. Embora não seja o ideal do ponto de vista do modelo político, é necessário para garantir alguma estabilidade ao processo do trabalho e alguma uniformidade nos ritos processuais pelos quais passam as demandas trabalhistas.

4 Necessidade da construção do processo do trabalho pela jurisprudência

Enquanto não se tem um Código de Processo do Trabalho próprio, se é que um dia o teremos, o principal estatuto do direito processual do trabalho permanece sendo a Consolidação das Leis do Trabalho, que, como salientou Francisco Antônio Oliveira, “é de simplicidade franciscana em regras processuais e, quando as prevê, são incompletas, não bastando em si mesmas”.³¹ A sua precariedade é evidenciada pela falta de dispositivos gerais sobre tutelas de urgência e pela simplicidade das normas que tratam das fases de conhecimento e de execução, cujos dispositivos mesmo quando existem são incompletos, buscando aplicação supletiva.

Segundo Luciano Athayde Chaves, o Processo do Trabalho, ressalvadas algumas pontuais alterações, conserva basicamente sua estrutura funcional primitiva, a qual, embora inovadora e de reconhecida vanguarda, não pode mais ser considerada como imutável e adequada, diante das exigências do contemporâneo conceito de acesso à justiça, onde recrudescem os conflitos de natureza coletiva ou de massa, por exemplo”.³² Salvo honrosas exceções, como a Lei nº 9.957/00, que instituiu o rito sumaríssimo, as diversas normas que alteraram a parte processual da CLT ao longo de seus mais de sessenta e cinco anos de existência³³ limitaram-se

³¹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Tratado de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. vol. 2, p. 74.

³² CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 28-29.

³³ Foram elas as Leis nº 409/43; 861/49; 2.244/54; 2.275/54; 2.693/55; 3.440/58; 5.442/68; 5.584/70; 5.657/71; 5.839/72; 6.087/74; 6.090/74; 6.203/75; 6.320/76; 6.563/78; 6.598/78; 6.667/79; 7.121/83; 7.305/85; 7.494/86; 7.701/88; 8.432/92; 8.638/93; 9.022/95; 9.270/96; 9.756/98; 9.797/46; 9.851/99; 9.957/00; 9.958/00; 10.035/00; 10.537/02; 11.457/07; 11.495/07; 11.496/07; a Medida Provisória nº 2.164-41, 2.180-35 e 2.226 de 2001, e os Decretos nº 6.353/44; 7.321/45 e 8.737/46; 229/67; 424/69.

a alterar a redação anterior ou a efetuar modificações pontuais que pouco mudaram na essência do processo do trabalho. Como já pontuou Estêvão Mallet, “o maior problema é que no Brasil legisla-se em excesso, mas apenas para manter o que já existe, não para criar novas, melhores e mais adequadas instituições. Falta, portanto, o mais importante, que é o desejo, autêntico e sincero de mudar a realidade atual”³⁴

Após ponderar que o estudo em prol da efetividade do processo encontrava óbice de aplicabilidade, pois muitas das novidades almeçadas somente poderiam ser alcançadas com alteração legislativa, o que se refletiria em uma autuação política que se encontra normalmente fora do alcance dos doutrinadores e aplicadores do direito, Jorge Luiz Souto Maior ressaltou a sua importância, porque estes estudos acabam influenciando o legislador, podendo, inclusive, auxiliar decisivamente na aplicação de regras processuais, chegando-se a uma interpretação evolutiva, prescindindo até mesmo da alteração legislativa.³⁵

E neste ponto cabe uma reflexão interessante. A inércia e a omissão do legislador em atualizar e modernizar a legislação deixa os aplicadores do direito por vezes com apenas duas opções: interpretar evolutivamente as normas vigentes ou aceitar passivamente o anciloso normativo do processo trabalhista, permitindo com isso que o direito material tutelado venha a perecer.

E por haver adotado a chamada técnica da subsidiariedade, o processo do trabalho é um terreno fértil para interpretações evolutivas. Mozart Victor Russomano asseverou que o artigo 769 da CLT “permitiu que os juízes e os tribunais, desenvolvendo uma jurisprudência altamente criativa e inovadora, fossem os principais artífices do nosso direito processual do trabalho”.³⁶

Wagner Giglio destaca que os novos instrumentos processuais, desconhecidos pelo Direito Processual tradicional foram surgindo na busca de soluções adequadas às necessidades dos conflitos trabalhistas. Entre eles, destacou o importante papel desempenhado pelas súmulas, assim ponderando:

Essa formação espontânea de novos instrumentos processuais prossegue até nossos dias, quando uma das mais significativas inovações, notória no processo do trabalho brasileiro, vem alterando, embora lenta e cautelosamente, a própria tradição histórica do direito processual, ao se afastar das origens romano-germânicas do direito legislado para adotar o instituto dos precedentes judiciais – as Súmulas da jurisprudência uniforme dos Tribunais (não apenas do TST, mas também, agora, dos

³⁴ MALLET, Estêvão. *Apontamentos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 21.

³⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998. p. 19.

³⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. II, p. 850.

TRTs) e os precedentes normativos dos dissídios coletivos – típicos do Common Law de extração anglo-saxônica.³⁷

Neste ponto, há que se reconhecer o importante papel da jurisprudência trabalhista que há muito tem se empenhado para suprir a inércia do legislador, consolidando entendimentos jurisprudenciais através da edição de súmulas e orientações jurisprudenciais que acabam complementando a legislação posta. Merece destaque a este respeito o trabalho de edição de súmulas e orientações jurisprudenciais pelo Tribunal Superior do Trabalho.

As súmulas, que segundo Coqueijo Costa consistem na “jurisprudência uniforme e reiterada”, começaram a ser adotadas no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal por emenda ao Regimento de 28.08.63.³⁸ O seu papel na construção do Direito Processual do Trabalho é inegável. As súmulas e as orientações jurisprudenciais adquiriram tamanha importância em matéria de direito material e processual do trabalho que já há diversas obras doutrinárias dedicadas a comentá-las,³⁹ à semelhança do que ocorre com os textos que comentam preceitos legais, e os cursos dedicados a estudá-los. Para se ter uma ideia, enquanto a legislação processual trabalhista brasileira, segundo leciona Wagner Giglio, se resume a menos de cento e cinquenta artigos insertos na CLT e a alguns diplomas extravagantes, como a Lei nº 5.584/70 e o Decreto-Lei nº 779, de 21 de agosto de 1969,⁴⁰ já há mais de trezentos e cinquenta verbetes não cancelados, tratando de matéria processual, entre Súmulas do Supremo Tribunal Federal, Súmulas do TST, Orientações Jurisprudenciais das Seções do TST e mesmo precedentes normativos. Esse número sinaliza duas coisas: a inércia e a omissão do legislador e um possível abuso na edição de verbetes em matéria trabalhista por parte dos tribunais. Este, possivelmente, uma decorrência daquele.

Não se pode descuidar também do papel das instruções normativas. No início de 2005, quando muito se discutia acerca do rito processual a ser adotado após a ampliação da Competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45, a edição da Instrução Normativa nº 27 do Tribunal Superior do Trabalho foi de uma importância ímpar. Não tivesse ela sido editada, alguns juízes seguramente teriam feito as ações sobre representação sindical, relações de trabalho não formal,

³⁷ GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78.

³⁸ COSTA, Coqueijo. *Princípios de Direito Processual do Trabalho: na doutrina, na constituição, na lei, nos prejudgados e súmulas do TST e nas súmulas do STF*. São Paulo: LTr, 1976. p. 50.

³⁹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007; OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos precedentes normativos e às orientações jurisprudenciais do TST*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. *Enunciados do TST comentados*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2004.

⁴⁰ GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 80. O autor em questão claramente desconsiderou neste cálculo os preceitos que entende inaplicáveis por estarem em desconformidade com a Constituição.

entre outras, tramitar pelo rito estrito do Código de Processo Civil então vigente, e não pelo da CLT.

Nem todas as reflexões sobre a construção do processo do trabalho por meio de súmulas terminam de forma elogiosa. Gustavo Farah, por exemplo, após refutar a afirmação de que uma criatividade da súmula se faz necessária para o acompanhamento da mobilidade da realidade trabalhista, destaca o fato de o direito do trabalho se situar na linha de fogo do conflito que envolve a lentidão do Poder Legislativo na confecção de leis e a rápida mobilidade das relações sociais e de as relações trabalhistas serem oriundas de uma consolidação de leis, e não de um código, teria levado o TST a fazer uso de seu ilimitado, específico e ameaçador poder normativo de editar súmulas.⁴¹

Neste ponto mostra-se imprescindível e até inevitável fazer-se uma reflexão sobre a constitucionalidade desta postura pró-ativa do judiciário trabalhista em um ordenamento jurídico que consagrou como cláusula pétrea o princípio da separação dos poderes.⁴²

Estêvão Mallet parece engrossar o coro desta crítica ao ponderar ser a legitimidade democrática de decisões judiciais genérica e abstratamente obrigatórias algo, quando menos, discutível, na medida em que elaborar normas gerais, abstratas e obrigatórias é atribuição conferida a representantes eleitos pelo povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição). E ressaltar que os juízes são escolhidos segundo critérios técnico-profissionais, o que os impediria, portanto, de legislar, ao menos no modelo constitucional em vigor, observando, ao final, ter sido esta a razão pela qual já se afirmou ser a atividade normativa abstrata à antítese da função conferida ao juiz.⁴³

José Renato Nalini, por sua vez, justifica a normatização pelo judiciário afirmando que a relação da humanidade com a lei mudou substancialmente e já não se confia mais na lei como outrora. Em sua opinião, o legislativo se transformou e a lei já não é relação necessária que se extrai da natureza das coisas, e sim, resposta contingente e conjuntural a uma necessidade imediata, pois o Parlamento perdeu também sua qualidade de formulador de regras genéricas de conduta por ser modernamente provido por quadros escolhidos em eleição com suspeita de mácula. Segundo referido autor, quem elege não é mais o povo, mas o poder econômico. Os atuais produtores de normatividade representariam a seu ver setores muito bem localizados e cujas intenções apenas em parte coincidem com as aspirações comunitárias e nem sempre – ou quase nunca – os interesses pretendidos com a

⁴¹ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007. p. 116.

