

# DIRETRIZES PARA IDENTIFICAÇÃO DA DENSIDADE DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO DO TRABALHO

## GUIDELINES FOR THE IDENTIFICATION OF THE JUDICIAL INSTRUCTORS POWERS IN THE LABOR LAW PROCESS

Jairo Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé\*

**RESUMO:** Este ensaio pretende apresentar diretrizes para aferir a densidade dos poderes instrutórios do juiz do trabalho. Para tanto, analisa os modelos tradicionais de organização do processo: adversarial e inquisitorial. Além disso, apresenta notas sobre o poder instrutório do juiz no direito comparado. Ademais, investiga a fase atual da doutrina brasileira acerca do poder instrutório do juiz no processo civil. O trabalho parte da premissa de que não existirão processos com grau zero de dispositividade ou de inquisitividade, embora concorde com a predominância de aspectos inquisitoriais no processo do trabalho em matéria de produção de prova.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Instrutório do Juiz. Diretrizes para Identificação. Processo do Trabalho.

*ABSTRACT:* This essay intends to present guidelines to identify the labor judge's investigative powers. For this, it analyzes the traditional models of organization of the process: adversarial and inquisitorial. It also presents notes on the instructional power of the judge in comparative law. In addition, it investigates the current phase of Brazilian doctrine regarding the instructional power of the judge in the civil process. In addition, the work starts from the premise that there will be no zero degree or an absolute degree of instructional power, although it agrees with the predominance of inquisitorial aspects in the labor law process in the production of evidence.

*KEYWORDS:* Judicial Power of the Judge. Guidelines for Identification. Labor Law Process.

### 1 – Introdução: objetivo do artigo e metodologia utilizada

O presente artigo busca examinar o papel do juiz na atividade probatória no âmbito do processo do trabalho, ou seja, analisar os poderes probatórios atribuídos ao sujeito processual que tem a tarefa de decidir o conflito submetido à Justiça do Trabalho.

---

\* Advogado; mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito; graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia, tendo recebido o diploma de honra ao mérito (lâurea acadêmica); professor de Direito Processual do Trabalho do Brasil Jurídico – Ensino de Alta Performance; colunista do jornal “A Tarde”.

A limitação metodológica deste artigo não permite uma abordagem de fôlego dos inúmeros assuntos que podem ser abordados sobre a temática “provas”. Assim, o presente texto focará em analisar a densidade do poder instrutório do juiz do trabalho, tendo como inspiração a análise feita por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. acerca da predominância dos aspectos inquisitoriais no processo coletivo<sup>1</sup>. A análise feita pelos referidos autores inspirou esta investigação. No entanto, aquela se destina ao processo coletivo, ao passo que esta ao processo do trabalho.

### 2 – Modelos tradicionais de organização do processo: *adversarial* e *inquisitorial*

A organização do processo pressupõe a distribuição das funções que devem ser exercidas pelos sujeitos processuais. Historicamente, a doutrina costuma apontar dois modelos de organização do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*.

A despeito da discussão em torno da caracterização desses dois “modelos” de organização do processo, bem como da terminologia<sup>2</sup>, essa dicotomia continua sendo muito utilizada e serve, no mínimo, para fins didáticos<sup>3</sup>.

Jolowicz refere que o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir<sup>4</sup>. Nesse sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes, por isso diz-se que prepondera o princípio dispositivo.

O modelo *inquisitorial*, por sua vez, organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. Nesse sistema, Mirjan Damaka pontua que cabe ao órgão judicial o protagonismo, prevalecendo o chamado princípio inquisitivo<sup>5</sup>.

---

1 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.

2 DAMAKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 3 e segs; CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 110, p. 122, 2003.

3 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 136-137.

4 JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 177.

5 DAMAKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 3.

## 2.1 – Princípio dispositivo X princípio inquisitivo. Atribuição de poderes ao juiz

Como destaca Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, princípio, nesse contexto, é termo utilizado no sentido de “fundamento, orientação preponderante”, e não de “espécie normativa”. Assim, o respeito ao princípio dispositivo ocorre quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo. Tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será<sup>6</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria explicam que essa dicotomia (inquisitivo X dispositivo) está relacionada à atribuição de poderes ao juiz. Haverá manifestação de “inquisitividade” sempre que o legislador atribuir poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes. Haverá “dispositividade”, por sua vez, sempre que o legislador deixar ao alvedrio das partes a opção<sup>7</sup>.

## 2.2 – Princípio dispositivo X princípio inquisitivo. Distribuição das funções probatórias entre partes e juiz

Da mesma forma, a distribuição das funções probatórias entre as partes e o juiz costuma se basear nessa compreensão dos modelos de organização do processo.

Nos sistemas informados pelo princípio dispositivo, a iniciativa probatória cabe às partes, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações. O sistema adversarial é tradicional nos países anglo-saxônicos (*Common Law*).

Nos sistemas informados pelo princípio inquisitivo, são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial. O sistema inquisitorial é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*Civil Law*).

## 3 – Notas sobre o poder instrutório do juiz no direito comparado

Vale alertar que não se pretende realizar estudo de direito comparado neste breve artigo. Isso demandaria um conhecimento especializado sobre a disciplina Direito Comparado, que o autor ainda não tem<sup>8</sup>.

