



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

**gd-cacm-15**

**PROCESSO nº 0000890-86.2017.5.17.0181 RO**

**RECORRENTE: JOSE ANJOS DOS SANTOS**

**RECORRIDO: IVETE GOMES DE LIMA FAGUNDES**

**RELATOR: DESEMBARGADOR CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES**

**EMENTA**

**1) PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - AÇÃO AJUIZADA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017.** O processo é um direito fundamental, inclusive porque a Constituição assegura o acesso ao Judiciário em vários dispositivos, tais como no artigo 5º, LXXIV, que regula a assistência jurídica, e no artigo 5º, XXXV, que regula a inafastabilidade da jurisdição, entre outros. A Lei 13.467/2017 impôs alterações para a concessão deste benefício, já que o § 4º do novel artigo 790, da CLT, prevê que o benefício será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais, trazendo claro prejuízo ao litigante, que ajuizou ação trabalhista antes da vigência da Lei 13.467/2017 (quando a concessão do benefício estava submetido a uma simples declaração de hipossuficiência econômica), com a aplicação do novo conteúdo do artigo 790, §§ 3º e 4º, da CLT, trazido pela Lei 13.467/2017, artigo cuja constitucionalidade é discutível "por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado"(artigo 5º, LXXIV, da CF/88), conforme destacado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em 09 e 10 de outubro de 2017, em Brasília/DF. *"Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação" que propunha regras para a concessão dos benefícios da justiça gratuita mais elásticos, "fossem surpreendidos", com a aplicação da nova redação do artigo 790, da CLT. "Tal conduta implicaria em afronta ao disposto no art. 10, CPC/15, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal."* (SILVA, Fabio Lima no artigo Aspectos processuais da Reforma Trabalhista). Assim, inaplicável o conteúdo da nova lei trabalhista ao caso em tela, posto que o presente feito foi ajuizado antes da reforma da CLT e, portanto, até sob pena de mitigação do duplo grau de jurisdição e do acesso à Justiça, não se pode exigir que o reclamante comprove a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo para que seja conhecido seu apelo, nos termos do artigo 790, §4º, da CLT, inclusive sob pena de violação ao conteúdo do novo CPC (artigo 10, CPC), e em face das mitigações da "teoria do isolamento dos atos processuais", previstas no novo Código de Processo Civil, conforme se afere, por exemplo, do *caput* do artigo 1046. **Direito à concessão dos**

**benefícios da justiça gratuita, nos moldes do artigo 790, § 3º, da CLT, em sua redação anterior à Lei 13.467/2017, assegurado e, por conseguinte, conhecido o recurso ordinário obreiro.**

**2) HORAS EXTRAS. CONFISSÃO.** Tendo o próprio autor ,em depoimento pessoal, declarado jornada de trabalho que não extrapola o limite de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, não faz jus à percepção de horas extras, ante a confissão (artigo 389, CPC). **Recurso ordinário desprovido.**

## **1. RELATÓRIO**

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Reclamante em face da r. sentença de Id ed24a19, que julgou improcedentes os pedidos contidos na exordial.

Razões recursais (id 49917a7), pugnando pela concessão da assistência judiciária gratuita para conhecimento do apelo. Postula, ainda, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa e, no mérito, a reforma da decisão de primeiro grau quanto às horas extras.

Não houve recolhimento das custas processuais pelo Reclamante.

Contrarrazões (Id 6bf6d430), pugnando pelo desprovimento do apelo.

O d. Ministério Público do Trabalho não emitiu parecer, ante o teor do Regimento Interno desta Corte.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

**2.1. PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA PARA ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E CONHECIMENTO DO APELO - DO CONHECIMENTO -AÇÃO AJUIZADA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017.**

O Reclamante postula a concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos das Leis 1.060/50 e 7.115/83 e artigo 98 e seguintes do CPC, por não dispor de meios para custear o presente recurso, conforme declaração de hipossuficiência acostada aos autos, o que lhe impossibilita de arcar com o preparo, inclusive por estar desempregado.

Vejam os.

**Primeiramente, destaco que as modificações impostas pela Lei 13.467/2017 não se aplicam à presente ação, ajuizada em 04.10.2017, antes da entrada em vigor da supracitada lei, em 11 de novembro de 2017.**

Conforme bem destacou a Exm<sup>a</sup> Juíza Andrea Carla Zani, quando do julgamento da RT 0001274-89.2017.5.17.0006, *verbis*:

"Quanto à aplicação imediata da nova lei celetista, entendo que as modificações previstas na lei 13.467/2017, não se aplicam ao presente feito, eis que as fases postulatórias e instrutórias aconteceram na vigência da norma anterior.

Vejamos o entendimento do ministro João Orestes Dalazen quando da aplicação da nova lei de terceirização: "A entrada em vigor da nova lei, geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do TST, no que alterou substancialmente a Lei do Trabalho Temporário, não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas".

A aplicação da nova lei celetista não pode ser entendida de forma diferente, caso contrário estaria infringindo os princípios constitucionais previstos no artigo 5º da CFB.

Vejamos o que diz o artigo 5º: caput: igualdade de direitos: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes."

Incisos:

XXXVI, princípios de estabilidade e segurança jurídica: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada";

LV, devido processo legal: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

LXXIV - acesso à justiça: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos";

Quando o autor interpôs a presente ação a nova lei celetista ainda não estava em vigor e deverá ser observado o caráter irretroativo da norma e a teoria do isolamento dos atos processuais. O ato processual individualizado é a grande referência para aplicação da nova lei e o artigo 14 do CPC e o artigo 915 da CLT acolheram os atos processuais isolados, o que leva a concluir que a própria legislação acolheu esta teoria.

Não se pode esquecer também a ADIM 5766, em que a PGR questiona a constitucionalidade de alguns dispositivos da nova lei e que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não foi, ainda, apreciada pela STF.

Ademais, não se pode abruptamente modificar as regras processuais o que causa instabilidade jurídica, eis que não seria possível às partes prever quais as regras processuais estariam em vigor na época da confecção da sentença.

Por todo o exposto, a nova lei não poderá ser aplicada, sob pena de ferir os princípios fundamentais previstos na Lei Magna, prejudicar o direito adquirido processual, a estabilidade e a segurança jurídica e o devido processo legal."

