

FELIPE BERNARDES



MANUAL DE
**PROCESSO
DO TRABALHO**

VOLUME ÚNICO

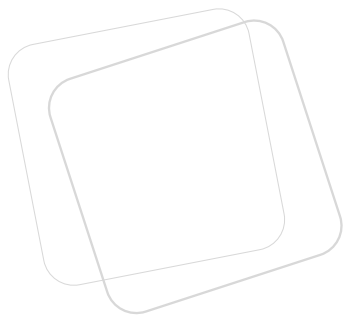
5^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2023

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E PRINCIPIOLÓGICAS

Sumário: 1. Conceitos fundamentais de Teoria Geral do Direito; 1.1. Natureza jurídica. Categorias jurídicas e institutos; 1.2. Relação jurídica e situação jurídica; 1.3. Direitos subjetivos, faculdades e direitos potestativos; 1.4. Fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico – 2. A tríade do Direito Processual do Trabalho: jurisdição, processo e ação – 3. Conceito e natureza jurídica – 4. O caráter público e as novas tendências do Direito Processual – 5. Fontes do Direito Processual do Trabalho; 5.1. Constituição; 5.2. Leis complementares e ordinárias. Leis estaduais; 5.3. Convenções internacionais; 5.4. Decretos-leis e medidas provisórias; 5.5. Jurisprudência, súmulas e precedentes vinculantes; 5.6. Doutrina; 5.7. Negócio jurídico processual; 5.8. Regimentos Internos dos Tribunais; 5.9. Costume. O protesto em audiência; 5.10. Hierarquia e conflitos entre as fontes – 6. Interpretação e integração do Direito Processual do Trabalho – 7. Lacunas do Processo do Trabalho e aplicação do Direito Processual Comum. Subsidiariedade e supletividade – 8. Autonomia e pioneirismo do Direito Processual do Trabalho – 9. Eficácia da lei processual no tempo; 9.1. Reforma Trabalhista e aplicação temporal da nova lei; 9.2. Aplicação temporal em temas específicos – 10. Eficácia da lei processual no espaço – 11. Relação do Direito Processual do Trabalho com outras ciências.

1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE TEORIA GERAL DO DIREITO

O Direito é uma unidade. Por isso, o ordenamento jurídico forma um sistema harmônico, integrado e coerente.

A subdivisão em ramos (Direito Penal, Direito Processual, Direito do Trabalho etc.) é indispensável para a compreensão do fenômeno jurídico, mas não elimina a existência de um núcleo comum a todos, fundamentado em conceitos técnico-jurídicos e em valores que o Direito busca realizar, tais como a justiça, a segurança jurídica, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social.

O Direito é uma ciência normativa. O cientista do Direito deve sempre analisar o fenômeno jurídico com precisão técnica e conceitual. Contudo, por se tratar de ciência social, está mais sujeito à influência de condicionamentos culturais que variam no tempo e no espaço.

Dessa forma, é importante expor alguns conceitos jurídicos fundamentais, que pertencem à teoria geral do Direito e que funcionam como premissas dogmáticas aptas a iluminar o estudo do Direito Processual do Trabalho.

1.1. Natureza jurídica. Categorias jurídicas e institutos

Natureza jurídica é o posicionamento de um objeto de análise em categorias jurídicas ou em institutos mais amplos. Os conceitos técnico-jurídicos e as normas que regulam determinadas relações jurídicas agrupam-se, formando institutos. Por sua vez, a reunião de institutos dá origem a gêneros supremos ou universais, que constituem as categorias jurídicas.

Por exemplo, a coisa julgada é um instituto de direito processual, pois há um conjunto de regras, princípios e conceitos a respeito de seu modo de produção, prazos, limites etc. Pode-se enquadrar, entretanto, a coisa julgada na categoria mais ampla de direito subjetivo (direito fundamental), sendo essa a sua natureza jurídica.

Outros exemplos: a citação judicial é instituto cuja natureza jurídica é de ato jurídico em sentido estrito¹, pois se cuida de uma manifestação da vontade humana com efeitos previstos de forma apriorística na lei; a competência jurisdicional é instituto que detém a natureza jurídica de pressuposto processual etc.

O estudioso do Processo do Trabalho deve sempre investigar o enquadramento de conceitos e normas jurídicas esparsas em institutos e em categorias jurídicas mais amplas, alcançando, dessa forma, a organicidade e sistematicidade que devem ser buscadas em qualquer ramo da Ciência.

1.2. Relação jurídica e situação jurídica

Relação jurídica é o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres.² Toda relação social que sofra a incidência de norma jurídica é uma relação jurídica.

Imagine-se que dois desconhecidos se encontrem na rua e comecem a conversar. A partir disso, pode surgir, por exemplo, uma relação de amizade; ou pode ser que o assunto simplesmente termine e cada um siga seu rumo. Ter-se-ia, nessa hipótese, uma relação social que não interessa ao Direito.

Suponha-se, agora, que um dos interlocutores agrida fisicamente o outro. Em tese, terá cometido ato ilícito, violando a integridade física e moral do agredido.

¹ Esses conceitos serão explicitados adiante.

² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159.

Incidem, neste caso, os arts. 186 e 927 do Código Civil³, surgindo o direito de indenização para aquele que sofreu dano. Aqui, está-se diante de uma relação jurídica, pois a relação social foi juridicizada. O fato jurídico agressão gera o efeito jurídico consistente no direito de indenização.

Situação jurídica é o conjunto de direitos e deveres atribuídos a uma pessoa, em determinadas circunstâncias. O vínculo entre duas ou mais situações jurídicas correlatas constitui uma relação jurídica.⁴

No âmbito trabalhista, pode-se exemplificar com a situação jurídica do empregado, que tem o dever de prestar serviços com lealdade, empenho, de cumprir horários e determinações lícitas do empregador etc.; e tem o direito de receber salários, de receber tratamento digno etc.

No processo judicial existe a situação jurídica de réu, que tem o direito de se defender, de produzir provas, de ter ciência dos atos processuais, de obter julgamento de mérito, entre outros; e o dever de comportar-se com lealdade, de não criar incidentes temerários, de cumprir com exatidão as determinações judiciais etc.