---

6 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

7 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

8 Direito comparado é uma disciplina jurídica que examina as diferenças e semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes jurisdições (incluindo suas legislações, jurisprudências e doutrinas). Existem diversos livros que se dedicam a seu estudo, tais como: SERRANO, Pablo Jiménez. *Curso de*

### 3.1 – Inglaterra

Na Inglaterra, a tradição foi no sentido de que o juiz nunca dispusesse de provas por sua iniciativa. No entanto, em 1998, ocorreu uma transformação radical no sistema inglês, para atribuir ao juiz extensos poderes de direção do processo. Todavia, no âmbito probatório, as mudanças não foram tão extremas. Não há nenhuma norma que permita a coleta de prova de ofício pelo magistrado. Existem outras normas que permitem que o julgador determine quais são os fatos probandos, o meio de prova adequado, o modo como deve ser produzido em juízo, nomeie expert para colaborar no esclarecimento dos fatos, dentre outros.

Com isso, o juiz inglês passa a ter diversos poderes probatórios, que o aproximam da figura do juiz inquisidor dos sistemas continentais<sup>9</sup>.

### 3.2 – Estados Unidos

No direito ianque, também se observa esse movimento de extensão dos poderes probatórios do juiz. Michele Taruffo aponta exemplos claros disso, tais como o poder que dispõe o juiz, de ofício, de: *i)* determinar a produção de prova testemunhal não requerida pelas partes; *ii)* interrogar testemunhas trazidas pelas partes; e *iii)* determinar a realização de consultas técnicas, nomeando o expert<sup>10</sup>.

## 4 – Notas sobre análise histórica do poder instrutório do juiz no processo civil brasileiro<sup>11</sup>

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria apontam que toda a discussão sobre a existência e a extensão dos poderes instrutórios do juiz no ordenamento jurídico brasileiro sempre girou em torno desses modelos de organização do processo<sup>12</sup>.

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, ao longo da história, conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a

*direito comparado*. São Paulo: Jurismestre; JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de direito comparado*. São Paulo; TAVARES, Ana Lucia Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, p. 69-87, jul./dez. 2006.

9 TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*, Buenos Aires, ano IV, n. 10, p. 321-322, 2007.

10 TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*, Buenos Aires, ano IV, n. 10, p. 319-320, 2007.

11 Também cabe alertar que não se pretende realizar análise histórica aprofundada acerca do poder instrutório do juiz, mas tão somente realçar que, ao longo da história, nosso ordenamento jurídico conferiu amplos poderes instrutórios ao juiz, independentemente da relação jurídica debatida no processo.

12 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

natureza da relação jurídica debatida no processo, seguindo o rumo observado nos países latino-americanos, de adoção do sistema inquisitorial.

Trata-se de opção política antiga no Brasil. José Roberto dos Santos Bedaque lembra que Manoel Aureliano Gusmão, em 1922, defendia a possibilidade de produção probatória por iniciativa do órgão jurisdicional, argumentando que o juiz não pode ser uma máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria.

Em 1916, comentando o Código de Processo do Estado da Bahia, Eduardo Espínola sustentava que o juiz dirige todo o processo como um homem que vive no meio social em que a questão se afita, podendo exigir das partes e até de terceiros os elementos probatórios que lhe pareçam necessários para chegar à decisão<sup>13</sup>.

### **5 – Premissas para a análise da atual conjuntura da iniciativa oficial no processo civil brasileiro: o garantismo processual e o modelo cooperativo de processo**

O filósofo italiano Luigi Ferrajoli criou a teoria do garantismo, fundada com o objetivo de proteger o cidadão dos abusos do Estado<sup>14</sup>. Surgiu, então, a doutrina do garantismo processual, para proteger o jurisdicionado dos abusos do Estado-juiz pelo aumento dos poderes do magistrado.

Há inúmeros defensores desta concepção, como Juan Montero Aroca<sup>15</sup> (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal), Franco Cipriani (Itália) e Hugo Caveró<sup>16</sup> (Peru). Barbosa Moreira já denominou o garantismo processual no Brasil de “neoprivatismo processual”<sup>17</sup>.

Em paralelo, começa a ganhar força o entendimento de que, além dos dois modelos clássicos de estruturação do processo (*adversarial* e *inquisitorial*), existe um terceiro modelo: o processo *cooperativo*. Este modelo é baseado no princípio da cooperação.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ensina que este modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do

13 ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia anotado*. Salvador: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916. v. 1. p. 412-413.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria geral do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 683-766.

15 AROCA, Juan M. (Org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

16 CAVERO, Hugo. El garantismo model professor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Communitas, n. 14, p. 18-20, 2009.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Leituras complementares de Processo civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 309-320.

órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes<sup>18</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria pontuam que a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo), como também não ocorre uma condução inquisitorial do processo pelo órgão julgador em posição assimétrica em relação às partes. A condução cooperativa do processo pressupõe inexistência de destaque para qualquer dos sujeitos processuais – ou com destaque para *todos* eles<sup>19</sup>.