Até o advento da Lei 13.467/2017, a concessão dos benefícios da justiça gratuita era regulada pelo artigo 790, § 3º, da CLT, que assim dispunha:

**3º** É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de

qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

A Lei 13.467/2017 impôs alterações para a concessão deste benefício, já que o § 4º do novel artigo 790, da CLT, prevê que o benefício será concedido à parte que **comprovar** insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais, trazendo claro prejuízo ao litigante, que ajuizou ação trabalhista antes da vigência da Lei 13.467/2017 (quando a concessão do benefício estava submetido a uma simples declaração de hipossuficiência econômica), com a aplicação do novo conteúdo do artigo 790, §§ 3º e 4º, da CLT, trazido pela Lei 13.467/2017, artigo cuja constitucionalidade é discutível "*por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado*" (artigo 5º, LXXIV, da CF/88), conforme destacado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em 09 e 10 de outubro de 2017, em Brasília/DF.

Aliás, como bem destacou Carlos Henrique Bezerra Leite, no capítulo III do Livro Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e Reformas Trabalhista e Previdenciária:

"Essa exigência de comprovação do estado de hipossuficiência econômica constitui violação ao princípio da vedação do retrocesso social e obstáculo ao direito/princípio fundamental do acesso à Justiça (do Trabalho) para o trabalhador, especialmente aqueles mais pobres, analfabetos ou de baixa qualificação profissional." (p. 479).

Vale destacar que o ex-procurador-geral da República Rodrigo Janot entrou com ação no STF para questionar trechos da lei da reforma trabalhista, incluindo os dois temas polêmicos que elevam os custos para os trabalhadores recorrerem à Justiça do Trabalho.

"Com propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho, a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista", escreveu o ex-PGR na **ADI 5766** (Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Cito o que se destacou na obra Resistência : Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista:

"... No caso específico da Lei 13.467/17, as forças de pilhagem de direitos sociais foram além da supressão de direitos na legislação material, avançando também sobre a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, um dos pressupostos de funcionamento e equilíbrio do Estado Democrático de Direito. O fez em diversos pontos...

(...)

O princípio de acesso à justiça, decorrência lógica do monopólio da jurisdição, que está positivado em pelo menos dois momentos, na parte dos direitos fundamentais da Constituição de 1988: no artigo 5º, XXXV e no art. 7º, XXIX, não impediu os autores da "reforma" de esvaziarem completamente a noção de gratuidade da justiça.

Na exposição de motivos do Decreto 1.237, em 02 de maio de 1939, que instituiu a Justiça do Trabalho, elaborado por uma comissão liderada por Oliveira Vianna, lê-se que a "repugnância em reconhecer-se nos tribunais do trabalho instituições judiciárias" decorria

da "sobrevivência deste velho pressuposto liberal - de que os conflitos do trabalho não interessam ao Estado.". Entretanto, a reação "contra a lentidão, a complexidade e o formalismo do processo comum" impunha, segundo os autores do projeto, a necessidade de criação de um processo do trabalho, ditado pela oralidade, pela concentração e pela simplicidade.

Portanto, a aposta na Justiça do Trabalho como ambiente ideal para "harmonizar os interesses em luta", "em defesa da autoridade do Estado, que não pôde ser neutro, nem abstencionista, diante das perturbações colectivas, deixando as forças sociais entregues aos próprios impulsos" e não apenas uma resposta às lutas da classe trabalhadora já organizada, como também efeito da necessidade de organização do próprio capital. E seu pressuposto é justamente a facilitação do acesso à justiça que não tem espaço para deduzir suas pretensões na chamada "justiça comum".

(...)

Pois bem, já nesse Decreto há o reconhecimento de que a função da Justiça do Trabalho e, portanto, do Processo do Trabalho, é viabilizar o acesso à justiça, tendo pois na gratuidade uma de suas características fundamentais.

(...)

**A gratuidade de justiça constitui elemento de cidadania, que inclusive justifica a existência da Justiça do Trabalho. Trata-se de permitir acesso à justiça a quem não tem condições financeiras para isso. Tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, em relação às outras searas do direito, é tornar o trabalhador um cidadão de segunda classe.**

(...)

Além disso, o conceito legal de assistência judiciária gratuita segue sendo aquele estabelecido na Constituição: art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. O mesmo, aliás, previsto na Lei 1.060/50. Abrange todas as despesas do processo.

(...)

O Estado se constitui, especialmente através da Justiça do Trabalho, como o único e último reduto de realização, mesmo que tardia e parcial, dos direitos sociais. É sabido que a democracia traz consigo o ônus da necessidade de estruturas ágeis e capazes de promover o retorno à ordem jurídica democraticamente instaurada. Ou seja, viver em um Estado Democrático de Direito significa ter direitos e deveres, mas também contar com uma estrutura forte que os faça valer, sempre que violados. Do contrário, a própria democracia revela-se como uma farsa. Elegemos nossos representantes, aprovamos as normas jurídicas e concordamos em conceder ao Estado o monopólio da jurisdição. Em contrapartida, podemos (e devemos) exigir do Estado que garanta a realização dessa ordem de coisas, que aja quando nossos direitos forem violados.

A Justiça do Trabalho é o ambiente em que as normas fundamentais de proteção ao trabalho encontram espaço para serem exigidas, para serem respeitadas. Suprimir esse espaço - é disso que se trata e é essa a consequência mediata desse esvaziamento da gratuidade - é retirar dos trabalhadores a possibilidade de exercício de sua cidadania, de exigência do respeito às normas constitucionais. Por isso, as alterações aqui analisadas precisam rejeitadas, aplicando-se, por mais favorável, o que estabelecem a Constituição e o CPC, em relação às regras para a obtenção da assistência judiciária gratuita e sua abrangência." (in SOUTO MAIOR, Jorge Luiz & SEVERO, Valdete Souto (coordenadores). Resistência: Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1ª ed. Revista e atualizada. São Paulo : Expressão Popular, 2017, pp.480 e 501-502).

