

# A Prova no Processo do Trabalho: sua Compatibilidade e seus Reflexos com o Novo Código de Processo Civil

## The Evidence in the Labor Process: its compatibility and Reflexes with the New Civil Code Process

Tiago Madruga da Silva

Faculdade Anhanguera. SP, Brasil.  
E-mail: tiago\_m\_silva@outlook.com

---

### Resumo

O texto analisa, de forma aprofundada, os dispositivos do Novo Código de Processo Civil, aclarando a importância da inserção dos princípios constitucionais. Explana as possibilidades de suplementação do NCPC no Processo do Trabalho, tendo como ponto fulcral as problemáticas dessa suplementação na produção de provas. Teve como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, em que foi suscitado o debate sobre os pontos controvertidos e polêmicos. Aborda a finalidade da instrução normativa 39 organizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que foi organizada para dirimir questões controvertidas da suplementação do NCPC no Processo do Trabalho. Explana as soluções práticas para compor o conflito de suplementação de normas processuais civil no processo do trabalho, a fim de que o entendimento tenha efeito *erga omnes* sobre cada espécie de prova.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil. Processo do Trabalho. Provas. Compatibilidade. Suplementação.

### Abstract

*The text analyzes deeply the dispositions of the New Civil Code, making it clear the importance of the insertion of constitutional principles. It explains the possibilities of supplementation of NCPC in the Labor Process, having as main points the issues regarding the supplementation in the evidences production. It had as methodology the bibliographical and opinions research, when the debate was raised on the controversial points and at issue. It approaches the goal of the normative instruction organized by the Labor Superior Court, which was organized to solve controversial points of the NCPC supplementation in the Labor Process. It offers practical solutions to comprise the supplementation of civil procedural regulations in the labor process, so that the understanding have effect erga omnes on each type of evidence.*

**Keywords:** *New Civil Procedure Code. Labor Proces. Evidences. Compatibility. Supplementation.*

---

## 1 Introdução

O Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor no dia 18 de março do ano de 2016 revogou o ainda vigente CPC. No período de *vacatio legis* do novo CPC inúmeras discussões foram feitas, a fim de melhor compreender as mudanças desencadeadas pela nova lei adjetiva, entre as quais se pode destacar o procedimento processual comum e suas suplementações no processo do trabalho. É de suma importância citar que todos os atos processuais realizados antes da entrada em vigor do Novo CPC não se tornaram nulos. Sendo assim, a nova lei processual atingirá os processos já em curso sem modificar os atos processuais anteriores a sua entrada em vigor.

Embora o Novo CPC tenha aplicação imediata nos processos já em curso, deve ser considerada a interdependência de tais processos com outras normas, como ocorre com a Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 15 do Novo CPC e o artigo 769 da CLT trazem em seu texto a possibilidade de serem suplantadas as normas de procedimento processual comum nos casos de ausência normativa, ou de sua omissão para os processos trabalhistas, o que torna necessária a análise e discussão dos reflexos, que essa conexão trará ao

sistema jurídico trabalhista, com efeito de entendimento *erga omnes*. Assim, o presente trabalho tratará de um ponto fulcral nessa interdependência entre o Novo CPC e a CLT, que remete à fase probatória na jurisdição trabalhista, analisando as incompatibilidades de aplicação, segurança e a discricionariedade de entendimentos.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 Metodologia

Foi realizada pesquisa com base na pesquisa bibliográfica, com análise de textos doutrinários e normativos, e adotou a metodologia hipotético-dedutiva.