Fredie Didier Jr. aponta três divisões dos deveres de cooperação das partes entre si e com o juiz: os deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção. O *dever de esclarecimento*, na medida em que os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, do CPC). O *dever de lealdade*, na medida em que as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, do CPC). O *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879 a 881 do CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, do CPC)<sup>20</sup>.

Maria Carolina Beraldo segue o mesmo entendimento, sustentando que as partes também devem cooperar entre si e com o juiz, de forma que a atividade processual seja permeada por efetiva honestidade. A autora defende que a exigência de cooperação se estende tanto às partes, em seu relacionamento entre si, quanto ao juiz, em seu relacionamento com as partes<sup>21-22</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já reconheceu que há dever de cooperação mútua das partes na fase de cumprimento da sentença, diante de uma visão “solidarista” do processo, em respeito à autoridade das decisões judiciais<sup>23</sup>.

18 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 139-140.

19 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 96.

20 DIDIER Jr., Fredie. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, v. 198, p. 221, ago. 2011.

21 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 198, p. 458, ago. 2011.

22 Existe posicionamento contrário. Sarlet, Marinoni e Mitidiero entendem que a *colaboração do processo é a colaboração do juiz para com as partes, não se trata de colaboração entre as partes. Eles defendem que as partes não colaboram e não devem colaborar entre si, porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio*. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 740.

23 STJ, REsp 1.274.466/SC, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 14.05.2014.

Esses pilares do processo civil – garantismo processual e modelo cooperativo de estruturação do processo – exigem revisitação do tema relativo aos poderes instrutórios do magistrado.

### **6 – Fase atual da doutrina brasileira acerca do poder instrutório do juiz no processo civil**

Robson Renault Godinho destaca que os poderes instrutórios do juiz assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema<sup>24</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria destacam que a valorização do modelo *inquisitorial* terminou por inflar exageradamente a função do juiz no processo. As partes e a autonomia privada tiveram seus papéis diminuídos ou até aniquilados em alguns casos, abrindo margem a um protagonismo judicial<sup>25</sup>.

O art. 370 do CPC dispõe que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. A doutrina confere distintas interpretações a esse texto normativo. Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria sintetizam três formas de análise do art. 370 do CPC<sup>26</sup>.

#### **6.1 – Quem continue afirmando a existência de amplos poderes instrutórios ao juiz, com base no art. 370**

Nem sempre a amplitude da atuação judicial é defendida com base nos mesmos fundamentos.

Roberto Bedaque baseia-se na ideia de que a relação jurídica processual é de natureza pública e, como tal, é interesse do Estado prestar a melhor tutela jurisdicional possível, independentemente da natureza da relação substancial deduzida em juízo<sup>27</sup>.

---

24 GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 235, p. 86-87, 2014.

25 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 100.

26 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 101.

27 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

Alexandre Câmara, por sua vez, defende que a norma que se extrai do art. 370 do CPC está de acordo com o princípio democrático consagrado na Constituição, de modo que, se a atuação do Estado brasileiro há de pautar-se nos fundamentos indicados no art. 1º da Constituição Federal e há de perseguir as metas traçadas no art. 3º, também o juiz, como agente do Estado, através do processo, instrumento de poder, há de fazer o mesmo – e o art. 370 do CPC estaria em consonância com essa diretriz<sup>28</sup>.

No mesmo sentido de Alexandre Câmara, William Ferreira vai além e sustenta que a iniciativa probatória, mais que um *poder*, é um *dever* do juiz<sup>29</sup>.

### 6.2 – Quem entenda que o disposto no art. 370 do CPC é inconstitucional

É difícil encontrar doutrinador ou julgado que suprima qualquer iniciativa probatória do juiz no direito brasileiro<sup>30</sup>. Quem entende que o art. 370 do CPC deve ser considerado inconstitucional, fundamenta que ele fere o devido processo legal e a participação individual das partes no processo.

Sergio Ribeiro entende que o poder instrutório oficioso, embora em nossa legislação seja permitido, não está legitimado na perspectiva da garantia constitucional do devido processo legal, por impor à parte uma providência jurisdicional não requerida, ferindo-lhe a liberdade individual de participação no processo e a sua faculdade de disposição, assumindo o ônus da escolha, de parcela de seu direito derivado da ação ou defesa<sup>31</sup>.

### 6.3 – Quem admita essa iniciativa oficial do juiz, mas que lhe imponha limites

Esta corrente é subdividida em outras três.

---

28 CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 65-78.

29 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 241-245.

30 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 101.

31 RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 639-647.



### **6.3.1 – Atividade instrutória do juiz somente pode ser complementar, nunca substitutiva**

A primeira é composta daqueles que entendem que a atividade instrutória oficial somente pode ser complementar à atividade da parte, jamais substitutiva.

Arruda Alvim defende que o juiz somente pode determinar a realização de prova em caso de insuficiência da prova produzida. Na hipótese de ausência de prova por omissão da parte interessada, o juiz não pode fazê-lo de ofício, caso em que deve julgar conforme as regras do ônus da prova<sup>32</sup>.