Conforme discorre José Affonso Dallegrave Neto, "*a lei processual nova não pode surpreender de forma prejudicial*" e leciona que:

"Para solver essa controvérsia, importa invocar uma terceira exceção à regra geral da aplicação imediata. **Trata-se do princípio do não prejuízo aos litigantes pela lei**

**processual nova. Com efeito, a novel legislação somente se aplica às situações em curso, quando para beneficiar as partes, a exemplo da nova contagem em dias úteis prevista no mencionado art. 775 da CLT.**

Ao contrário, quando a lei nova sobrevier para acoimar, punir ou restringir direitos processuais a sua aplicação não poderá afetar situações jurídicas em aberto. Nesse sentido é a dicção da própria CLT ao ressaltar que o encurtamento do prazo prescricional só poderá se iniciar a partir de sua vigência; ou seja, com efeitos *ex nunc*:

Art. 916 - Os prazos de prescrição fixados pela presente Consolidação começarão a correr da data da vigência desta, quando menores do que os previstos pela legislação anterior.

Em igual direção já sinalizou o Supremo Tribunal Federal em vetusto aresto:

"No caso em que a lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso sem se tornar retroativa. Daí, resulta que o prazo novo, que ele estabelece, correrá somente a contar de sua entrada em vigor." (STF, 1ª Turma, RE 51.706, Rel. Min. Luis Gallotti, julgado em 4.4.1963)

Observa-se que a preocupação do STF não se restringe a elidir o prejuízo advindo do encurtamento da prescrição, mas de qualquer prejuízo que venha surpreender o jurisdicionado, conforme se depreende do ajustamento pontual realizado quando do julgamento do Conflito de Competência n. 7.204:

"O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto."

E aqui vale a lembrança das chamadas normas processuais heterotópicas. São aquelas inseridas geralmente em diplomas processuais penais, mas que apresentam conteúdo híbrido, fixando normas incidentes na relação processual, porém com conteúdo material, cujos efeitos se espraiam para além do processo. Não se ignore, a propósito, a atenta observação de Eduardo Couture, de que a natureza processual de uma lei "não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio" (COUTURE, Eduardo J. Interpretação das Leis Processuais. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 4ª, ed., 2001, p. 36. Mais sobre o tema ver: AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. Ed. Método, 3ª Edição, 2011, p. 65.).

A identificação dessas novas regras processuais híbridas ou heterotópicas é decisiva para determinar seus efeitos, *ex tunc* ou *ex nunc*, em relação aos processos em curso. Na esfera penal essa matéria é serena pela aplicação do art. 2º do Código de Processo Penal ("Art. 2º. - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."). Em igual sentido o STF decidiu que, tratando-se "de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º. do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal (leia-se: material) que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal" (STF - ADI 1.719-9 - rel. Joaquim Barbosa - DJU 28.08.2007, p. 01.). Vale dizer: as regras do jogo deverão ser conhecidas desde o início do processo, podendo ser alteradas apenas para beneficiar as partes, jamais para restringir garantias ou criar novos ônus processuais, máxime aqueles que repercutem para além do mundo dos autos. Carlos Maximiliano, acerca do caráter misto destas novas regras, alerta para a correta aplicação do direito intertemporal:

"O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material" (MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.).

(...)

Em suma, a surpresa e o prejuízo são valores vedados na aplicação da lei nova em relação aos feitos pendentes, conforme assinalou Luiz Fux (FUX, Luiz. O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa. Conjur. Opinião publicada em 22.03.16.

F o n t e :

<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridicanormativa>. Esse norte hermenêutico vale também para a questão dos honorários de sucumbência recíproca, previstos no art. 791-A, § 3º, da CLT, da recém-chegada Lei 13.467/17.

(...)

Qualquer tentativa de forçar essa aplicação retroativa às ações ajuizadas sob a égide da lei velha será ilícita, por flagrante ofensa ao regramento de direito intertemporal e aos valores por ela tutelados (segurança jurídica, vedação da aplicação retroativa da lei nova in pejus). Nesse sentido colhem-se as atentas observações de Medina, Wambier e Alvim:

"Muito embora acentuem os processualistas enfaticamente que a lei processual se aplica imediatamente, assim mesmo devemos entender o princípio com determinadas limitações, a saber: aos atos processuais, praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores"(MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, pág. 328. Fonte: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>.)- grifei.

Assim, inaplicável o conteúdo da nova lei trabalhista ao caso em tela, posto que o presente feito foi ajuizado antes da reforma da CLT e, portanto, até sob pena de mitigação do duplo grau de jurisdição e do acesso à Justiça, não se pode exigir que o reclamante comprove a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo para que seja conhecido seu apelo, nos termos do artigo 790, §4º, da CLT, inclusive sob pena de violação ao conteúdo do novo NCPC (artigo 10, NCPC), e em face das mitigações da "teoria do isolamento dos atos processuais", previstas no novo Código de Processo Civil, conforme se afere, por exemplo, do caput do artigo 1046.

Sobre a questão do direito intertemporal, Fabricio Lima Silva, em seu artigo "Aspectos processuais da Reforma Trabalhista", de 20 de julho de 2017, afirma que:

"Pela teoria da unidade processual, o processo é considerado como um conjunto de atos inseparáveis, unidos por um mesmo objetivo e interdependentes entre si. Iniciado o processo sob a vigência de uma determinada lei, não é possível que uma nova norma surja e modifique o encadeamento e a natureza dos atos a serem praticados. Segundo esta teoria, o processo não pode ser regulado por leis diversas sobre o mesmo procedimento."

(...)

Diante do exposto, considerando-se que a Lei 13.467/2017 ainda se encontra no período de *vacatio legis*, é preciso que seja repensada a aplicação do direito intertemporal em matéria processual subjetiva, com reflexos nos patrimônio/situação jurídica das partes, afastando-se do paradigma adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com o reconhecimento de que a legislação a ser aplicada nestes casos deve ser aquela vigente quando do ajuizamento da ação e da apresentação da defesa, em respeito aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica."