1.3. Direitos subjetivos, faculdades e direitos potestativos

Direito subjetivo é o poder de agir e de exigir de outra pessoa determinado comportamento. O conteúdo do direito subjetivo é uma prestação, que pode ser um dar, um fazer ou um não fazer, que é exigido do sujeito passivo.

Pense-se em uma sentença desfavorável ao autor de determinado processo trabalhista. O interessado, caso queira, pode interpor recurso ordinário. Ele tem, então, o direito subjetivo de recorrer, exigindo que o Estado-Juiz dê uma resposta jurisdicional à postulação recursal – prestação de fazer, portanto.

O direito subjetivo contém uma ou algumas faculdades. Faculdades são poderes de agir que integram o direito subjetivo. No exemplo anterior, o prejudicado tem a faculdade de interpor o recurso. Há identidade entre direito e faculdade neste caso. Já o direito de propriedade, de outro lado, contém as faculdades de usar, fruir e de dispor da coisa. Essas faculdades podem tornar-se autônomas, como por exemplo, a faculdade de usar pode ser transferida para um terceiro por meio de usufruto. Neste caso, a faculdade de usar se torna um direito independente de usufruto.

Direito potestativo é o poder de influir na esfera jurídica de outra pessoa, sem que esta possa fazer algo que não se sujeitar. Quando o titular exerce o direito

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴ AMARAL, *op.cit.*, p. 204.

potestativo, ele constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica, sem que haja nenhum dever correlato a ser cumprido por outra pessoa.

Pense-se na prerrogativa que todo empregador tem de dispensar imotivadamente empregado não estável. Trata-se de direito potestativo, que, quando exercido, extingue a relação jurídica de emprego. O empregado nada pode fazer a respeito. Outro exemplo: o empregado, vencido em uma reclamação trabalhista, com decisão transitada em julgado, tem a prerrogativa de ajuizar ação rescisória para tentar desconstituí-la. Caso exerça esse direito, o empregador nada pode fazer, devendo sujeitar-se ao processo. O direito potestativo de ajuizar ação rescisória, quando exercido, constitui nova relação jurídica processual.

1.4. Fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico

Qualquer acontecimento no mundo fenomênico é um fato. Quando determinado acontecimento sofre a incidência de uma norma jurídica, está-se diante de um fato jurídico, que tem o condão de gerar, modificar ou extinguir relações jurídicas, situações jurídicas, ou direitos.

A chuva que cai do céu é um fato, a princípio não jurídico. No entanto, se a chuva destrói um automóvel que estava estacionado na rua, havendo contrato de seguro que preveja tal sinistro, a chuva se torna um fato jurídico que gera o direito de indenização.

Os acontecimentos geradores de efeitos jurídicos e que independem da vontade humana são fatos jurídicos em sentido estrito. Já aqueles que são manifestações da vontade humana não deixam de ser fatos jurídicos (em sentido amplo), embora possam ser mais precisamente caracterizados como atos jurídicos (em sentido amplo).

Os atos jurídicos podem ser lícitos ou ilícitos.

Os atos jurídicos lícitos podem ser classificados em duas espécies: (i) ato jurídico em sentido estrito; (ii) negócio jurídico.

O ato jurídico em sentido estrito é manifestação de vontade humana que produz efeitos jurídicos previstos pela própria legislação. Por exemplo, o casamento pressupõe a vontade humana para realizar-se, mas os efeitos jurídicos são disciplinados pela lei; a penhora pressupõe a vontade judicial para ser levada a efeito, mas todos os seus efeitos também decorrem da lei.

Já o negócio jurídico também é manifestação da vontade humana, mas os respectivos efeitos jurídicos são determinados pelo (s) próprio (s) agente (s), observados os limites eventualmente estabelecidos em lei. Quando duas pessoas celebram um contrato de compra e venda, possuem ampla liberdade para fixar preços, prazos, estipular condições etc. Os efeitos jurídicos são determinados pelos interessados. Outro exemplo: as partes de um processo judicial podem firmar um pacto de instância única, por força do qual as duas renunciam ao direito de recorrer. Aqui, tem-se um negócio jurídico processual.

2. A TRÍADE DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: JURISDIÇÃO, PROCESSO E AÇÃO

O Direito Processual do Trabalho só tem razão de ser quando compreendido como instrumento de efetivação do Direito do Trabalho e das demais normas de direito material aplicáveis pela Justiça do Trabalho.

De fato, o ordenamento jurídico gera direitos e faculdades, sendo que os respectivos titulares podem, eventualmente, encontrar resistência à sua implementação no plano fático, ou pode haver situações nas quais a lei exija a intervenção do Estado-Juiz para que se alcance determinada situação jurídica.

No primeiro caso, está-se diante de direitos subjetivos, os quais geram, para os respectivos titulares, uma pretensão, que consiste, em clássico conceito, na exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio interesse. Quando tal exigência não é atendida espontaneamente, havendo resistência do devedor, surge a lide, que é justamente o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Já os direitos potestativos, embora não gerem pretensão no sentido técnico, também podem enfrentar resistência, como nas hipóteses do direito à desconstituição de contrato, dissolução de vínculo empregatício de empregado estável (inquérito judicial para apuração de falta grave), e ação rescisória, por exemplo.

Há outras situações, como na alienação de bens de menores e expedição de alvará judicial, nas quais não há qualquer resistência de um inexistente sujeito passivo, mas a lei exige a intervenção judicial como forma de tutelar assistencialmente interesses tidos como relevantes do ponto de vista social (jurisdição voluntária).

Nos dois casos, os interessados podem valer-se do Estado a fim de equacionar o conflito ou de obter a situação jurídica de vantagem que almejam. A atividade estatal assim exercida chama-se de jurisdição (do latim *jurisdictio*, que significa *dizer o direito*), que, em nosso país, é exercida essencialmente pelo Poder Judiciário, mas que pode ser desempenhada, excepcionalmente, por outros órgãos estatais (como no exemplo do Senado, que julga crimes de responsabilidade do Presidente da República – CF, art. 52, I)⁵, ou até mesmo por terceiros (no caso dos equivalentes jurisdicionais, como a arbitragem).

O método de que o Estado se vale para exercer a jurisdição é o processo, que é conceituado como uma relação jurídica complexa, que envolve Estado-Juiz, partes e demais sujeitos processuais, desenvolvendo-se através de diversos atos praticados em sequência, o que dá azo a um procedimento.