### 2.2 Discussão

#### 2.2.1 Das provas no processo do trabalho e os reflexos diante do novo código de processo civil

A Consolidação das Leis do Trabalho (Lei nº 5.454/1943) visa garantir aos sujeitos da relação contratual de trabalho os direitos que são assegurados ao trabalhador e empregador, e em casos de demanda judicial, as regras processuais em que o processo será mitigado. Atualmente, o Código de Processo Civil ainda vigente é aplicável, ainda que muito discutido,

nos casos omissos em que a CLT não dispõe em seu texto normativo. Diante da edição da Lei nº 13.105/2015 que trouxe ao cenário jurídico brasileiro um novo Código de Processo Civil, que visa tornar o processo mais célere, imediato e acessível à sociedade, percebeu-se nesse período de *vacatio legis*, muitas lacunas, entre as quais se destaca as que dizem respeito ao direito processual do trabalho.

Inicialmente, antes de aprofundar o estudo das espécies de provas, deve-se atentar para o primeiro problema da análise da suplementação do NCP (Novo Código de Processo Civil) no processo do trabalho, no que tange ao ônus da prova.

Em um processo judicial há o dever do litigante de provar aquele fato que então se está discutindo, de forma positiva ou negativa, e esse dever de provar se faz necessário compreender o que se tem por ônus de provar, e para isso cita-se, inicialmente, as considerações de Nascimento:

O ônus da prova é a responsabilidade atribuída à parte para produzir uma prova e que, uma vez não desempenhada satisfatoriamente, traz, como consequência, o não reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova se destina a demonstrar (NASCIMENTO, 1996. p.274).

Percebe-se então que as partes no processo possuem a responsabilidade de provar o direito na qual pleiteiam, e é necessário compreender que não há obrigatoriedade legal de provar, e sim um ônus. Conforme destaca Pontes de Miranda (1997, p.94-95):

A diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus.

Diante desta percepção citada acima, percebe-se que, mesmo que não haja o ato de provar por um dos litigantes, não significa dizer que seu pedido será desacolhido como uma forma de penalizar, tendo-se em vista que em determinadas situações específicas há uma inversão de provar o fato elencado no processo, e que comumente ocorre no processo do trabalho. Ainda, nessa mesma análise, é importante discorrer sobre o ônus imperfeito, na qual se caracteriza pela circunstância da parte produzir acerca de um fato uma prova que atua de forma favorável da outra parte. No processo do trabalho, no que tange a responsabilidade de provar, há um princípio que norteia, e é a base para a análise de qual dos litigantes há a responsabilidade de provar, este princípio é o da proteção. O princípio da proteção carrega consigo três importantes subprincípios, sendo estes: respeito à condição mais benéfica, aplicação da norma mais favorável e, por último, e com relação às provas no processo do trabalho, o subprincípio do *in dubio* para o operário. O princípio da proteção se originou devido à análise de que o trabalhador, tendo em vista ser subordinado, não tem controle sobre os documentos, não estando assim em pé de igualdade, quando se refere aos meios de obtenção de

prova. Além de que, pelo empregador há uma maior facilidade de obtenção de testemunhas, pois há na relação de empregador e empregado uma subordinação. Nesse escopo, Rodrigues (1996, 249) aponta que:

Além das dificuldades de assessoramento jurídico e da realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade de depoimentos: não ignoram as suas testemunhas que se suas declarações prejudicarem o patrão, correm risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meio de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidência que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados mais elementares atinentes às condições em que presta serviços, cálculo de salário, montantes de descontos, números de horas extras, etc.

Discorrendo de forma aprofundada sobre o ônus da prova, este é um dos pontos que sobre uma análise insondável pode trazer dentro do processo do trabalho um problema procedimental, quando se remete a suplementação do NCP. No processo civil, que vigorou até 18 de março de 2016, muito era discutida a suplementação do artigo 333 do CPC (1973), para a inversão do ônus da prova, pois o artigo 818 da CLT é lacônico e muito simplista para as peculiaridades complexas, que o processo do trabalho carrega consigo. Discussão esta que se caracterizou pela criação de três correntes doutrinárias, em que alguns doutrinadores compreendiam ser necessária a suplementação do CPC para definir o ônus da prova, no processo do trabalho, em outros doutrinadores havia o entendimento de que não era possível a suplementação da norma de procedimento civil, tendo em vista que o artigo 818 da CLT não era omissa, ainda assim, a outra corrente doutrinária na qual aduzia que nenhuma das duas normas serviam para preencher os requisitos de definição de quem cabe o ônus de provar. Portanto, abaixo se transcrevem os três posicionamentos com seus renomados doutrinadores:

Pela aplicabilidade cita-se Almeida (1982, p.160):

No direito trabalhista, se o ônus da prova está numa curtíssima disposição, suscetível, desde logo, de apelo ao CPC – A prova das alegações incumbe à parte que as fizer (art. 818 da CLT) – quanto a deveres é mais categórico. Ameaçador, até. Mas não na área da prova especificamente. [...] diante, portanto, do atual CPC, indubitosa é a necessidade de, no estudo do Processo Judiciário do Trabalho, incluir uma especulação em torno dos deveres mencionados supra, uma vez que, em face da omissão da CLT, as disposições do CPC devem ser aplicadas.

Quanto à inaplicabilidade, menciona-se Lamarca (1982, p.231):

“Os arts. 818 da CLT e 333 do CPC dizem única e exclusivamente a mesma coisa, e aplicação exclusiva do art. 818, com a exclusão da aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, em nada altera a situação que enfrentamos na prática diária do foro. A afirmativa de que “a prova das alegações cabe a parte que as fizer”, é o mesmo que atribuir ao autor

o ônus de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito alegado. As duas disposições legais se resumem em uma única disposição.

E, por fim, a última corrente de Teixeira Filho (1997, p.110):

O que não nos parece ser possível, pelas razões expostas, é trasladar-se para o processo do trabalho, onde a desigualdade real das partes é fato inominável, o critério civilista a respeito da distribuição do ônus objetivo da prova, que se sabe estar estribado, ao contrário, no pressuposto da igualdade formal dos litigantes.

Com essa análise se pode perceber que a discussão doutrinária em torno da suplementação do antigo CPC, no processo do trabalho, jamais teve um posicionamento único. E com isso, se percebe que a mesma discussão se faz presente nos tempos atuais, pois com a entrada em vigor do NCPD as problemáticas não se extinguíram, pelo contrário, tendo em vista que a CLT não sofreu nenhuma alteração quanto à disposição normativa do artigo 818 da CLT, e o NCPD inovando sobre diversos temas processuais, também teve uma significativa mudança quanto ao ônus de provar. O artigo 373 do NCPD é a norma que conduz como será dada a responsabilidade de provar, ou a distribuição do ônus da prova, que diante de uma análise se observa a correspondência com o artigo 333 do CPC (1973).

É notória que a CLT não é omissa quanto ao tema da distribuição do ônus de provar, porém é vaga quando comparada ao artigo 373 do NCPD, pois este traz consigo algumas novidades, tais como a possibilidade de haver convenção das partes em distribuir de forma diversa o ônus de provar, contido no seu parágrafo 3º, e a possibilidade do juiz definir quem terá o encargo de provar, diante de sua análise de uma excessiva dificuldade que uma das partes poderá ter de produzir o alegado em face da outra parte, devidamente fundamentado, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 373 do NCPD.

Essa é uma das grandes novidades, pois há previsão legal para essa inversão do ônus da prova caso seja visível pelo magistrado à onerosidade excessiva, o que no antigo código não havia previsto, de forma expressa, valendo-se por vezes de analogia, ou de utilização de entendimentos doutrinários e, consequentemente, jurisprudenciais para determinado ato de inverter o ônus. Por este motivo é evidente que a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho continuará sendo tema de discussão processual, tendo em vista a possibilidade de suplementação do NCPD, e além do mais, discussão esta que irá pairar sobre as novidades trazidas em seu bojo normativo e já elencadas e discutidas anteriormente.