### **6.3.2 – Admitem a iniciativa do juiz, mas alertam que ela afasta a imparcialidade**

A segunda é dos que admitem a iniciativa oficial, mas alertam que ela afasta a imparcialidade do juiz, de modo que seria prudente criar um procedimento de competências funcionais escalonadas, segundo o qual, determinada a prova de ofício pelo magistrado (conduta que não seria proibida), deveria ela afastar-se do caso, remetendo os autos para que outro julgador apreciasse o mérito<sup>33</sup>.

### **6.3.3 – Admitem a iniciativa oficial a depender da relação jurídica controvertida e da igualdade substancial das partes**

A terceira diz respeito aos que admitem a iniciativa oficial, mas afirmam que a sua amplitude depende da análise da relação jurídica controvertida e das partes envolvidas.

Essa corrente doutrinária sustenta que haveria maior amplitude do poder instrutório do juiz quando se tratar de direitos indisponíveis. Por outro lado, quando se tratar de direitos disponíveis, o magistrado teria menor ou nenhum poder instrutório.

---

32 ARRUDA, Alvim. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 97-110, especialmente a 104.

33 RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 255-272, especialmente a p. 261.

Além disso, sendo as partes substancialmente iguais, haveria menor ou nenhuma iniciativa oficial. De outro lado, sendo as partes materialmente desiguais, haveria maior amplitude, em favor da parte hipossuficiente<sup>34</sup>.

Flávio Luiz Yarshell, por exemplo, admite a iniciativa oficial, mas sustenta que sua amplitude irá variar a partir da natureza jurídica do direito controvertido (disponível/indisponível) e da igualdade substancial das partes (parte substancialmente iguais/hipossuficiência de uma das partes).

## 7 – Pensamento de Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria

Concordamos com aqueles que dizem que esse dispositivo confere ao juiz, como agente do Estado, importante ferramenta para concretização do ideal de construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, da CF), na medida em que permite que o magistrado, ao decidir, esteja o mais próximo possível da realidade dos fatos<sup>35</sup>. Como aponta Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, isso não viola o devido processo legal; antes, conforma-se a essa garantia, compondo-a. Até porque o jurisdicionado já sabe, de antemão, que o julgador dispõe de poderes instrutórios e não pode dizer-se surpreendido caso eles venham a ser exercidos no caso concreto<sup>36</sup>.

Por outro lado, tratando do processo civil, Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria entendem que a autonomia privada e o modelo cooperativo do processo não devem ser esquecidos na análise da extensão do poder instrutório do juiz. O juiz não é protagonista do processo. Ao menos, não é o único. É preciso reconhecer às partes o papel que lhes cabe desempenhar. É disso que trata a valorização da autonomia privada no processo<sup>37</sup>.

Robson Godinho destaca a necessidade de se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas sim dentro de uma

---

34 YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial). In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 199-206.

35 Por exemplo, CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 65-78; FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova civil*. São Paulo: RT, 2014. p. 241-245.

36 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 103.

37 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 103.

perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites à manifestação de vontade<sup>38</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria apontam que o juiz não deve ser um mero expectador do embate, mas o papel das partes também não deve ser negligenciado. Se o modelo de processo está baseado na cooperação, não deve haver protagonismo durante a tramitação do processo<sup>39</sup>.

William Ferreira realiza uma feliz comparação: o juiz togado, como representante do Estado, diferentemente do árbitro de um jogo de futebol, tem, não somente o dever com o *fair play* processual, mas também com a qualidade do resultado. O processo não é um jogo, mas uma técnica empregada a serviço do melhor julgamento possível do caso concreto, voltado ao alcance de uma decisão justa<sup>40</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria defendem que a melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em princípio, às partes. Ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar. Ou seja, uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Embora a finalidade do processo não seja revelar a verdade, constituiu imposição ética buscá-la, a fim de que a decisão seja a mais justa possível. As regras de ônus da prova, portanto, têm aplicação meramente subsidiária. Em outras palavras, caso esgotadas as atividades probatórias, inclusive a de iniciativa judicial, se for o caso, aí sim o julgamento pode ser feito pela regra do ônus da prova<sup>41</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria sustentam que a atividade instrutória oficial somente poderia ser substitutiva da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica). Esses seriam os casos em que a iniciativa oficial poderia deixar de ser simplesmente complementar, passando a ser substitutiva. Com base nisso, os autores defendem que, em

---

38 GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juizes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 2.

39 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 103.

40 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 241-245.

41 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104.

processos societários (envolvendo duas sociedades empresárias), por exemplo, é praticamente nenhum o poder instrutório do juiz<sup>42</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria ressaltam uma situação. A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária. Por exemplo: as partes podem firmar acordo de não realização de perícia, pois imaginam que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho. Nesse caso, não há inércia, mas vontade manifestada: não se quer a produção de determinado meio de prova. Os autores entendem que, nessas situações, o juiz não pode determinar a produção da prova, pois o negócio jurídico processual, quando válido, não pode ser ignorado pelo juiz<sup>43</sup>. Assim, os autores defendem que a negociação processual pode limitar os poderes instrutórios do juiz. Eles esclarecem que inclusive há previsão expressa no art. 357, § 2º, do CPC. Além disso, o Enunciado nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis permite expressamente a celebração de convenção processual sobre prova<sup>44</sup>.