O processo judicial deve ser entendido como um instrumento técnico que tem uma finalidade ética, qual seja, a de compor os conflitos de interesses, dando a cada um que é seu, a partir de uma ótica garantista, que permita a observância dos direitos fundamentais dos envolvidos e também que se chegue a um resultado justo.

⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

Sucedem que, em nosso ordenamento jurídico – assim como no da maioria dos países ocidentais – a atuação jurisdicional depende, em princípio, de provocação do interessado para que possa validamente ser levada a efeito.

O mecanismo para a deflagração do processo judicial é a ação, que possui dupla natureza: (i) trata-se de direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV, da CF⁶. Nesse sentido, fala-se em *direito de ação* como uma virtualidade ou potencialidade atribuída a toda e qualquer pessoa (e também a entes despersonalizados); (ii) quando exercido esse direito, configura-se uma demanda e está-se diante de ato jurídico processual em sentido estrito – já que se cuida de exteriorização da vontade humana, cujos efeitos são regulados pela lei processual.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O Direito Processual do Trabalho pode ser apreendido sob dupla perspectiva: normativa e científica.

Sob o ângulo normativo, trata-se do conjunto de normas jurídicas que regulam os processos, bem como a ação e a jurisdição trabalhistas. As normas processuais trabalhistas encontram-se espalhadas por todo o ordenamento jurídico – por exemplo, na Constituição da República, na Consolidação das Leis do Trabalho, na Lei 5.584/70, entre outros diplomas normativos.

A partir dessa multiplicidade de normas, surge a Ciência do Direito Processual do Trabalho, que as estuda e sistematiza, e constitui o discurso doutrinário acerca do Processo do Trabalho. Sob esse enfoque, a ciência processual também pode fazer a crítica do ordenamento positivo, propondo soluções que podem inspirar o legislador, o intérprete e o aplicador das normas processuais.

A natureza jurídica do Direito Processual do Trabalho é de ramo do Direito Público, por disciplinar uma função estatal – a jurisdição. Tal afirmação é corrente na doutrina processualista, embora não seja isenta de críticas, conforme se verá em seguida.

4. O CARÁTER PÚBLICO E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL

Embora seja corrente a afirmação de que o Direito Processual integra o Direito Público, o tema exige maiores reflexões, sobretudo após a edição do Novo Código de Processo Civil.

De início, veja-se que a divisão do Direito Positivo em Direito Público e Privado é alvo de críticas de setores da doutrina, que apontam o artificialismo da classificação.

Destaca-se a teoria monista de Hans Kelsen, para quem todo Direito é público, pois a sua validade depende sempre do reconhecimento estatal.

⁶ XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Outras teorias importantes são a: (i) a teoria dos interesses em jogo, cuja formulação é atribuída ao romano Ulpiano – público é o direito que se liga ao interesse do Estado; privado, o que corresponde à utilidade dos particulares. Essa teoria pode ser criticada, já que o interesse dos particulares acaba refletindo, de alguma forma, no interesse da coletividade e, portanto, do Estado; de outro lado, o que interessa ao Estado também interessa, em maior ou menor medida, aos cidadãos; (ii) teoria da relação jurídica – é a mais acatada atualmente, e indica que o Direito Privado disciplina relações nas quais os sujeitos estão em posição de igualdade ou coordenação, enquanto o Direito Público regula relações nas quais o Estado se investe de supremacia, de poder de império em relação ao particular.⁷

A doutrina associa a natureza pública do Direito Processual ao fato de que o Estado-Juiz, na relação jurídica processual, se põe em posição de supremacia, exercendo seu poder soberano⁸, e também porque os órgãos encarregados de prestar a jurisdição realizam fins eminentemente públicos, de atuar a vontade concreta da lei e de assegurar a paz social.⁹

Veja-se, porém, que a atuação da vontade concreta da lei atende, muitas vezes, muito mais a um interesse individual do que ao interesse público. Figure-se a hipótese de trabalhador que postule uma parcela não paga pelo seu empregador, como o aviso prévio. Embora se trate de norma cogente, não há interesse – ao menos imediato – do Estado ou da coletividade na eventual tutela jurisdicional, que beneficia precipuamente o indivíduo lesado.

Ademais, ganha espaço no Direito Público, cada vez mais, a noção de consensualismo, essencialmente ancorada nas ideias de democracia e de legitimidade da atuação estatal.¹⁰ Há, atualmente, uma nítida tendência de valorização da participação dos cidadãos nos processos decisórios estatais, reduzindo-se o campo de atuação coercitiva do Estado. Fala-se, mesmo, em releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Essa temática é muito relevante no Direito Processual, que passa, por exemplo, a prestigiar crescentemente os meios alternativos de solução dos conflitos (como a mediação e arbitragem). Além disso, o processo judicial deve ser visto como um ambiente democrático, no qual todos os sujeitos intervenientes (partes, advogados, auxiliares da Justiça e terceiros) têm a prerrogativa de participar da construção do provimento jurisdicional.¹¹ O Novo CPC apresenta diversos dispositivos que sinalizam nessa direção.¹²

⁷ Sobre o tema, v. NADER, PAULO: *Introdução ao Estudo do Direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 93 e ss.

⁸ Nesse sentido, v.g., CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *Lições de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 7.

⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 25.

¹⁰ Sobre o tema, v. MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99.

¹¹ O tema está diretamente associado com os princípios da cooperação e do contraditório, que serão examinados adiante neste capítulo.

¹² Por exemplo, arts. 7º, 9º, 10, 165, 489, entre outros.

Conforme ensina a doutrina, o problema da *divisão do trabalho* entre juiz e partes constitui problema cujo tratamento costuma variar no tempo e no espaço, sob influência de inúmeros fatores.¹³ No atual momento histórico, não há mais espaço para concepções autoritaristas, que defendam a proeminência do Juiz na condução do processo.

Contudo, o ato decisório (decisão judicial), efetivamente, permanece sendo um ato de poder do Estado, que é parte integrante da relação jurídica processual.

Em suma, permanece válida a assertiva de que as normas processuais são de direito público, o que não deve ser confundido, entretanto, com concepções totalitárias já ultrapassadas.

5. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

A palavra *fonte* vem do latim *fons*, a significar nascente de água. No âmbito do Direito, fonte pode ser conceituada como a origem de normas jurídicas.