A réplica no processo do trabalho gera grande discussão de sua admissibilidade, vista também como impugnação à contestação. A problemática que concerne à réplica se mantém mesmo com o NCPD, porém diferentemente do ônus da prova para o qual existia previsão legal e vaga, a réplica

na CLT é omissa, não havendo previsão legal. Vale ressaltar a exceção contida no artigo 852-H da CLT, que é aplicável somente nos processos de rito sumaríssimo. O artigo 437 do NCPD menciona que o réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos juntados pelo autor na exordial, e o autor irá se manifestar na réplica sobre os documentos juntados em sede de contestação, visando sempre assegurar o contraditório e a ampla defesa, o parágrafo 1º deste artigo garante a manifestação da parte, sempre que a parte contrária anexar um novo documento dentro do processo, com um prazo de 15 dias, podendo ser dilatado, conforme dispõe o artigo:

Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação. § 1º. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze dias) para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436 (WAMBIER, 2015, p. 218)

Percebe-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório aqui prevaleceram sobre o princípio da celeridade processual, e de forma justa, pois a segurança jurídica e de defesa devem ser observados ante a necessidade de instrução rápida da lide. Visto a omissão normativa da CLT sobre o tema, e até então a disposição normativa sobre a possibilidade de aplicabilidade desta norma no processo do trabalho é de extrema importância citar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, que aderem à suplementação e que não aderem a este conceito. Ou há a existência de omissão e suplementação do NCPD no processo do trabalho, ou ainda, não há a existência da impugnação, tendo em vista não haver previsão quanto ao procedimento ordinário, tendo em vista que para o procedimento sumaríssimo há previsão quanto a este instituto no artigo 852-H da CLT, conforme se vê: Pela inexistência da réplica seguem jurisprudências:

PROCESSO DO TRABALHO. RÉPLICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS AFIRMAÇÕES DO CONTESTANTE. INEXISTÊNCIA. 1. Por falta de previsão legal, o autor da ação trabalhista não tem a obrigação de impugnar especificamente os fatos narrados na peça contestatória, cabendo-lhe apenas manifestar sua concordância ou não com os documentos apresentados pelo réu. 2. Assim, ainda que o autor não se manifeste sobre fatos impeditivos, extintivos ou modificativos relatados pelo réu em sua contestação, caberá a este último prová-los, na forma do art. 818 da CLT.” (TRT 24ª Região – Tribunal Pleno – RO 011700025.2003.5.24.0001 – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – DO/MS nº 6331 de 21.09.2004, pág. 33).

Nulidade. Ausência de réplica. Efeitos. A simples ausência de manifestação sobre a contestação e documentos, só por si, não implica confissão. Trata-se de simples faculdade, salvo se houver clara e expressa cominação. A lei não impõe ao autor o ônus de se manifestar, nem grava qualquer consequência para a omissão. Hipótese em que o indeferimento de prova pelo autor é causa de nulidade. ” (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; RO: 20010179881 ANO: 2001; Número do Acórdão: 20010625296; Data de Publicação: 16/10/2001; Juiz Relator: EDUARDO DE AZEVEDO SILVA).

Pela admissibilidade da réplica se tem alguns ilustres doutrinadores. Conforme Theodoro Junior (2005, p.224):

Se o autor não for ouvido no prazo assinalado no art. 326, a sentença será tida como nula, por ofensiva ao princípio do contraditório. A nulidade ficará preclusa, porém, se o processo prosseguir, sem sentença imediata, e o autor não alegar a nulidade na primeira fala que proferir nos autos (CPC, art. 245).

A questão de suplementação da réplica com o advento do NCPC não cessou, pois como se pode perceber há uma omissão de norma na CLT, que trata sobre o instituto para o rito ordinário, fazendo assim que se abra um leque de discussões de possibilidades para o dever de suplementar os artigos 437 e 438 do NCPC no processo do trabalho, com o intuito de garantir ao devido processo legal as condições de ampla defesa e do contraditório no processo do trabalho. Todavia, o ponto contraditório, para o entendimento de aplicabilidade da suplementação, se faz presente pela função do princípio da celeridade processual que a jurisdição trabalhista carrega consigo, e não obstante a isso, tem-se também o entendimento de que se não existe a previsão legal, não existirá o instituto.