Além dos requisitos normais de todos os negócios jurídicos (capacidade das partes, licitude do objeto, etc.), é preciso haver a observância do art. 370, parágrafo único, do CPC. Ou seja, caso o negócio jurídico processual crie diligência inútil ou protelatória, o juiz não deve homologar o referido negócio processual.

### 8 – Poderes instrutórios do juiz no processo do trabalho

Na edição inaugural do livro *Instituições de Direito do Trabalho*, datada de 1943, os autores do Projeto de CLT, Arnaldo Sussekind, Dorval de Lacerda e Segadas Viana já indicavam que as controvérsias individuais trabalhistas não deveriam ser processadas como o direito comum (civil). Os referidos autores ensinavam que há uma evidente diferenciação na natureza do litígio, o que

---

42 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104.

43 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104-105.

44 Enunciado nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”.

justifica o maior poder do juiz, tanto na direção do processo como na produção de provas de ofício<sup>45</sup>.

Os citados autores afirmam que tal circunstância não implica em eliminar a vontade das partes do quadro das relações jurídicas. Atende, apenas, ao propósito de equilibrar a posição das partes, fazendo atuar a finalidade social que visa atenuar as desigualdades que a vida impõe às partes de nível econômico diverso. Se as partes constituem forças dessemelhantes, torna-se imprescindível a instituição de um privilégio, para que o fraco seja nivelado ao forte na disputa do seu direito<sup>46</sup>.

Nessa linha, Júlio César Bebber defende que, no Estado Constitucional e, sobretudo, em sociedades desiguais, não cabe aos juízes atuar como meros homologadores de condutas dos particulares ou atuar no vácuo destas. Além disso, o autor traz o conceito de jurisdição de Cândido Dinamarco, para argumentar que se a jurisdição é uma função pública, voltada a escopos associados ao interesse da sociedade (escopos sociais, políticos e jurídicos)<sup>47</sup>, o processo não é coisa das partes<sup>48</sup>.

Júlio César Bebber entende que a posição ativa do juiz não revela comportamento parcial. Ao contrário, a passividade do juiz, além de revelar sua parcialidade, atestará uma gélida indiferença com o valor justiça e com os escopos do processo<sup>49</sup>.

Júlio César Bebber conclui afirmando que o processo do trabalho tem como um de seus pilares o amplo poder instrutório do juiz, cabendo ao juiz do trabalho, portanto, realizar o controle de admissibilidade (constitucionalidade e legalidade), necessidade, pertinência e relevância (utilidade) da prova, sendo-

---

45 SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943. p. 611-612.

46 SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943. p. 611-612.

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 53.

48 BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 297-322; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

49 BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 297-322; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

lhe lícito determinar de ofício a realização das provas que julgar indispensáveis ao seu convencimento<sup>50</sup>.

### 8.1 – Fundamentos normativos oferecidos pela CLT

Passados mais de setenta e cinco anos da publicação da CLT, o art. 765, que permanece intocável, dispõe que:

“Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

Além disso, o art. 852-D da CLT, acrescentado pela Lei nº 9.957, de 2000, refere que:

“Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Um dispositivo da CLT dispõe, portanto, que os juízes podem “determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento” das causas e o outro estabelece que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”.

Diante dessas duas passagens normativas, os estudiosos da seara trabalhista se limitam a dizer que a iniciativa oficial do magistrado é ampla e irrestrita em quaisquer casos. Esse entendimento, a nosso ver, parece inadequado e superficial.

### 8.2 – Predominância de aspectos inquisitoriais no processo do trabalho em matéria de produção de prova

Como declinado na introdução, o escopo que move o presente texto é analisar a densidade do poder instrutório do juiz do trabalho, tendo como inspiração a análise feita por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. acerca da

---

50 BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 297-322; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

predominância dos aspectos inquisitoriais no processo coletivo<sup>51</sup>. A análise feita pelos referidos autores serve como base para a investigação ora formulada. No entanto, aquela se destina ao processo coletivo, ao passo que esta ao processo do trabalho.

A pretensão não é estabelecer uma verdade absoluta acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo do trabalho, mas tão somente lançar algumas considerações que podem aperfeiçoar a compreensão do assunto.

O processo trabalhista, como tendência, reforça a inquisitividade em razão: a) do direito material envolvido; b) das partes envolvidas no litígio (na maioria das vezes, envolve o trabalhador hipossuficiente econômico; e c) do menor espaço para a negociação processual e disponibilidade do direito material (na maioria das vezes, são direitos indisponíveis).

Assim, seja em função dos sujeitos tutelados (via de regra, trabalhadores economicamente hipossuficientes), seja em função da natureza jurídica do direito controvertido (direitos indisponíveis), permite-se uma conduta mais dirigente e decisiva do juiz em matéria trabalhista do que nos processos cíveis. Mas essas características não são inerentes a todo e qualquer processo que tramite na Justiça do Trabalho.

Essa calibração da divisão das tarefas no processo do trabalho decorre das previsões legislativas acima transcritas (art. 765 e art. 852-D, ambos da CLT) e ocorre em conformidade com o princípio da adequação, corolário do devido processo legal.