Tradicionalmente, a doutrina divide as fontes em materiais e formais. Contudo, o tema, embora possa parecer trivial, suscita grandes discussões. Autores de destaque divergem, uns dizendo que as únicas fontes são as materiais¹⁴ – pois significariam de onde o Direito provém –, enquanto outros afirmam que a expressão *fonte material* seria imprópria, já que não seriam outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos fatos que justificam o surgimento das regras jurídicas.¹⁵

De fato, no sentido metafórico em que é empregada a expressão *fonte*, os fatos sociais, condicionados pelos fatores do Direito, como a Moral, a Economia, a Política e a Filosofia, entre outros, consistem na origem primeira de todas as normas jurídicas. Esse substrato social que funciona como causa produtora do Direito são as suas fontes materiais.

Contudo, interessa mais ao estudioso da Ciência do Direito Processual a análise das fontes formais, que consubstanciam os mecanismos de exteriorização das normas jurídicas. Analisar-se-ão, em seguida, as principais fontes formais do Direito Processual.

5.1. Constituição

A Constituição Federal é, em nosso sistema, a fonte maior do Direito Processual, por duas razões: (i) incorporação de diversas normas de caráter processual na Constituição – como, por exemplo, as regras definidoras da competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 114) e os princípios constitucionais do processo, como o direito de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV); (ii) a constitucionalização do Direito Processual, a significar que todos os diplomas normativos infraconsti-

¹³ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Temas de Direito Processual. 4ª série.* “O problema da ‘divisão de trabalho’ entre Juiz e partes: aspectos terminológicos”. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35.

¹⁴ Assim: Miguel Reale Júnior.

¹⁵ GUSMÃO, PAULO DOURADO DE. *Introdução*, p. 127.

tucionais devem ser interpretados a partir dos valores e princípios estabelecidos na Constituição, cabendo ao aplicador da lei proceder, também, ao controle de constitucionalidade. Isso vem determinado expressamente no art. 1º do Novo Código de Processo Civil.¹⁶

Esse viés constitucional justifica a ponderação de princípios constitucionais e direitos fundamentais em determinados casos concretos, como, por exemplo, nas situações de utilização de prova ilícita, a qual pode ser tolerada, excepcionalmente, quando não houver outro meio de descobrir a verdade e o direito material violado pela prova ilícita tiver valor menor do que o que se pretende proteger com a mesma prova (por exemplo, violação da intimidade para proteger o direito à vida), à luz do princípio da proporcionalidade.

Além disso, a Constituição dá unidade e coerência ao sistema processual, permitindo a adequada delimitação e compreensão de institutos como os precedentes vinculantes, que são resultado de ponderação, feita pelo legislador, entre a isonomia e segurança jurídica, de um lado, e a independência funcional dos juízes e a separação de Poderes, de outro.

5.2. Leis complementares e ordinárias. Leis estaduais

De acordo com o art. 22, I, da CF¹⁷, compete à União, privativamente, legislar sobre direito processual.

Em princípio, as normas processuais devem ser veiculadas por meio de leis ordinárias, já que não há previsão genérica em sentido diferente no texto constitucional.

Assim, caso o legislador edite uma norma processual sob a forma de lei complementar, estar-se-á diante de lei materialmente ordinária (embora formalmente complementar); em consequência, tal lei complementar poderia ser revogada ou modificada, nessa situação, por lei ordinária. É o que acontece, por exemplo, com o art. 46 da Lei Complementar 150/2015¹⁸, que revogou o dispositivo legal que permitia a penhora de bem de família por empregado doméstico.

A lei só será materialmente complementar, no âmbito processual, se houver norma constitucional expressa que exija essa espécie legislativa. É o que acontece com o regime jurídico da magistratura (que envolve inclusive deveres funcionais e processuais dos magistrados), que somente pode ser disciplinado por lei complementar (CF, art. 93).¹⁹

¹⁶ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹⁸ Art. 46. Revogam-se o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, e a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972.

¹⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...).

Vale destacar, ainda, que a legislação processual aplicável na Justiça do Trabalho é unificada nacionalmente, pois, embora o art. 24, XI, da CF²⁰, admita que os Estados legislem sobre procedimentos em matéria processual, a legislação estadual daí advinda somente se aplica no âmbito dos Tribunais de Justiça, tendo em vista o caráter federal da Especializada.

Ademais, o STF tem feito interpretação restritiva do art. 24, XI, da CF, estabelecendo que a legislação estadual não pode, por exemplo, criar recursos; admite a Suprema Corte, de outro lado, que os Estados membros disponham, mediante lei, sobre protocolo e distribuição de processos.²¹

5.3. Convenções internacionais

Tratados internacionais também podem, validamente, veicular normas processuais. Como exemplo, citem-se o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto (Decreto 2626/1998), editado no âmbito do Mercosul, e também o Pacto de São José da Costa Rica, no que proíbe a prisão do depositário infiel, o que se aplica, segundo a jurisprudência que veio a predominar, inclusive ao depositário judicial.

5.4. Decretos-leis e medidas provisórias

Em decorrência do art. 22, I, da CF, não é possível a veiculação de normas processuais por meio de decretos-leis. Note-se, entretanto, que, no campo do Processo do Trabalho, as principais normas foram estabelecidas pela CLT, que é um decreto-lei. A partir da Constituição de 1988, tais normas passaram a ter o *status* de lei ordinária, tendo sido como tal recepcionadas; no entanto, novos decretos-leis não podem versar sobre matéria processual, seja para criar novos dispositivos legais, seja para modificá-los ou revogá-los.

Da mesma forma, as medidas provisórias não podem versar sobre direito processual (CF, art. 62, § 1º, I, *b*), ressalvada a validade das editadas antes da Emenda Constitucional 32/2001.

5.5. Jurisprudência, súmulas e precedentes vinculantes

Sempre se discutiu se a jurisprudência – manifestação reiterada dos Tribunais sobre determinada matéria – constituiria fonte do direito.

Tradicionalmente, a literatura processual classifica a jurisprudência como fonte subsidiária ou até mesmo material, o que se explica porque as decisões judiciais não teriam caráter de generalidade e abstração, sendo meras respostas jurisdicionais a casos concretos.

²⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI – procedimentos em matéria processual.