Da análise do NCPC, no que se refere à audiência, defronta-se com questões inovadoras que trazem à baila a discussão de possibilidade de aplicabilidade no processo do trabalho. O primeiro grande embate que se pode perceber se refere à inquirição de testemunhas, em que o artigo 821 da CLT tem como regra a indicação por cada parte de no máximo três testemunhas, e que nada difere da quantidade estabelecida pelo NCPC, e para isso se cita o ilustre doutrinador Almeida (2011, p.272), que assim dispõe:

No processo trabalhista cada parte pode indicar até três testemunhas, à exceção do inquérito judicial (rescisão do contrato de trabalho de empregado estável), em que esse número se eleva a seis, e do procedimento sumaríssimo, que o reduz as duas testemunhas para cada litigante.

Contudo, o NCPC, além de indicar as testemunhas, acaba por inovar no quesito de ordem de inquirição das testemunhas arroladas no processo, e que não há correspondência na CLT sobre o fato em questão, e para aclarar se traz a referência do dispositivo:

Art. 456 do NCPC: O juiz inquirirá as testemunhas separa e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras. Parágrafo único: O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no caput se as partes concordarem.

Compreende-se sobre o dispositivo acima citado que, a ordem a ser seguida de inquirição das testemunhas deve ser esta, de forma obrigatória, não sendo conferida ao juiz a faculdade de alterá-la e se porventura for suscitada a necessidade de alteração, esta somente ocorrerá por aceitação das partes litigantes. E nesse ponto, há uma grande controvérsia procedimental, pois diante da inversão da ordem de inquirição em um processo trabalhista pelo magistrado poderá um dos litigantes interromper este ato com fundamentação no artigo citado acima? Este é um dos pontos que se deve compreender, pois a legitimidade para a suplementação desta norma é válida, porém pode não ser bem vista e aceita pelo magistrado

momentaneamente. Dando continuidade sobre as questões que envolvem a audiência, se enfrenta outra problemática, menos gravosa, porém que pode gerar um desconforto desnecessário, todavia a discussão deve ser elencada como um problema.

É notório que, em busca da economia processual e celeridade, os processos estão tramitando de forma eletrônica, tecnologia esta que atingirá os processos ainda físicos no seu devido tempo, porém o NCPC, diante deste cenário, já se traz em seu bojo normativo disposições que remetem ao uso destes meios, permitindo até mesmo os litigantes de utilizarem seus próprios instrumentos eletrônicos em uma audiência. O artigo 367, §§ 5º e 6º do NCPC dispõe que os processos podem ser gravados em imagem e em áudio, e que estas gravações podem ser realizadas pelas partes, sem necessidade de autorização judicial, conforme abaixo:

Art. 367: O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato. § 5º: A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica. § 6º: A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Nesse passo é oportuno trazer à baila o entendimento de Bueno (2015, p.270) que diz:

Novidade importante reside no § 5º, que permite que a audiência seja gravada integralmente em imagem e em áudio, em meio digital, ou analógico nas condições que especifica. O § 6º, querendo solucionar acesa discussão doutrinária e jurisprudencial, admite expressamente a possibilidade de as próprias partes, independentemente de autorização judicial, gravarem, pelos meios referidos no § 5º, a audiência.

Como é de conhecimento, a CLT é uma consolidação de leis que foi instituída em 1943, e por este motivo é compreensível que neste ponto seja omissa, porém a problemática que se pode deparar é da insuficiência do oferecimento de meios de gravação aos litigantes pelo poder jurisdicional, e diante deste cenário a imposição das partes de se utilizar do § 6º do artigo supracitado, que mesmo sem a necessidade de autorização judicial, pode trazer um desconforto ou até mesmo a imposição de negação pelo magistrado. E analisando de forma mais profunda se compreende que, desta negação em busca da urbanidade pelo magistrado, poderá ocorrer um prejuízo probatório a parte que assim tiver sido negada a gravação de imagem ou áudio.