*"Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação"* que propunha regras para a concessão dos benefícios da justiça gratuita mais elásticos, "fossem surpreendidos", com a aplicação da

nova redação do artigo 790, da CLT. *"Tal conduta implicaria em afronta ao disposto no art. 10, CPC/15, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.*

*Neste sentido, é a lição apresentada por NÓBREGA, ao tratar das inovações do Código de Processo Civil, mas plenamente aplicável ao Processo do Trabalho, in verbis:*

*(...) a análise sobre os riscos e ônus decorrentes do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição é feita, precisamente, quando do ajuizamento da ação, da oferta da contestação ou da interposição do recurso (!). Não haveria falar, por conseguinte, em que a natural demora no processo autorizasse, diante da superveniente entrada em vigor do novo Código, que regras eventualmente mais gravosas para a parte alterassem aqueles elementos considerados por ela quando da escolha pelo ajuizamento da ação, pela resistência ou pela interposição do recurso. É dizer, a ponderação custo vs benefício que pauta a escolha da parte quanto à conduta a ser adotada no processo não pode sofrer posterior alteração que poderia influenciar aquela escolha pelo simples fato de que a escolha já foi exercida.*

*Com base no mesmo entendimento, as inovações quanto à imposição de novos requisitos para a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita (art. 790, §§ 3º e 4º) (...), conforme previsão da Lei 13.467/2017, não deverão ser aplicadas aos processos já em curso, uma vez que não se tratam de institutos exclusivamente processuais e a alteração da legislação poderia influenciar nas condutas processual das partes ou quanto à avaliação dos riscos da demanda.*

*Diante do exposto, (...) é preciso que seja repensada a aplicação do direito intertemporal em matéria processual subjetiva, com reflexos no patrimônio/situação jurídica das partes, (...) com o reconhecimento de que a legislação a ser aplicada nestes casos deve ser aquela vigente quando do ajuizamento da ação e da apresentação da defesa, em respeito aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica". (SILVA, Fabio Lima. Aspectos processuais da Reforma Trabalhista)*

*"Em suma, a surpresa e o prejuízo são valores vedados na aplicação da lei nova em relação aos feitos pendentes, conforme assinalou Luiz Fux, inclusive em face do que prescreve o artigo 10, do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho, diante do que prevê o artigo 769, da CLT, ante a omissão da CLT sobre o tema.*

Por fim, destaco sobre o tema do acesso à justiça e da gratuidade, leciona Jorge Luiz Souto Maior no texto "O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista":

*"... As alterações nas regras processuais, propostas pela Lei nº 13.467/17, precisam ser compreendidas e aplicadas à luz da atual noção do direito de acesso à justiça como um direito fundamental, que é condição de possibilidade do próprio exercício dos direitos sociais. Esse é o referencial teórico que permitirá, também no âmbito processual, o uso das regras dessa legislação "contra ela mesma", construindo racionalidade que preserve as peculiaridades do processo do trabalho e a proteção que o justifica."*

(...)

No Estado liberal, o acesso à justiça era concebido como um direito natural e como tal não requeria uma ação estatal para sua proteção. O Estado mantinha-se passivo, considerando que as partes estavam aptas a defender seus interesses adequadamente<sup>[ii]</sup>. Com o advento do Estado Social surge a noção de direitos sociais e, paralelamente, o reconhecimento de que uma ação efetiva do Estado seria necessária para garantir o implemento desses novos direitos. Por isso, o assunto pertinente ao acesso à justiça está diretamente ligado ao advento de um Estado preocupado em fazer valer direitos sociais, aparecendo como importante complemento, para que "as novas disposições não restassem letras mortas.

O movimento de acesso à justiça apresenta-se sob dois prismas: no primeiro ressalta-se a necessidade de repensar o próprio direito; no segundo preocupa-se com as reformas que precisam ser introduzidas no ordenamento jurídico, para a satisfação do novo direito, uma vez que pouco ou quase nada vale uma bela declaração de direitos sem remédios e mecanismos específicos que lhe deem efetividade.

Sob o primeiro prisma (denominado método de pensamento), o movimento é uma reação à noção do direito como conjunto de normas, estruturadas e hierarquizadas, cujo sentido e legitimidade somente se extraem da própria coerência do sistema. Na nova visão o direito se apresenta como resultado de um processo de socialização do Estado, e passa a refletir preocupações sociais, como as pertinentes à educação, ao trabalho, ao repouso, à saúde, à previdência, à assistência social etc.

Sob o segundo prisma, o movimento se desenvolve em três direções, chamadas "as três ondas do movimento do acesso à justiça".

A primeira onda, que diz respeito aos obstáculos econômicos de acesso à justiça, consiste, por isso mesmo, na preocupação com os problemas que os pobres possuem para defesa de seus direitos. Esses problemas são de duas ordens: judicial e extrajudicial.

Extrajudicialmente, preocupa-se com a informação aos pobres dos direitos que lhe são pertinentes (pobreza jurídica) e com a prestação de assistência jurídica nas hipóteses de solução de conflitos por órgãos não judiciais. Judicialmente, examinam-se os meios a que os pobres têm acesso para defenderem, adequadamente, esses direitos (pobreza econômica). Para eliminação do primeiro problema, o movimento sugere a criação de órgãos de informação a respeito dos direitos sociais. Para supressão do segundo, a eliminação ou minimização dos custos do processo, inclusive quanto aos honorários de advogado<sup>[iv]</sup>

A segunda onda, de cunho organizacional, tende a examinar a adequação das instituições processuais, especialmente no que se refere à legitimidade para a ação, às novas realidades criadas pela massificação das relações humanas, gerando uma grande gama de interesses difusos e coletivos, cuja satisfação nem sempre se mostra fácil diante das perspectivas do direito processual tradicional, essencialmente individualista.

A terceira onda caracteriza-se pela ambiciosa preocupação em construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, com implementação de fórmulas para simplificação dos procedimentos, pois as mudanças na lei material, com vistas a proporcionar novos direitos sociais, podem ter pouco ou nenhum efeito prático, sem uma consequente mudança no método de prestação jurisdicional.

O acesso à justiça pressupõe, portanto, a efetividade do processo. Mas, como explicam Cappelletti e Garth a efetividade é algo vago. Para dar substância à ideia, traduz-se a efetividade em "igualdade de armas", como garantia de que o resultado final de uma demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas.

Advertem, no entanto, os autores citados que essa igualdade é uma utopia e que pode ser que as diferenças entre as partes nunca sejam completamente erradicadas<sup>[v]</sup>.

Desse modo, o primeiro passo na direção da efetividade consiste, exatamente, na identificação das barreiras que impedem o acesso à justiça e a própria efetividade do processo; o segundo, como atacá-las; e o terceiro, a que custo isso se faria. As barreiras são: a desinformação quanto aos direitos; o descompasso entre os instrumentos judiciais e os novos conflitos sociais; os custos do processo e a demora para solução dos litígios, que constitui fator de desestímulo.