Essa participação mais proativa e incisiva do juiz do trabalho efetivamente é válida na maioria das situações, mas não em todas. Até porque não é em todo processo do trabalho que uma das partes é vulnerável economicamente e, ainda, nem sempre se discute situações jurídicas que envolvam direitos indisponíveis. Essas características não são inerentes a todo e qualquer processo que tramite na Justiça do Trabalho.

Baseando-se em Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, entendemos que uma metáfora matemática pode ajudar a compreender o equilíbrio dinâmico entre os princípios inquisitivo e dispositivo no processo do trabalho: a função racional<sup>52</sup>. Eis nossa sugestão.

---

51 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.

52 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.

## DOCTRINA

O processo do trabalho é tendencialmente inquisitivo quando analisado a partir de uma função que explique a atividade do juiz como controlada pelo direito material e pelo direito processual envolvidos na espécie em discussão. Assim, quanto maior a participação efetiva das partes, tanto menor a inquisitividade (função decrescente); tanto maior a vulnerabilidade, tanto maior a inquisitividade (função crescente); tanto maior a indisponibilidade dos direitos, tanto maior a inquisitividade. Trata-se de uma função racional tendente a zero sem jamais chegar a zero, sem jamais eliminar um grau mínimo de dispositividade ou de inquisitividade.

Assim, adotam-se critérios que, mantidas as demais variáveis, permitem dizer que, do ponto de vista do direito material, será possível uma maior intervenção do Poder Judiciário: a) em relação à titularidade do direito discutido: se o titular do direito discutido for vulnerável; b) em relação à natureza da situação jurídica discutida: a participação será menor nos casos de pretensão de natureza patrimonial, e maior em relação aos direitos-dever (competência ou função) ou direitos de natureza não patrimonial (saúde, higiene e segurança do trabalhador, vida íntima, assédio moral e sexual, etc.); e c) em relação aos graus de disponibilidade do direito discutido (indisponível, disponível e negociável): para processos que discutam direitos disponíveis, a participação do juiz deve ser a menor possível.

Ademais, quando se tratar de atividade devida pela parte no exercício de um poder que lhe é outorgado em benefício de outrem (poder familiar em benefício dos filhos), maior poderá ser a inquisitividade do juiz. Um exemplo é quando a reclamação trabalhista será movida por menor de 18 anos. Ele precisará ser representado por seus representantes legais e, na falta destes, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou curador nomeado em juízo, à luz do art. 793 da CLT<sup>53</sup>. Nesse caso, a intervenção do juiz para determinar o exercício destas funções é não só admitida como também desejável pelo ordenamento jurídico.

Quanto aos aspectos processuais, podemos mencionar algumas diretrizes para calibrar a participação do juiz: a) a existência de legitimação extraordinária (caso em que a parte está representada pelo Ministério Público do Trabalho), considerando-se a dificuldade de participação do grupo, permite uma maior amplitude do controle da adequada representação em concreto pelo juiz, a designação de audiências públicas e a admissão de intervenções de *amicus curiae*

---

53 CLT: “Art. 793. A reclamação trabalhista do menor de 18 anos será feita por seus representantes legais e, na falta destes, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou curador nomeado em juízo”.



(art. 138 do CPC, observe-se que o artigo determina o controle da adequada representação do interveniente, pois o juiz somente poderá admitir a intervenção de entidade ou pessoa com “representatividade adequada”), bem como, nos casos de legitimação concorrente a sucessão processual, como forma de suprir a ilegitimidade, evitando a extinção do processo; b) a negociação processual (art. 190 do CPC), cujo controle jurisdicional ocorrerá somente nos casos de nulidade, simulação, fraude à lei, inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão ou quando o sujeito estiver em manifesta situação de vulnerabilidade.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa (IN) nº 39, dispondo que a negociação processual, prevista no art. 190 do CPC, não se aplica ao processo do trabalho<sup>54</sup>. Em tese, a negociação processual não será cabível nos processos trabalhistas. No entanto, como veremos em tópico futuro, existem exemplos de negócios jurídicos processuais celebrados diariamente no processo do trabalho. Nesses casos, tanto maior a possibilidade de negociação processual, tanto menor será o poder de inquisitividade.

É preciso, portanto, construir um modelo de processo do trabalho que calibre a participação do juiz tendo em vista as variáveis apontadas. Nem sempre um processo trabalhista tem alta dose de inquisitividade, como a doutrina costuma dizer.

Não se pode considerar adequado um processo trabalhista com regras únicas quanto à distribuição das funções entre partes e juiz, como se uma ação trabalhista para resolver problemas relativos a verbas rescisórias de um trabalhador hipossuficiente pudesse ter o mesmo regramento de uma ação trabalhista movida pelo Ministério Público do Trabalho em face de uma grande empresa.

Há uma preocupação com a volta do pêndulo, entre a exigência de liberdade para as partes e a imposição de poderes quase ilimitados para o juiz. A função entre dispositividade e inquisitividade do processo não pode jamais tocar o zero em nenhum dos eixos variáveis. Trata-se de uma proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não existirão processos com grau zero dispositividade ou de inquisitividade. Não há processo sem nenhuma dispositividade, nem há processo sem nenhuma inquisitividade<sup>55</sup>.

---

54 IN nº 39 do TST: “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: (...) II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual) (...)”.

55 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-129.