Nos processos, cuja matéria seja complexa, ou que existam elementos narrados na lide que necessitem de um parecer técnico sobre o local de trabalho e, suas condições inerentes ao exercício profissional, o juiz analisará o pedido de requisição de perícia formulado pelos litigantes. A perícia consiste em ser um exame, vistoria ou avaliação, conforme dispõe o artigo 464 do NCPC, sendo importante mencionar diante de uma avaliação que o NCPC pouco inova no sentido da prova pericial, e que seus mecanismos sofreram ajustes

para buscar com cada meio probante o máximo de resultado dentro do processo. Em um estudo de comparação entre a CLT e o NCPC, percebe-se que quanto às perícias judiciais os procedimentos adotados são os dispostos no NCPC, na sua grande maioria, e devido ao fato de a CLT ser omissa quanto a esta matéria é elementar analisar algumas características. É importante frisar que a prova pericial é obrigatória para elucidar os fatos que concernem ao direito ao adicional de insalubridade e a periculosidade no processo do trabalho.

Neste compasso se percebe o quão importante é a perícia judicial para o processo do trabalho, mesmo não sendo uma prova absoluta de convencimento do magistrado, se caracteriza por ser uma prova de alto valor e que, por muitas vezes, visa esclarecer diferentes pontos controvertidos sobre a matéria. Ainda assim, também pode haver a atuação do perito para os casos que se referem a cálculos de liquidação, conforme previsto no § 6º do artigo 879 da CLT. Porém, as determinações quanto à participação e o método de atuação do perito são encontrados, como dito anteriormente, no NCPC, e este traz consigo a primeira problemática, pois comumente o prazo para manifestação pelas partes da nomeação do perito é fixado em oito dias, pois este prazo é determinado pelo magistrado diante do deferimento do pedido de perícia, logo, o NCPC traz consigo a previsão legal de que o prazo para manifestação deve ser de quinze dias, conforme previsto no § 1º do artigo 465 do NCPC.

Art. 465 do NCPC. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo. § 1º Incumbe às partes, dentro de 15 dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

I - Arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso; II - indicar assistente técnico;

III - apresentar quesitos.

§ 2º Ciente da nomeação, o perito apresentará em 5 (cinco) dias:

I - Proposta; II - currículo, com comprovação de especialização; III - contatos profissionais, em especial o endereço eletrônico, para onde serão dirigidas as intimações pessoais.

§ 3º As partes serão intimadas da proposta de honorários para, querendo, manifestar-se no prazo comum de 5 (cinco) dias, após o que o juiz arbitrará o valor, intimando-se as partes para os fins do art. 95. (CAHALI, 2015, p.1856).

Trata-se de um problema não gravoso, pois este prazo é de fácil adaptação, porém deve ser apreciado por se tratar de uma grande distinção da prática processual, podendo no caso de oferecimento pelo juiz de prazo inferior ao de quinze dias a parte vir a se manifestar pela adequação do prazo correto e, mais adequado conforme norma vigente.

Percorrendo esta análise, é importante discorrer sobre um ponto inovador no NCPC e que possui ditame processual diferente no processo do trabalho, no qual se trata do comparecimento do perito em audiência de instrução e julgamento, previsto no artigo 469 do NCPC. Esta possibilidade de ter que comparecer em audiência é um ato que não há previsão legal na CLT, quando se verifica o rito ordinário, e que na prática processual pouco ocorre.