Por tudo isso, vale a observação de Mauro Cappelletti, no sentido de que o acesso à justiça pressupõe um novo método de analisar o direito, em outras palavras, uma nova maneira de pensar o próprio direito. Nesse novo método o direito é analisado sob a perspectiva do "consumidor", ou seja, daqueles que são o alvo da norma, e não sob o ponto de vista dos "produtores" do Direito. O acesso à justiça, nesse contexto, aparece como a garantia de que o sujeito poderá, efetivamente, consumir o direito que lhe fora direcionado, servindo-se, se necessário, do Estado para tanto[vi].

Esse é o pressuposto que deve orientar os intérpretes aplicadores do processo do trabalho, mesmo depois de alterado pela Lei nº 13.467/17, sob pena de se negar a própria razão de ser da Justiça do Trabalho." (grifei)

Na verdade, deve-se entender o processo como um direito fundamental, inclusive porque a Constituição assegura o acesso ao Judiciário em vários dispositivos, tais como no artigo 5º, LXXIV, que regula a assistência jurídica, e no artigo 5º, XXXV, que regula a inafastabilidade da jurisdição, entre outros.

**Postas estas premissas, acerca da não aplicação dos dispositivos previstos na Lei 13.467/2017 ao caso em tela, apesar da prolação da sentença em 18 de novembro de 2017, passo à análise do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, com base nos dispositivos legais vigentes antes de 11.11.2017.**

Destaco que, meu entendimento é de que há identidade entre os institutos previstos nos artigos 14 da Lei 5584/70 e 790, §3.º da CLT.

O direito de ação como direito de acesso à justiça não pode, sob nenhuma hipótese, ser alheio às necessidades sociais. Ao revés disto, deve considerar as circunstâncias sociais, a fim de que proteja os direitos do cidadão. Por este motivo é que o direito de ação não pode ser comprometido por barreiras sociais, econômicas ou quaisquer outras. Logo, imperioso é que seja resguardado ao cidadão o direito de um real e efetivo acesso à justiça.

Assim, a fim de minimizar um dos maiores entraves ao acesso à justiça, e possibilitar a participação efetiva de um maior número de pessoas no processo jurisdicional, o Estado brasileiro dispôs na sua Carta Magna de 1988 que prestaria assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Diante do exposto, observa-se a existência de dispositivos legais inseridos em nosso ordenamento jurídico que versam sobre a questão da gratuidade judiciária e que visam o acesso efetivo do cidadão à justiça. Como podemos asseverar no art. 14, §1º da Lei 5.584/70:

§1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio da família.

Seguindo esse entendimento, temos o art. 790, §3º da CLT:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

Neste mesmo diapasão, o atual CPC em seu artigo 26, dispõe que

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

O atual CPC, tendo revogado expressamente o art. 4º da Lei 1.060/50, confirmou a ordem constitucional do livre acesso à justiça, tratando da assistência judiciária no artigo 98 *caput* do CPC:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

O artigo 99 do CPC dispõe expressamente que o juiz somente poderá indeferir tal pedido se nos autos se comprovarem a ausência dos pressupostos para a concessão da assistência, e nestes casos determinará a comprovação de tais requisitos; no caso em tela, não há, em nenhum momento, a contestação de tal pressuposto, que se considera verdadeiro apenas em face de sua alegação, conforme o §3º do referido artigo.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

E com base no artigo 15 do CPC, tendo em vista a compatibilidade existente entre as normas de Processo Civil e as regras processuais trabalhistas, é certo lembrar que aquelas se aplicam subsidiariamente à Justiça do Trabalho.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou

administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Dessa maneira, pode-se concluir que o único requisito indispensável para a concessão da gratuidade judiciária é a declaração na exordial de que o jurisdicionado não tem condições de arcar com as custas do processo sem que isto interfira no seu sustento e no de sua família.

Reforçando este entendimento, colaciono jurisprudência do C. TST:

RECURSO DE REVISTA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CUSTAS PROCESSUAIS. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. PRESUNÇÃO DE MISERABILIDADE. A existência de uma mera declaração da parte de não poder demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, apresentada a qualquer tempo e grau de jurisdição, enseja a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. Entendimento da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1. No caso, preenchidos os requisitos para a concessão, deve ser afastada a deserção imputada ao recurso ordinário interposto pelos reclamantes em face do não recolhimento das custas. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 294800-14.2009.5.09.0594 Data de Julgamento: 30/03/2011, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2011.

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. 1. JUSTIÇA GRATUITA. DECISÃO REGIONAL DE INDEFERIMENTO DA BENESSE LEGAL. DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE. PRESUNÇÃO NÃO ELIDIDA POR QUAISQUER MEIOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. No âmbito da Justiça do Trabalho, a assistência judiciária de que trata a Lei nº 1.060/50 é devida ao trabalhador que percebe salário inferior ao dobro do mínimo legal ou ainda àquele que, embora aufera salário superior, não detenha condições de demandar sem prejuízo do sustento próprio e de sua família (§1º do art. 14 da Lei 5.584/70). Para fazer jus ao favor legal da gratuidade de justiça, portanto, basta que o trabalhador emita declaração de miserabilidade jurídica, cujo conteúdo será presumido verídico (art. 1º da Lei 5.584/70), embora sem prejuízo de impugnação pela parte contrária (art. 4º, § 2º, da Lei 1.060/50), ainda sujeitando-se o trabalhador, em caso de falsidade, às sanções cíveis, administrativas e penais cabíveis (art. 2º da Lei 7.115/83). No caso concreto, a Corte Regional indeferiu o favor legal da gratuidade da justiça, ao fundamento de que o empregado não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, mas por advogado de sua confiança. Inexistindo nos autos quaisquer elementos de convicção que afastem a presunção de veracidade das declarações de miserabilidade regularmente produzidas, a Corte Regional, ao indeferir o favor legal da gratuidade, violou o § 3º do art. 790 da CLT. Divergência jurisprudencial configurada. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 9900-06.2008.5.17.0009 Data de Julgamento: 27/04/2016, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. 1. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. PROVIMENTO. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a assistência jurídica ganhou novos contornos, com a incorporação ao sistema jurídico brasileiro não somente dos direitos do cidadão, mas também da garantia da sua efetividade. Nesse rol encontram-se o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, e a garantia constitucional da ampla defesa, constante do inciso LV do mesmo artigo 5º, universalizada em seu inciso LXXIV, que assegura a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Assim, a mera percepção de salário superior a dois salários mínimos pelo autor não tem o condão de impedir-lhe a concessão dos benefícios da justiça gratuita, quando expressamente declarado por ele o seu estado de miserabilidade, sob pena de restar comprometida a efetividade do acesso à justiça. Mormente porque a lei faculta, para a gratuidade de justiça, que o pretense beneficiário perceba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declare não ser capaz de litigar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. Processo: ARR - 766-79.2011.5.18.0054 Data de Julgamento: 09/12/2015, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015