²¹ AI 253.518 AgR, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-5-2000, 2ª T, DJ de 18-8-2000. ADI 4.414, rel. min. Luiz Fux, j. 31-5-2012, P, DJE de 17-6-2013.

No Processo do Trabalho, a jurisprudência sempre foi considerada fonte do direito, em virtude do previsto no art. 8º, *caput*, da CLT.²²

Contudo, o tema merece ser revisitado, à luz das recentes inovações constitucionais e legais atinentes às súmulas (vinculantes e comuns) e aos precedentes obrigatórios.

5.5.1. Súmulas vinculantes

O instituto da Súmula vinculante foi introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), com o objetivo de evitar a multiplicação de recursos desnecessários, promovendo isonomia e segurança jurídica entre os cidadãos, ao estabelecer a impossibilidade de decisão judicial ou administrativa contrária ao enunciado vinculante.

A natureza jurídica da Súmula vinculante é de fonte formal do direito, ou seja, trata-se de mecanismo de exteriorização do direito positivo. Em suma, verdadeira norma jurídica. Quanto à posição hierárquica, a doutrina especializada sustenta sua equiparação com as emendas constitucionais, porque norma infraconstitucional que disponha contra a Súmula vinculante será inconstitucional, já que o enunciado retrata a interpretação final do STF em matéria constitucional.

Assim, embora o Poder Legislativo, pelo teor do art. 103-A da CF²³, não esteja diretamente vinculado às Súmulas vinculantes, só poderá superá-las através da edição de Emendas Constitucionais. Contudo, note-se que, caso se trate de Súmula que envolva a interpretação de cláusulas pétreas, nem mesmo uma Emenda Constitucional, em tese, poderia superá-la.

Para que não se configure violação ao princípio da separação de Poderes, as Súmulas vinculantes devem observar limites objetivos, quais sejam: (i) devem retratar a jurisprudência reiterada do STF sobre determinada matéria a partir do julgamento de casos concretos que lhe foram submetidos; (ii) só podem ser editadas se houver controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos (CF, art. 103-A, § 1º)²⁴. Isso se explica porque o Poder Judiciário não tem legitimidade democrática para inovar na ordem jurídica, à luz do princípio da inércia da jurisdição, devendo construir os precedentes a partir da análise de casos concretos submetidos a julgamento.

²² Art. 8º – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

²³ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

²⁴ § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Como toda norma jurídica, a Súmula vinculante precisa ser interpretada. Em alguns casos, o texto do enunciado é unívoco, tal como o da recente Súmula vinculante 53²⁵, que limita a competência da Justiça do Trabalho para execução previdenciária de parcelas relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

Contudo, em outros casos, o enunciado sumular apresenta conteúdo polissêmico, que pode ensejar múltiplas interpretações. Veja-se, por exemplo, a Súmula vinculante 37²⁶, que estabelece não caber ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Tal verbete se refere à específica situação de extensão de vencimentos ou vantagens a uma categoria ou classe de servidores sem que haja lei específica os prevendo.

Não há qualquer impedimento, por exemplo, a que um empregado de empresa pública pleiteie equiparação salarial com colega que exerça idênticas funções, a teor do art. 461 da CLT.²⁷ Note-se, no entanto, que a literalidade da Súmula poderia dar margem a essa interpretação impeditiva, pois a equiparação salarial, em última análise, resulta no aumento de vencimento de um servidor celetista, e o fundamento reside justamente no princípio da isonomia.

Assim, as Súmulas vinculantes não amesquinham ou reduzem, de qualquer maneira, a atividade jurisdicional ou a independência funcional do Juiz. Na verdade, a atuação dos magistrados sempre foi limitada por normas jurídicas, tais quais as Súmulas vinculantes. De outro lado, o enquadramento jurídico dos fatos, ou seja, a perquirição da aplicabilidade, ou não, de determinada Súmula ou lei ao caso concreto deve ser feito pelo magistrado sem que se desconsiderem os elementos singulares envolvidos em cada processo.

5.5.2. Súmulas comuns

De acordo com o art. 927, IV, do CPC²⁸, os juízes observarão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

²⁵ Súmula Vinculante 53. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

²⁶ Súmula Vinculante 37. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

²⁷ Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

²⁸ 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;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Diante do dispositivo, a doutrina controverte: uma vertente interpretativa sustenta que as Súmulas comuns também passam a ter caráter obrigatório, vinculando os órgãos jurisdicionais²⁹; outros afirmam que a necessidade de *observância*, mencionada no dispositivo, significa apenas que os magistrados devem respeitar o dever de autorreferência quanto à Súmula, mas sem a necessidade obrigatória de seguir o entendimento nelas consubstanciado.³⁰

Para essa última corrente, a força vinculante decorre de norma expressa, como acontece com as Súmulas vinculantes do STF (CF, art. 103-A); com as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º)³¹; com o incidente de assunção de competência (CPC, art. 947, § 3º)³²; com o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 985, *caput*)³³; e com os recursos repetitivos (CPC, art. 1040, *caput*)³⁴. No caso das Súmulas comuns, não haveria dispositivo expresso prevendo a eficácia vinculante.

O tema será analisado detalhadamente no Capítulo XXIV, cabendo adiantar, entretanto, que a principiologia do Novo Código de Processo Civil contém grande preocupação com a racionalização do sistema judiciário e com a uniformização das decisões dos Tribunais.

Assim, deve-se considerar que as Súmulas comuns também são de observância obrigatória pelos juízes e Tribunais hierarquicamente inferiores, constituindo, portanto, fontes formais do Direito.

²⁹ DIDIER, *Curso*, v. 2, p. 477.

³⁰ CÂMARA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 437.

³¹ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

³² § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

³³ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

³⁴ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Apesar do caráter vinculante das súmulas comuns, há diferenças entre estas e as súmulas vinculantes: as primeiras não permitem o manejo de reclamação (CPC, art. 988, III e IV)³⁵ e não vinculam a Administração Pública, ao contrário das Súmulas Vinculantes.

5.5.3. Precedentes

Precedente é qualquer decisão judicial que possa ser usada como base na fundamentação de outra.

Quando se fala em precedente, está-se referindo a uma única decisão judicial. Havendo reiteração de decisões no mesmo sentido (= reiteração de precedentes), diz-se que foi firmada jurisprudência sobre o tema.