Entretanto, visando garantir o contraditório se percebe que se pode requisitar ao juiz diante da suplementação desta norma o comparecimento do perito ou assistente técnico para esclarecimento de eventuais pontos controvertidos. E nesta linha de entendimento o ilustre mestre Fernando Rubin também comenta que “Ainda, confirma o Novo CPC, o perito ou os assistentes técnicos poderão ser chamados para prestarem derradeiros esclarecimentos em audiência” (RUBIN *et al.*, 2015, p.367).

Este é um dos pontos que pode trazer grande repercussão dentro da seara processual trabalhista, por diante do indeferimento, ou do não comparecimento do perito ou assistente técnico, ser trazido à baila o cerceamento de defesa de um dos litigantes, pelo fato de não ter sido esclarecido os pontos que podem ser importantes para a sua defesa. Por este motivo, é notório que é de grande importância que este ponto seja mitigado e esclarecido se há de ocorrer o comparecimento, conforme prevê norma atual vigente, ou deve ficar condicionado a critério do magistrado, diante do caso específico, o entendimento da intimação do perito para comparecimento, ou do indeferimento por não ser compatível a aplicabilidade desta norma com o processo do trabalho.

### 2.2.2 A instrução normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho

Perante a entrada em vigência do NCPC, e das análises doutrinárias sobre o impacto que as normas processuais do novo código poderiam trazer ao processo do trabalho, em 2015 foi formada uma comissão de ministros para avaliar os dispositivos que poderiam afetar diretamente os processos trabalhistas, vindo a ser oficialmente publicada em 2016. E diante deste estudo efetuado pela comissão, originou-se a Instrução Normativa 39 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que busca deixar expressas quais normas do NCPC são aplicáveis e inaplicáveis a jurisdição trabalhista, a fim de que o mesmo entendimento seja adotado para todos os processos, ou seja, tendo a IN 39 efeito erga omnes. Assim como a análise das espécies de provas no processo do trabalho foi ponto primordial para a análise de causas, na qual a suplementação do NCPC poderia trazer ao processo do trabalho, a IN 39 foi minuciosa em aclarar alguns pontos probatórios até então analisados e, inicialmente, se percebe que a comissão declarou inaplicável a suplementação do artigo 373, §§ 3º e 4º do NCPC, no que tange a distribuição diversa do ônus da prova, considerando que, não há motivo para suplementação, por entendimento de que não há omissão normativa ou não há compatibilidade com o rito processual do trabalho, conforme se verifica no artigo 2º, VII da IN 39:

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes). (BRASIL, 2016).

Porém, há entendimento de que, mesmo da vigência da IN

39 abordar a inaplicabilidade desta norma do NCPC, pode o legislador com cautela utilizar da distribuição diversa, quando convencionado pelos litigantes, conforme Cairo Junior (2016, p.542) aduz:

No processo do trabalho, essa regra deve ser apreciada com muito mais cuidado pelo magistrado, uma vez que a mencionada convenção pode ter sido constituída na formação ou durante a execução do contrato de trabalho, momento em que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Nada impede, todavia, que o juiz do trabalho atribua validade a essa convenção, se restar demonstrado que foi feita após a extinção do contrato de trabalho e desde que não torne a prova excessiva para o hipossuficiente.

Percorrendo sobre a análise da IN 39 se depara com uma proibição de suplementação no que se remete a audiência, tema até então amplamente discutido sobre os reflexos que vem a sofrer com as mudanças oriundas do NCPC

Para Cairo Junior (2016), esta norma não é irredutível quanto a possível modificação ou atribuição diversa pelo magistrado, pois não se percebe nenhum obstáculo na utilização desta norma no processo do trabalho, ou seja, não percebe nenhum prejuízo ou nulidade processual. Haja vista que a audiência de conciliação não foi preliminarmente discutida, é importante citar que a mesma não foi recepcionada pela IN 39, em que se entende não ser aplicável o artigo 334 do NCPC, que estabelece que preliminarmente preenchidos os requisitos legais deva ser aprazada data de audiência de conciliação ou mediação. Tal consideração pela inaplicabilidade se encontra contida no artigo 2º, IV da IN 39. Resta por fim salientar que os demais pontos, até então discutidos, não foram objetos de análise pela comissão, deixando lacuna da aplicabilidade ou inaplicabilidade do NCPC.