Portanto, considerando que a reclamante firmou declaração de miserabilidade jurídica (id 5843d6c - Pág. 1) **defiro os benefícios da justiça gratuita, ficando o autor-recorrente isento do recolhimento das custas processuais a que foi condenado pela r. sentença atacada.**

Logo, **afasto a deserção e estando presentes os demais pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do recurso ordinário.**

## **2.2. NULIDADE DA SENTENÇA - CERCEIO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS FORMULADAS PELO PATRONO DO RECORRENTE**

Pugna o Reclamante pela declaração de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento de perguntas formuladas pelo seu patrono às testemunhas arroladas pela parte autora.

Aduz que, mesmo sem serem contraditadas e tendo as testemunhas apresentado o compromisso legal de dizer a verdade, foram indeferidas perguntas formuladas pelo patrono do recorrente, cujas respostas eram imprescindíveis à busca da verdade real e esclarecimentos dos fatos relativos às horas extras e RSR.

À análise.

Vejamos o conteúdo da ata de audiência de Id ed24a19, quando ocorreu o indeferimento das perguntas às testemunhas arroladas pelo Reclamante:

".... Primeira testemunha do reclamante: MAURÍCIO BATISTA FERREIRA, identidade nº 1114682/ES, residente e domiciliado(a) na RUA OLAVO COELHO, 26, BENEDITA MONTEIRO, ECOPORANGA/ES. Advertida e compromissada. Depoimento: "que nos anos de 2013/2014 trabalhou numa propriedade próxima à da reclamada, na base da diária, fazendo colheitas; que trabalhava de segunda a sexta, iniciando às 6h30/6h40, ficando até as 17h; que o depoente é vizinho do reclamante cerca de 100 mts; que já conhecia o reclamante antes de trabalhar para D. Ivete; que frequenta a casa do reclamante pois é conhecido da família; que o reclamante já se encontrava trabalhando quando o depoente passava na estrada; que na volta o depoente esperava para voltarem juntos."

**Diante desse depoimento este Juízo resolve indeferir as demais perguntas que seriam feitas por ambas as partes.**

Segunda testemunha do reclamante: VITURINO VIEIRA DE JESUS NETO, residente e domiciliado(a) na RUA OLAVO COELHO, S/N, BENEDITA MONTEIRO, ECOPORANGA/ES.

Advertida e compromissada. Depoimento: "que conhece a reclamada de vista; que sabe onde é a propriedade dela, que tem um barzinho na cidade e que costuma caminhar praticamente dentro da fazenda dela; que mora há uns 100mts do reclamante; que frequenta a casa do reclamante, que costuma bater papo com ele, sendo amigos."

Diante desse depoimento este Juízo resolve indeferir as demais perguntas que seriam feitas por ambas as partes.

Declararam as partes não ter outras provas a produzir, reportando-se em razões finais aos elementos dos autos, permanecendo inconciliáveis.

Adiado *sine die* para sentença, após prazo acima concedido. ..."

Conforme se afere do trecho da ata de audiência acima transcrita, foi indeferida a realização de perguntas por ambas as partes às testemunhas arroladas pela parte autora, sem que reclamante ou reclamada apresentassem qualquer protesto em razão do indeferimento de questões a serem formuladas pelas partes sobre a questão das horas extras e RSR (repouso semanal remunerado)..

O artigo 371, do CPC/15, insculpe o princípio da livre convicção motivada do juiz, compreendido no poder de livre direção do processo.

Na esfera trabalhista, o juiz tem ampla liberdade na condução processual, conforme artigo 765 da CLT, e pode, além de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, apreciar as provas sob o princípio do livre convencimento motivado.

A colheita da prova não pode depender da anuência da parte, pois quem dirige o processo é o magistrado (art. 765, da CLT).

Destaco, ainda, que o que autoriza a decretação de nulidade por cerceamento do direito de defesa é a restrição injustificada na produção de provas, o que não ocorreu no caso dos autos.

A 2ª testemunha arrolada pelo Reclamante declarou que era amigo do Reclamante, o que, a teor do artigo 447, § 3º, do CPC, torna seu depoimento suspeito. Já a 1ª testemunha declarou que frequenta a casa do Reclamante, o que, conforme a jurisprudência majoritária, também torna suspeita a testemunha, por configurar a existência de amizade íntima.

Ademais, as duas testemunhas não trabalhavam no mesmo local em que laborava o autor e, portanto, não poderiam prestar informações que esclarecessem sobre a jornada de trabalho do reclamante, já que ambas as testemunhas moravam perto do autor (distância de 100 metros entre as residências) e caminhavam perto da propriedade em que o reclamante laborava. Desta forma, não poderiam esclarecer acerca do horário de labor do reclamante e do trabalho durante os dias de repouso semanal remunerado.

Já que cumpre ao Juiz, na condução do processo, indeferir as provas e diligências que julgar inúteis ou meramente protelatórias, não há como se vislumbrar, na hipótese, o cerceamento de defesa alegado, se as testemunhas, além de suspeitas, não poderiam informar, com

fidedignidade, a jornada laborada pelo autor.