Jurisprudência, portanto, é o conjunto de decisões que refletem o posicionamento de determinado órgão jurisdicional.

No direito processual civil e trabalhista, atualmente, há decisões judiciais que – desde que observados os requisitos legais – vinculam os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores, e também, em certa medida, o próprio órgão prolator da decisão.

É o que acontece, por exemplo, com as decisões tomadas por força dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, bem assim quando deflagrada a sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 927, III). Da mesma forma, quando a decisão provier do Plenário ou do Órgão Especial, há vinculação de todos os magistrados da respectiva Corte (CPC, art. 927, V).

Toda decisão judicial contém duas normas jurídicas: uma individual, contida no dispositivo; e outra geral, extraída da fundamentação (*ratio decidendi* ou razão de decidir), e que pode ser aplicada para qualquer outro caso análogo.

Exemplificando: suponha-se que o empregador haja feito o depósito bancário das verbas rescisórias de trabalhador, dentro do prazo legal, mas a homologação da rescisão não haja observado o prazo previsto no art. 477, § 6º, da CLT. Caso o Tribunal entenda que a multa prevista no art. 477, § 8º, não incide nesse caso, pois se trata de norma punitiva, que deve ser interpretada estritamente, o pedido de aplicação da multa será julgado improcedente. Essa é a norma jurídica individual do caso concreto: a parcela não é devida. Contudo, a fundamentação da decisão contém um preceito: não é devida a multa do art. 477, § 8º, caso a homologação da rescisão seja intempestiva, mas o pagamento seja feito dentro do prazo legal.

O precedente é justamente essa norma jurídica geral, que será aplicável a todos os casos posteriores que contenham a mesma questão de direito.

³⁵ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

O exemplo dado mostra a importância do papel do Judiciário na aplicação da lei, havendo margem para o chamado *construtivismo judicial*, ou seja, construção da norma pelo Juiz. Sendo de aplicação controvertida os dispositivos legais, em função de sua ambiguidade e abertura semântica, é inegável a função criativa do Juiz na definição da norma aplicável ao caso concreto.

Nesse contexto, os precedentes obrigatórios passam a ostentar o caráter de fontes formais do Direito, no âmbito do Processo do Trabalho e do Processo Civil. Perceba-se que se trata de fontes formais atípicas, *sui generis*, as quais não se enquadram na tradicional pirâmide *kelseniana*: não é dado, em princípio, a um juiz hierarquicamente inferior ao tribunal que editou o precedente exercer controle de legalidade, convencionalidade ou constitucionalidade da *ratio decidendi*. Pensar contrariamente comprometeria a lógica do sistema de precedentes obrigatórios. A menos que seja o caso de distinção ou superação do precedente, o juiz deve observá-lo e segui-lo, ainda que lhe pareça equivocada, ilegal ou inconstitucional a interpretação nele consubstanciada pelo tribunal.³⁶

5.6. Doutrina

A doutrina consiste na exposição sistemática dos estudiosos acerca do Direito. Jamais pode ser considerada, portanto, como fonte formal, pois não vincula os cidadãos, e tampouco o Estado-Juiz. Contudo, é inegável o papel da doutrina, seja na interpretação, seja na crítica do direito positivo, com a proposição de soluções para o intérprete e para o legislador. Nesse contexto, pode ser considerada como fonte indireta do Direito, já que orienta o trabalho do legislador.³⁷

5.7. Negócio jurídico processual

O princípio constitucional da liberdade (CF, art. 3º, I)³⁸ dá sustentação ao princípio da autonomia privada, por força do qual os cidadãos podem estabelecer as regras que regerão seu próprio comportamento – respeitados os limites da ordem pública e das normas cogentes estatais.

Surge, assim, a figura do negócio jurídico, conceituado como manifestação de vontade humana com objetivo de produzir efeitos jurídicos que o (s) agente (s) pretende(m) e o direito reconhece.

Muito se discutia sobre a possibilidade de celebração de negócios jurídicos no âmbito processual. Contrariamente, argumentava-se no sentido de que a relação jurídica processual é de caráter público, envolvendo o exercício de autoridade estatal, razão por que não poderia ficar sujeita à livre disponibilidade das partes por meio de negócios jurídicos.

³⁶ Sobre o tema, mais amplamente, ver Capítulo XXIV.

³⁷ NADER, *Introdução*, p. 178.

³⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária (...).

Contudo, desde o CPC de 1973, era permitida a figura do negócio processual, ao menos quanto à convenção sobre ônus da prova (CPC/73, art. 333, parágrafo único). Além disso, a doutrina já admitia a figura do negócio jurídico processual, por exemplo na convenção das partes para a suspensão do processo.

O CPC/2015 positivou expressamente a cláusula geral da negociação jurídica processual, no art. 190³⁹, o que retrata a tendência atual de prestígio da autonomia da vontade das partes litigantes e do consequente afastamento do modelo inquisitorial de processo, no qual havia absoluta supremacia da vontade do Estado-Juiz.

Inegavelmente, cabe ao Judiciário o controle da validade das convenções processuais, recusando sua eficácia em casos de nulidade ou de manifesta vulnerabilidade de uma das partes. Contudo, em princípio, deve ser valorizada a liberdade e autonomia das partes, que são os verdadeiros *senhores* do litígio, presumindo-se sua autorresponsabilidade na condução de sua atividade processual.

Haverá nulidade da convenção ou negócio jurídico processual quando se referir a questões de ordem pública. Exemplificando, as partes não podem modificar competência absoluta, suprimir a primeira instância, excluir a intervenção do Ministério Público ou ampliar o prazo para sustentação oral⁴⁰, pois há interesse público na condução dessas questões.

Além disso, a validade do negócio jurídico processual deve ser avaliada criteriosamente pelo Juiz do Trabalho, que lhe recusará aplicação quando uma das partes estiver em situação de vulnerabilidade. Isso pode ocorrer mais comumente no tocante ao trabalhador, mas também pode se verificar no que tange ao empregador: basta pensar na hipótese em que este compareça desassistido de advogado. Nesta situação, pode configurar-se hipossuficiência técnica, a justificar a invalidação da convenção pelo magistrado.

Note-se que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa 39/2016, posicionou-se no sentido de que o art. 190 do Novo CPC não se aplicaria no processo do trabalho. Contudo, tal posicionamento não é vinculante e precisa ser amadurecido.