### 8.3 – Critérios para aferir a densidade do poder instrutório do juiz

O juiz tem poderes, mas esse poder será exercido a depender de circunstâncias que o justifiquem. Ou seja, partimos da premissa de que não existe processo com zero poder do juiz, muito menos processo com absolutos e irrestritos poderes de ofício. Posta tal premissa, podemos sistematizar os parâmetros.

Quanto aos aspectos materiais, mencionamos os seguintes critérios para aferir a densidade da participação do juiz:

Primeiro. Em relação à titularidade do direito discutido: se o titular do direito discutido for vulnerável.

Segundo. Em relação à natureza da situação jurídica discutida: a participação será menor nos casos de pretensão de natureza patrimonial, e maior em relação aos direitos-dever (competência ou função) ou direitos de natureza não patrimonial.

Terceiro. Em relação aos graus de disponibilidade do direito discutido (indisponível, disponível e negociável): para processos que discutam direitos disponíveis, a participação do juiz deve ser a menor possível.

Quarto. Em relação à complexidade do litígio: para litígios mais complexos (envolvendo dano moral coletivo para toda uma categoria), a participação do juiz é mais necessária; para litígios que envolvem um interesse de apenas uma pessoa ou grupo (exemplo: trabalhador hipersuficiente, antigo CEO do empregador litigando com uma grande empresa), em razão da maior homogeneidade dos interesses envolvidos, a participação do juiz tende a ser menor.

Nesse ponto, cabe propor outra interessante reflexão, que será objeto de futuro trabalho acadêmico, mas que já vale mencionar neste breve ensaio: a necessidade de formular uma tipologia dos litígios trabalhistas, inspirando-se na proposta de Edilson Vitorelli, que elaborou a tipologia dos litígios transindividuais: litígios de difusão global, litígios de difusão local e litígios de difusão irradiada<sup>56</sup>.

Dentro da seara trabalhista, é possível pensar em litígios clássicos (que envolvem trabalhador hipossuficiente e empregador), litígios que envolvem entes coletivos (seja entre Sindicatos, seja entre Sindicatos e empregadores, seja entre Sindicatos e trabalhadores), litígios que envolvam partes juridicamente

---

56 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016.

não subordinadas (Ministério Público do Trabalho, empregado hipersuficiente, etc.) e outros litígios que ainda estão sendo objeto de reflexão.

A elaboração da tipologia dos litígios trabalhistas seria muito benéfica, pois, ao verificar o tipo de litígio, acarretaria significativas consequências em inúmeros institutos do processo: participação do juiz, legitimidade para propositura da ação, competência para processar e julgar a causa, representação adequada dos titulares dos direitos, etc.

Quanto aos aspectos processuais, podem ser mencionadas algumas diretrizes para o aumento da participação do juiz.

Primeiro. A existência de legitimação extraordinária, considerando-se a dificuldade de participação do grupo, permite uma maior amplitude do controle da adequada representação em concreto pelo juiz, a designação de audiências públicas e a admissão de intervenções de *amicus curiae* (art. 138 do CPC). Saber se o processo está sendo conduzido por substituto processual é importante. Quando o processo é conduzido pela própria parte (processos entre empregado e empregador; processos que envolvem dois Sindicatos litigando entre si para verificar qual o representante da categoria), a participação do juiz é menor. Quando o processo é conduzido por substituto processual (Sindicato representando a categoria, Ministério Público do Trabalho defendendo interesses alheios, da sociedade ou de categoria profissional, pais representando os filhos menores de 18 anos, etc.), a participação judicial é maior.

Segundo. A negociação processual (art. 190 do CPC e Resolução CNMP nº 118), cujo controle jurisdicional ocorrerá somente nos casos de nulidade, simulação, fraude à lei, inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão ou quando o sujeito estiver em manifesta situação de vulnerabilidade. Assim, como defendemos que a negociação processual será cabível nos processos trabalhistas conduzidos pelos Sindicatos ou por membros do Ministério Público, tanto maior a possibilidade de negociação processual, tanto menor será o poder de inquisitividade.

### **8.4 – Negócios jurídicos processuais**

Como mencionado, O TST dispôs com a IN nº 39 que a negociação processual, prevista no art. 190 do CPC, não se aplica ao processo do trabalho. No entanto, demonstraremos exemplos de negócios jurídicos processuais celebrados diariamente no processo do trabalho.

Logicamente, assim como no processo cível, o juiz do trabalho também poderá controlar a validade do negócio jurídico processual.

Mas a negativa geral não faz sentido, até porque, para além das relações de emprego, a Justiça do Trabalho também é competente para julgar demandas ajuizadas por Sindicatos em face de outros Sindicatos.

Também com relação ao MPT, que tem legitimidade para ajuizar ações em face de empresas, inclusive ação civil pública pleiteando dano moral coletivo. Nesse caso, as partes se equivalem, de modo que os direitos admitem autocomposição, as partes são plenamente capazes e todos os requisitos são preenchidos. Não havendo qualquer problema de as partes negociarem ônus, poderes, deveres, faculdades relacionadas ao processo. A ideia do CPC foi dar poder às partes, dando a elas o autorregramento da sua validade, cabendo ao juiz controlar a validade *a posteriori* dessa negociação.