Não bastasse isso, houve preclusão, pois, encerrada a instrução processual, o reclamante sequer registrou seus protestos. Nos termos do artigo 795, caput, da CLT, "as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos". No caso em tela, o autor somente apresentou sua irresignação com o encerramento da instrução e com o indeferimento de perguntas às testemunhas por ele arroladas, após a prolação da sentença e do resultado desfavorável do julgamento. Assim, como o reclamante, in casu, não registrou seu protesto contra o indeferimento de perguntas às testemunhas por ele arroladas com objetivo de comprovar a jornada de trabalho do reclamante e, por conseguinte, contra o encerramento da instrução processual, que contou com a sua anuência, ocorreu a preclusão, não se caracterizando o cerceio de defesa alegado.

Acerca da não caracterização do cerceio de defesa, quando a parte deixa de registrar seus protestos, vale citar os seguintes precedentes do C. TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS DA RECLAMADA. PRECLUSÃO. No caso, houve preclusão quanto à produção de provas relacionadas à jornada de trabalho do autor, pois, encerrada a instrução processual, a segunda reclamada não registrou protesto. Conforme disposto no artigo 795, caput, da CLT, "as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos". Portanto, considerando que, no caso dos autos, a segunda reclamada, no momento do encerramento da instrução processual, não registrou, o protesto contra a ausência de oitiva de testemunha a respeito da jornada de trabalho do reclamante, ocorreu a preclusão, logo, não há falar em violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido. (...) (AIRR - 2092-49.2014.5.02.0431, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29/11/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/12/2017)

"NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS DAS RECLAMADAS. PRECLUSÃO. No caso, o Tribunal Regional rejeitou a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, fundada na ausência de oitiva de testemunha indicada pelas empresas, por considerar preclusa a insurgência, uma vez que a instrução processual foi encerrada pelo Juízo de origem sem os devidos protestos pelas partes demandadas. Conforme disposto no artigo 795, caput, da CLT, "as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos". Portanto, considerando que, no caso dos autos, as reclamadas, à época da declaração de encerramento da instrução processual, não registraram, na audiência de instrução, o protesto contra a ausência de oitiva da mencionada testemunha, ocorreu a preclusão nos termos do referido dispositivo legal, razão pela qual não há falar em violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Agravos de instrumento desprovidos." (AIRR - 1239-11.2013.5.09.0195. Data de julgamento: 3/5/2017, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 12/5/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. O Regional assentou que houve o 'indeferimento da oitiva da testemunha da autora, com os devidos fundamentos para tanto, sem que sequer fossem consignados seus protestos'. Além do que ficou 'encerrada, com a concordância das partes, a instrução processual. Razões finais remissivas pelas partes'. Com efeito, dispõe o artigo 795, caput, da CLT que 'As nulidades não serão declaradas

senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos'. **Se, in casu, na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos, a reclamante não alegou a nulidade, ocorrendo a preclusão nos termos do referido dispositivo, razão pelo que não há falar em violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.** Agravo de instrumento desprovido" (Processo: AIRR - 1378-27.2012.5.02.0442. Data de julgamento: 13/4/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 22/4/2016)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO. Não se caracteriza a nulidade por cerceio de defesa, nem violação ao princípio do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), quando há o indeferimento, pelo julgador, de diligências que entende desnecessárias para o deslinde da questão, em face da existência de outros elementos de convicção nos autos. O Juiz é o destinatário da prova e pode dispensar as diligências que entender inúteis (arts. 765 da CLT c/c 130 e 131 do CPC/1973 - art. 371 do CPC/2015). Ademais, **constatou-se que houve o encerramento da instrução processual sem insurgência ou arguição de nulidade por parte da Reclamada. Com efeito, o art. 795 da CLT é claro ao dispor que 'As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos'. Nesse contexto, ante a inobservância ao dever de demonstrar o inconformismo e arguir a nulidade por suposto cerceamento do direito de defesa, imediatamente, logo após o encerramento da instrução, tem-se como efetivamente configurada a preclusão, nos moldes reconhecidos pelo TRT de origem.** Agravo de instrumento desprovido" (Processo: AIRR - 2194-90.2011.5.02.0006. Data de julgamento: 28/9/2016, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, data de publicação: DEJT 21/10/2016, grifou-se e destacou-se)

... NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS DA RECLAMADA. PRECLUSÃO. No acórdão recorrido, foi consignado que houve preclusão, quanto ao pedido de produção de provas relacionada às horas in itinere, pois, encerrada a instrução processual, a empresa não registrou protesto. Conforme disposto no artigo 795, caput, da CLT, "as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos". Portanto, considerando que, no caso dos autos, a reclamada, à época da declaração de encerramento da instrução processual, não registrou, na audiência de instrução, o protesto contra o "pleito de envio de ofícios ao DETRAN e às empresas de transporte público, com os quais pretendia demonstrar que a Rodovia BR-116 é servida por transporte público regular em horários compatíveis com a entrada e saída de seus funcionários", ocorreu a preclusão, logo, não há falar em violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido.(...) Processo: RR - 1949-53.2012.5.07.0023 Data de Julgamento: 27/09/2017, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017.

NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM OS DEVIDOS PROTESTOS. PRECLUSÃO. Conforme diretriz que se extrai dos artigos 794 e 795 da CLT, a declaração de nulidade no processo do trabalho está condicionada à demonstração de efetivo prejuízo e deve ser arguida na primeira oportunidade em que a parte interessada puder se pronunciar nos autos. Na hipótese, não há nulidade a ser declarada, pois o Tribunal Regional declarou preclusa a arguição do autor, porquanto não se verifica, da ata de audiência, qualquer protesto do autor pelo indeferimento da intimação da testemunha por ele indicada, tampouco a formulação de pedido para intimação do perito para complementar o trabalho pericial, sendo declarada encerrada a instrução processual na mesma oportunidade. Assim, não tendo o reclamante externado seu protesto em audiência ou na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, permanecendo silente quanto à prova pericial e à testemunhal, ocorreu a preclusão, não se podendo, portanto, reconhecer a alegada nulidade por cerceamento de defesa (precedentes). Agravo de instrumento desprovido. ... (Processo: AIRR - 9-18.2016.5.23.0007 Data de Julgamento: 09/08/2017, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/08/2017.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. CERCEAMENTO