### 3 Conclusão

Além dos princípios constitucionais inseridos, o artigo 15 do NCPC, e o artigo 769 da CLT trazem, de forma clara e coesa, a viabilidade de suplementação, portanto há no que se refere à compatibilidade de utilizar o NCPC no processo do trabalho, viabilidade e legalidade de suscitar a inserção de norma processual comum, no caso de omissão da CLT sobre determinada espécie de prova.

Mister salientar que a Instrução Normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho foi instituída com grande importância, pois esclareceu com efeito erga omnes o modo de que, deveria ser analisada a suplementação do NCPC sobre determinados pontos dentro do processo do trabalho, servindo assim, como ponto norteador do posicionamento sobre a aceitação ou negação da suplementação dos dispositivos do processo comum.

Cumprê ressaltar que, a IN 39 foi omissa, ainda, sobre algumas espécies de provas analisadas no bojo desta pesquisa, não aclarando seu posicionamento da viabilidade de suplementação das normas processuais do NCPC, portanto, permitindo com que as partes interessadas dentro do processo venham a suscitar a possibilidade de

suplementação. Como bem visto na introdução da IN 39, ela está aberta a constantes modificações, se necessário, através de discussões sobre os reflexos, que venham a surgir dentro do cotidiano forense.

Levando-se em conta o que foi observado, a Instrução Normativa 39 dirimiu alguns pontos controvertidos e analisados nesta pesquisa, tendo sido publicada de forma célere, e tornando clara que a discussão sobre a suplementação do NCPC no processo do trabalho é de fato relevante, e que necessita de análise sobre os efeitos que geram, diariamente, na jurisdição trabalhista.

Tendo em vista que, a IN 39 não tenha abarcado todas as espécies de provas, há viabilidade de suplementação do NCPC sobre todos os pontos omissos no que tange as provas, e deverá o magistrado diante de tal pedido de suplementação analisar de forma coerente a sua aplicação, e modificação dos atos processuais se concluir seguro e viável.

Pela observação dos aspectos analisados, conclui-se que a requisição de suplementação é um instrumento viável dentro do processo do trabalho, e que para os pontos que não foram aduzidos pela IN 39, terão entendimentos diferentes, conforme a decisão de cada magistrado e, em comarcas distintas. Por este motivo não há segurança, ainda, de qual o entendimento sobre quais os efeitos sobre as modalidades de provas trabalhadas nesta pesquisa, quando suscitado uma norma processual comum para suplementar uma omissão advinda da CLT.

### Referências

- ALMEIDA, A. P. *Curso prático de processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALMEIDA, I. *Curso prático de processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso: RO 0117000-25.2003.5.24.0001*. 2004. Disponível em: <[http://www.trt24.jus.br/www\\_trtms/](http://www.trt24.jus.br/www_trtms/)>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso: RO: 20010179881*. Data de julgamento: 16/10/2001. 2016. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/consultas/acordaos/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso: 00511.2006.004.23.00-5*. Data do julgamento: 2006. Disponível em: <<http://portal.trt23.jus.br/ecmdemo/public/trt23>>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 22 nov. 2016.
- BUENO, C.S. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAHALI, Y. S. *Código organizado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LAMARCA, A. *Processo do trabalho comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CAIRO JUNIOR, J. *Curso de direito processual do trabalho*. Salvador: Jus Podiom, 2016.

MIRANDA, P. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, A.M. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PLÁ, R. A. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

RUBIN, F. *Novo código de processo civil anotado: v.1*. Porto Alegre: OAB, 2015.

TEIXEIRA FILHO, M. A. *A prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

THEODORO JUNIOR, H. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, L.R. WAMBIER, T.A.A. *Novo código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.