⁴² Art. 60, §4º, III da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴³ MALLETT, Estêvão. Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes. *Biblioteca Jurídica Consulex*. Brasília: versão 2006, 2006. 4 CD-ROM.

elaboração de novas leis coincide com o bem comum. E arremata dizendo não ser impossível identificar no ordenamento os intuítos que prevaleceram na produção de norma de conduta que já se pretendeu que fosse geral, abstrata, com previsibilidade suficientemente ampla e suscetível de atender à vontade geral.⁴⁴ Há que se meditar, outrossim, sobre a legitimidade dos atuais representantes populares e das leis elaboradas por eles. Cabe refletir também, se a eventual ilegitimidade deles justificaria a elaboração de regras abstratas por parte de membros do poder judiciário.

Ainda que se questione a inércia do poder legislativo em produzir normas e atualizar as vigentes de acordo com os anseios da sociedade justificaria que o judiciário, sob o pretexto de interpretá-las e aplicá-las ao caso concreto, substitua-o nessa função, é forçoso reconhecer que este é o modelo que temos há muitas décadas.

Havendo, portanto, inconstitucionalidade no processo do trabalho por invasão do judiciário na esfera de atuação exclusiva do legislativo, como afirmado na ADI 5516, esta não seria apenas da Instrução Normativa nº 39, mas de todo o nosso modelo de processo do trabalho.

5 Considerações finais

Em conclusão a estas reflexões, é possível afirmar que o direcionamento da interpretação das normas processuais civis aplicáveis ao processo do trabalho, feita pelo Tribunal Superior do Trabalho por meio da Instrução Normativa nº 39, é pertinente para evitar a insegurança jurídica provocada pelo advento do novo estatuto processual civil e não difere, em sua essência, do movimento de consolidação de ritos por meio de súmulas e Orientações Jurisprudenciais. Embora não seja o ideal do ponto de vista político, esse modelo vem se mostrando necessário para garantir alguma estabilidade ao processo do trabalho e alguma uniformidade nos ritos processuais pelos quais passam as demandas trabalhistas.

Contudo, se efetivamente se desejar discutir a inconstitucionalidade no processo do trabalho por invasão do judiciário na esfera de atuação exclusiva do legislativo, como afirmado na ADI 5516, será preciso também, por uma questão de coerência, meditar sobre a validade de todo o nosso modelo de processo do trabalho.

A conclusão poderia, portanto, ser pela retomada das discussões acerca da necessidade de elaborarmos uma codificação processual trabalhista exaustiva, que não precisasse de aplicação supletiva e subsidiária do processo do trabalho, não permitindo aos magistrados a construção do rito por meio da técnica de subsidiariedade.

⁴⁴ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium Editora, 2008. p. 6-7.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Prefácio.
- CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no direito processual do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007.
- CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Democracia e instrumentalidade do processo. *Direito Federal*, ano 21, nº 75-76, p. 441.
- COSTA, Coqueijo. *Princípios de direito processual do trabalho: na doutrina, na constituição, na lei, nos prejudgados e súmulas do TST e nas súmulas do STF*. São Paulo: LTr, 1976.
- FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007.
- GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRONDA, Juan D. Ramirez. *Los conflictos del trabajo: sus soluciones en el derecho argentino y comparado*. Buenos Aires: Editorial Ideas libros de alta cultura, 1942.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. In: *Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário*, v. 12, maio/jun. 2006. p. 63, 64.
- MALLET, Estêvão. Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes. *Biblioteca Jurídica Consulex*. Brasília: versão 2006, 2006. 4 CD-ROM.
- MALLET, Estêvão. *Apontamentos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium Editora, 2008.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos precedentes normativos e às orientações jurisprudenciais do TST*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Tratado de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. vol. 2.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. O direito processual comum com fonte do direito processual do trabalho. In: SENA, Adriana Goulart; et. al. *Processo do trabalho atual e temas conexos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. *Enunciados do TST comentados*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957. vol. IV.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. II.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006.

URBINA, Alberto Trueba. *Nuevo derecho procesal del trabajo: teoria integral*. 3. ed. México: 1975.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Processo do trabalho: moderna teoria geral do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. A alegada inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 39 do TST e o modelo brasileiro de processo do trabalho. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 99-119, abr./jun. 2016.