Deveras, a figura do negócio jurídico processual democratiza o processo judicial, permitindo que os cidadãos participem mais ativamente da atividade que culminará com a decisão, o que se harmoniza com os princípios da cooperação (CPC, art. 6º)⁴¹ e do devido processo legal, rompendo-se com o dogma de supremacia estatal absoluta

³⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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

⁴⁰ Em sentido contrário, admitindo a ampliação do tempo de sustentação oral, o enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

⁴¹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

na condução do processo. Ademais, conforme já analisado, em caso de abuso de direito pelos litigantes, o Judiciário pode e deve controlar a validade da negociação.

O calendário processual (CPC, art. 191)⁴² é outra espécie de negócio jurídico processual, cuja aplicação ao processo do trabalho é admitida pela IN 39/2016 do TST. Por força dele, as partes, em conjunto com o Juiz, fixam prazo para a prática de atos processuais. A grande vantagem desse instituto é a desnecessidade de intimações quanto aos atos estabelecidos no calendário, o que consoa com o princípio da economia processual.

5.8. Regimentos Internos dos Tribunais

Os regimentos internos também são fontes formais do Direito Processual, pois estabelecem normas sobre a competência e funcionamento dos órgãos jurisdicionais dos Tribunais. Os regimentos, contudo, devem observar as normas de processo e as garantias processuais das partes (CF, art. 96, I, *a*).⁴³

É o regimento que deve prever, por exemplo, os pressupostos para a edição de Súmulas pelos Tribunais (CPC, art. 926, § 1º), bem como os critérios para distribuição de processos (CPC, art. 930) e poderes do relator (CPC, art. 932, VIII), temas inegavelmente processuais.

Observe-se, ainda, que, apesar da natureza de fonte formal, o regimento não se equipara à lei em sentido formal. Assim, não cabe recurso de revista (CLT, art. 896) ou recurso especial (CF, art. 105, III) por violação a normas regimentais.

5.9. Costume. O *protesto* em audiência

O costume, para configurar-se como fonte formal do direito, exige dos requisitos: (i) objetivo, que é a reiteração de determinada conduta no meio social, por período considerável de tempo; (ii) subjetivo, que é a convicção existente no meio social acerca do caráter obrigatório da prática (*opinio juris vel necessitatis*).

Embora a literatura processual geralmente não dê muita importância ao costume, nada impede que ele seja fonte do direito processual.⁴⁴

⁴² Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

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

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

⁴³ Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (...).

⁴⁴ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. *Prática do Processo Trabalhista*. 31ª ed, revista e atualizada. São Paulo: LTR, 2002, p. 81.

O costume processual pode ser *secundum legem*, quando se trata de praxe forense correspondente à lei. Para alguns, não se trata verdadeiramente de costume, mas de mera aplicação da legislação. Como exemplo, tem-se a concessão da gratuidade de justiça ao empregado que afirme insuficiência de recursos.

Já o costume *praeter legem* é o que se aplica na hipótese de lacuna da lei, sendo admitido pelo art. 4º da LINDB.⁴⁵ Um exemplo, no Processo Civil, é o costume judicial que admite que haja, nas petições iniciais e nas contestações, um *protesto genérico* por provas, apesar do teor do art. 319, VI, do CPC⁴⁶. Como a lei não é expressa no sentido de exigir a indicação exata das provas a serem utilizadas, o costume firmou-se no sentido de ser possível a especificação das provas na fase de saneamento do processo. Outro exemplo é o fato de o reclamante tomar assento, em audiência, à esquerda do Juiz do Trabalho, e o reclamado, à direita.

Por fim, o costume *contra legem* é o que se caracteriza por violar uma norma jurídica. Não pode ser reconhecida a validade dessa espécie de costume, pois a lei não é revogada em função de seu desuso. Um exemplo lamentável é o da decisão judicial que defere ou indefere requerimento de tutela provisória de forma genérica, sob o único fundamento de que estão presentes ou ausentes os requisitos legais (o que sempre foi vedado pelo art. 93, IX, da CF, e atualmente é expressamente proscrito pelo art. 489, § 1º, III).⁴⁷

Exemplo controverso é a figura do protesto em audiência, que não conta com expressa previsão legal. Há, inegavelmente, praxe generalizada na Justiça do Trabalho, no sentido de que a parte proteste oralmente, em audiência, contra as decisões que lhe forem desfavoráveis.

Não havendo previsão legal expressa da figura, discute-se se há, ou não, preclusão no caso de a parte não protestar. Embora a doutrina não trabalhe habitualmente com a questão analisando-a sob esse prisma, trata-se de saber se tal costume é *praeter legem* ou *contra legem*.

A vertente que sustenta haver preclusão em caso de ausência de protesto – entendimento prevalente no TST⁴⁸ – defende, implicitamente, que o costume é *praeter legem*, por consistir em suplementação do art. 795 da CLT.⁴⁹ Esse dispositivo estabelece que as nulidades somente serão declaradas se as partes as arguírem na primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos. Veja-se que o texto

⁴⁵ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁴⁶ Art. 319. A petição inicial indicará: VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (...).

⁴⁷ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

⁴⁸ RR – 58-87.2011.5.09.0245 Data de Julgamento: 05/10/2016, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016. Processo: RR – 464000-05.2009.5.12.0022 Data de Julgamento: 26/04/2016, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

⁴⁹ Art. 795 – As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.

legal não cria a figura do protesto, e tampouco o exige no que tange às decisões interlocutórias em geral, já que se limita às *nulidades*.

Outra corrente sustenta tratar-se de costume *contra legem*, já que o art. 893, § 1º, da CLT⁵⁰, estipula que a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente será feita em recursos contra a decisão definitiva.

Deveras, se a parte não pode recorrer contra a decisão interlocutória, não faz sentido falar em preclusão – que, por sinal, não é cominada expressamente pelo art. 795 da CLT. Sob outro enfoque, as nulidades absolutas (como são a maioria daquelas que contaminam as interlocutórias tomadas em audiência, como o indeferimento de provas) não se sujeitam à preclusão e podem ser conhecidas inclusive de ofício.

Assim, conclui-se que a figura do protesto consiste em costume *contra legem*, devendo ser admitido o recurso ordinário mesmo que o interessado não haja “protestado” em audiência.