Até mesmo demandas que tratem de relação de emprego, quando as demandas forem ajuizadas por altos empregados, como o hipersuficiente econômico trazido pela Reforma Trabalhista (aquele empregado que é portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social)<sup>57</sup> ou quando representados por grandes advogados.

Mesmo quando for empregado hipossuficiente, é possível que o negócio jurídico processual seja favorável ao empregado, estabeleça premissas benéficas a respeito de escolha do perito, aumento do depósito recursal, escolher a sentença como decisão irrecorrível, etc.

Para exemplificar, citamos quatro negócios jurídicos processuais que são diariamente realizados na Justiça do Trabalho.

Primeiro: negócio jurídico para a perícia a ser realizada no INSS vincular o processo trabalhista. Trata-se de negócio jurídico praticamente aceito por todas as partes, por motivos óbvios: acelerar o andamento do processo trabalhista e reduzir custos (não precisar realizar outra perícia no âmbito trabalhista, o que evita pagamento de honorários periciais).

Segundo: acordo processual de que cada parte irá ouvir apenas uma ou duas testemunhas. O limite máximo no rito ordinário é três para cada parte. Esse pacto também costuma ser aceito pelas partes, pois acelera o processo.

---

57 CLT: “Art. 444. (...) Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

## DOCTRINA

Terceiro: quando a testemunha não comparece na audiência, os juízes costumam propor um negócio jurídico processual para as partes: eles perguntam se as partes preferem adiar a audiência para poder ouvir a testemunha (o que costuma atrasar o processo) ou continuar a audiência e conseqüentemente encerrar a instrução (nessa hipótese, as partes correm o risco de o Tribunal Regional do Trabalho anular o processo por nulidade, em razão do cerceamento do direito de defesa). As partes costumam decidir o que preferem. Só não pode agir de forma contraditória: pactuar algo (que deve ficar registrado em ata de audiência) e depois postular em sentido contrário.

Quarto: a regra é que o depoimento testemunhal seja realizado oralmente. Todavia, em alguns casos, os sujeitos processuais (partes, juiz, testemunhas) pactuam que o depoimento testemunhal será apresentado por escrito.

Assim, mesmo teoricamente seja vedada a aplicação dos negócios jurídicos processuais no âmbito laboral, a prática revela o seu uso diário e consensualmente aceito. Desse modo, defendemos ser necessário estudar dogmaticamente, de forma aprofundada, os critérios a serem utilizados na negociação processual trabalhista, justamente para conferir maior segurança à prática negocial. A teoria não pode se calar diante da prática. De logo, cabe antecipar que, nos casos de negociação processual na seara laboral, tanto maior a possibilidade de negociação processual, tanto menor será o poder de inquisitividade.

### 9 – Conclusões

Como enunciado desde a introdução, o presente artigo pretendeu apresentar critérios para aferir a densidade dos poderes instrutórios do juiz do trabalho. Para tanto, analisou os modelos tradicionais de organização do processo: adversarial e inquisitorial, inclusive traçando notas sobre o poder instrutório do juiz no direito comparado (Inglaterra e Estados Unidos) e sobre análise histórica do assunto no processo civil brasileiro.

Além disso, investigou o atual estágio do pensamento da doutrina brasileira acerca do poder instrutório do juiz no processo civil. O trabalho parte da premissa de que não existirão processos com grau zero de dispositividade ou de inquisitividade, embora concorde com a predominância de aspectos inquisitoriais no processo do trabalho em matéria de produção de prova. As diretrizes alcançadas neste ensaio acerca do poder instrutório do juiz no processo laboral, sem prejuízo de outras ilações, são:

Quanto aos aspectos materiais: em relação à titularidade do direito discutido, à natureza da situação jurídica discutida, aos graus de disponibilidade

do direito discutido (indisponível, disponível e negociável) e à complexidade do litígio. Sobre esse último aspecto, colocou-se a proposta de investigar a elaboração de tipologia de litígios trabalhistas, que seria útil para examinar as consequências em inúmeros institutos do processo: participação do juiz, legitimidade para propositura da ação, competência para processar e julgar a causa, representação adequada dos titulares dos direitos, etc.

Quanto aos aspectos processuais: a existência de legitimação extraordinária, considerando-se a dificuldade de participação do grupo; e a negociação processual.

### 10 – Referências bibliográficas

AROCA, Juan M. (Org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ARRUDA, Alvim. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BEBBER, Júlio César. Provas no novo CPC e o processo do trabalho. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estêvão (Coord.). *Repercussões do Novo CPC no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 198, p. 458, ago. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAVERO, Hugo. El garantis model professor James Goldschmidt: vigência de un pensamiento viejo y bueno, o vigência del pensamiento de un viejo bueno. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Communitas, n. 14, p. 18-20, 2009.

CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 110, p. 122, 2003.

DAMAKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_; ZANETTI, Hermes Jr. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

## DOCTRINA

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia anotado*. Salvador: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014.

GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JOLOWICZ, J. A. Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Leituras complementares de Processo civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.

TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*, Buenos Aires, ano IV, n. 10, p. 319-320, 2007.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial). In: DIDIER Jr., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

Recebido em: 17/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019