5.10. Hierarquia e conflitos entre as fontes

A Constituição está no ápice das fontes do Direito Processual; caso qualquer outra norma jurídica a contrarie, será inválida (inconstitucional).

Não há, em princípio, como já visto, hierarquia entre lei complementar e lei ordinária em matéria processual. O mesmo se dá com outras espécies legislativas, como decretos-leis, que hajam sido recepcionados com status de lei ordinária pela CF/1988.

O conflito entre normas deve ser resolvido por meio da utilização dos critérios clássicos da cronologia (*lex posterior derogat priori*), da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) e da hierarquia.

Entretanto, merece aprofundamento o tema da posição hierárquica dos tratados internacionais.

O posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do recurso extraordinário nº 80.004 (Rel. Min. Xavier de Albuquerque), sempre foi no sentido da paridade normativa entre os tratados internacionais e o direito interno. Assim, conflito entre ambos deveria ser solucionado pelos métodos expostos acima.

Contudo, prevaleceu no STF a teoria da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, a significar que se situam abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária. Daí resulta, na dicção do Supremo, não a revogação ou inconstitucionalidade das leis ordinárias contrárias aos tratados, mas mera “paralisação de sua eficácia”. Noutras palavras, tal legislação poderia voltar a vigorar se e quando o tratado internacional fosse denunciado. Isso gera o fenômeno do controle de convencionalidade, que já vinha sendo adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e consiste no exame da compatibilidade entre o direito interno e o tratado internacional que verse sobre direitos humanos.

⁵⁰ § 1º – Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

É o que sucede, por exemplo, com o Pacto de São José da Costa Rica, no que proíbe a prisão do depositário infiel. A norma internacional, por versar sobre direito humano, está acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição.

Ademais, as convenções sobre direitos humanos podem ser submetidas ao procedimento do art. 5º, § 3º, da CF⁵¹, e, nesta hipótese, terão *status* de emenda constitucional.

Caso o tratado internacional em matéria processual não verse sobre direitos humanos, seu status será equivalente ao da legislação ordinária. É o que ocorre, por exemplo, com o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto (Decreto 2626/1998).

Vale destacar, por fim, que os conflitos entre princípios constitucionais do processo devem ser solucionados à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada (CPC, art. 489, § 2º).⁵²

6. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Interpretar o ordenamento jurídico é definir o sentido e o alcance de um enunciado normativo.

Atualmente, na filosofia do direito, prevalece o entendimento de que o texto legal (= enunciado normativo) é apenas o ponto de partida do operador do direito, que, a partir da interpretação, constrói a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Noutras palavras: toda norma é sempre o ponto culminante de um processo interpretativo.

Em decisões judiciais, como já visto, há sempre duas normas jurídicas construídas pelo magistrado a partir da interpretação dos enunciados normativos: a individual (solução do caso concreto), contida no dispositivo; e a geral (*ratio decidendi*), que pode ser aplicada em casos análogos.

Era afirmação corrente em doutrina que, quando a lei fosse clara, não haveria espaço para interpretação (*in claris cessat interpretatio*). Atualmente, entretanto, tal ideia não tem sido prestigiada, porque a noção de *clareza* é ambígua: o que é claro para um, pode não ser para outro. Além disso, até mesmo para se dizer que um enunciado é claro, é pressuposto lógico que haja sido interpretado.

Tampouco se pode dizer que a interpretação deve cessar quando a literalidade do texto for clara. Além da necessidade de preservar a organicidade do sistema processual, toda a sua interpretação deve ser feita sob o filtro da Constituição. Assim, por mais claro que seja um dispositivo legal, o intérprete deve seguir adiante

⁵¹ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁵² § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

na sua tarefa de construir a norma do caso concreto, fazendo o respectivo cotejo com o regramento constitucional e com a integralidade do ordenamento processual.

Os métodos clássicos de interpretação do direito processual são: (i) gramatical, que busca o sentido literal extraível do texto normativo; (ii) lógico-sistemático, que insere o enunciado normativo na totalidade do ordenamento jurídico, evitando incongruências e permitindo a sistemacidade das normas jurídicas; (iii) teleológico, por força do qual se perquire o objetivo de determinado dispositivo; (iv) histórico, baseado no processo social e legislativo que culminou na edição do ato normativo.

Quanto aos seus resultados, a interpretação diz-se: (i) declarativa, quando o intérprete conclui que a lei disse exatamente o que legislador pretendia dizer; (ii) ampliativa, quando o intérprete percebe que a lei disse menos do que o legislador pretendia; e (iii) restritiva, quando se infere que a lei disse mais do que era pretendido pelo legislador.

Exemplo de interpretação ampliativa: o rol de títulos extrajudiciais, previsto no art. 876 da CLT⁵³, é incompleto, pois não prevê outros títulos, como a certidão de dívida ativa relacionada a multas aplicadas pela fiscalização do trabalho. Exemplo de interpretação restritiva: o art. 878 da CLT⁵⁴ deve ser compreendido no sentido de que a execução de ofício será possível quando o exequente estiver desassistido (exercendo o *jus postulandi*), sendo desnecessário que o executado também o esteja, pois é evidente que o objetivo da lei é exigir a iniciativa do advogado do exequente, profissional do direito devidamente habilitado.

Sucede que a vida social é muito dinâmica, sendo inviável que o direito positivo regule todas as situações jurídicas (inclusive as processuais). A lei pode ser lacunosa, mas o Direito não o é, em virtude da previsão dos métodos de integração, que permitem que o operador do Direito suplante as omissões legais.

De acordo com o art. 4º da LINDB, em caso de omissão da lei, o Juiz deve valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

É questionável, atualmente, apesar da dicção legal, que se considerem os princípios de direito como mera fonte subsidiária, sobretudo na esfera processual, em que diversos princípios são previstos na Constituição. É pacífico atualmente que os princípios constitucionais têm eficácia normativa direta, ou seja, podem incidir diretamente no caso concreto, independentemente de intermediação legislativa e até mesmo apesar desta. Assim, os princípios são fontes imediatas do direito, e não apenas subsidiária.

Os costumes são considerados fontes formais subsidiárias, conforme já analisado.

Já a analogia consiste na aplicação, a uma situação não prevista pela norma jurídica, de outra norma que regula situação similar àquela não regulada. É concretização

⁵³ 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.

⁵⁴ Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.