DO DIREITO DE DEFESA. REABERTURA DA INSTRUÇÃO. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS. Segundo o Regional, o procedimento adotado pelo Juízo de Primeiro Grau não configurou cerceamento de defesa, mas, sim, estrito cumprimento do devido processo legal, uma vez que o encerramento da instrução processual decorreu da própria anuência das partes. Logo, não há ofensa aos artigos 5º, XXXV e LV, da CF, e 832 da CLT" (Processo: AIRR - 2760-90.2010.5.02.0065. Data de julgamento: 26/10/2016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, data de publicação: DEJT 28/10/2016)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI N.º 13.015/2014. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. A circunstância de a reclamante não ter arguido a nulidade processual no momento oportuno, seja apresentando razões finais, seja se manifestando na audiência de prolação da sentença, enseja o reconhecimento de preclusão. Hipótese de incidência do artigo 795 da Consolidação das Leis do Trabalho. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (Processo: AIRR - 109-56.2014.5.02.0482. Data de julgamento: 19/10/2016, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, data de publicação: DEJT 21/10/2016)

Assim, em face da suspeição das testemunhas, diante do que estabelece o artigo 447, § 3º, do CPC, da impossibilidade das testemunhas arroladas pelo autor prestarem informações esclarecedoras acerca da jornada de trabalho do reclamante, e, por fim, da preclusão, o indeferimento das perguntas que seriam feitas por ambas as partes, sem quaisquer protestos das partes em audiência, não configura o alegado cerceio do direito de defesa.

**Logo, rejeito a preliminar arguida.**

### **2.3. HORAS EXTRAS**

Insurge-se o Reclamante contra a r. sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extras, pelos seguintes fundamentos, *verbis*:

"A matéria versa somente sobre horas extraordinárias. Na petição inicial é alegada uma jornada de domingo a domingo, sem qualquer descanso, das 06 às 18 horas, com uma hora de almoço, sendo que nos domingos o horário era das 06 às 12 horas.

A defesa, por sua vez, alega que a jornada do Reclamante era das 06 às 16 horas, com duas horas de intervalo, e domingo das 06 às 10 horas, sendo que os repousos remunerados semanais estão devidamente quitados pelos recibos salariais. Contraditoriamente, num parágrafo anterior, item 4, argumenta que a ordenha do leite começava sempre depois das 07 horas.

frequentavam habitualmente a casa dele, presumindo-se a amizade entre eles. Também seriam testemunhas casuais, pois eram vizinhos da propriedade da Reclamada, ou apenas passavam por perto dela.

Já as testemunhas trazidas pela defesa tiveram uma pequena discrepância quanto ao horário de entrada, entre 06:30/07:30 horas, sendo unânimes no horário da saída, 16 horas. O Reclamante esclareceu que morava perto da propriedade e tinha de fazer duas ordenhas. Uma pela manhã, entre 06 às 09 ou 10 horas da manhã, e outra pela tarde, entre 16 e 17 horas, geralmente indo almoçar em casa, sendo que ia trabalhar de carro ou de bicicleta. Presume-se, portanto, que o mesmo tinha um horário de almoço bem elástico, com a devida vênua dos termos.

Bom, para este Juízo prevalece a jornada de trabalho defendida pela Reclamada, sendo que os domingos trabalhados estão devidamente quitados pela "rubrica" descanso

remunerado constante nos recibos salariais juntado aos autos. Forçosamente, im procedem todos os pedidos formulados."

Sustenta o autor que a sentença narra que a defesa afirma que o horário de trabalho do autor era das 6 às 16 horas, com duas horas de intervalo, e aos domingos, das 6 às 10 horas, o que já comprova o labor por 48 horas semanais, de segunda a sábado, e mais 4 horas aos domingos, totalizando 52 horas semanais.

Aduz que as testemunhas arroladas declararam que o autor fazia horas extras, corroborando a tese do reclamante na exordial.

Vejamos.

Na exordial, o reclamante alega que laborava na função de vaqueiro, mediante a seguinte jornada: 6 às 18 horas, com uma hora de intervalo, de segunda a sábado, e aos domingos de 6 às 12 horas, postulando o recebimento das horas extras laboradas e também dos domingos e feriados trabalhados, já que nem as horas extras e nem os dias destinados ao repouso semanal lhe foram pagos.

A Reclamada, em defesa, narra que o reclamante laborava das 6 às 11 horas e das 13 às 16 horas (item 6 da contestação de Id 443fe04), embora tenha afirmado no item 4 que a "tirada do leite" se iniciava às 7 horas.

Em audiência, as partes, sobre a jornada de trabalho, declararam que:

"o reclamante esclarece que trabalhava de domingo a domingo, iniciando às 6 horas, fazendo ordenha das vacas até por volta das 9/10 horas, havendo uma ordenha à tarde, começando as 16h até 17h, pois havia menos vacas; que costumava almoçar em casa porque era perto; que costumava ir trabalhar de bicicleta mas a maioria das vezes ia de carro.

A reclamada esclarece que os domingos estão pagos conforme repouso semanais remunerados existentes nos recibos salariais; que o reclamante era o único empregado; que a ordenha da manhã ocorria às 7h e a da tarde às 15h; que na época boa havia umas 10 vacas produzindo leite e atualmente só há 2 vacas produzindo leite; que teve que vender os animais por causa da seca; que a depoente mora na propriedade. "

Analisando-se os recibos de pagamento colacionados aos autos, verifica-se que consta o pagamento de descanso remunerado em todos os meses do contrato de trabalho, corroborando a tese da defesa, de que os domingos laborados estão devidamente pagos.

Quanto às horas extras, o depoimento pessoal do autor rechaça a sua existência, ante a confissão do obreiro (artigo 389, CPC). O próprio autor declarou que iniciava sua jornada às 6 horas e laborava até por volta das 9/10 horas, voltando a ordenhar as vacas de 16 às 17 horas, informando horário de trabalho e duração da jornada bastante distinta da informada na exordial. Tem-se, assim, que o autor laborava, no máximo, por volta de cinco horas diárias, o que, portanto, não ultrapassa a

jornada de 44 horas semanais. Assim, ante o teor do depoimento do autor e o que prescrevem os artigos 349 e 350, do CPC, rechaça-se a existência de prestação extraordinária, por não ultrapassado o limite semanal de jornada.

Quanto aos domingos e feriados laborados, os recibos de pagamento, não impugnados pelo autor, rechaçam a alegação contida na exordial de que nunca recebeu o devido pagamento pelo labor realizados nos dias de repouso semanal remunerado. Logo, não resta comprovada a alegação de que nunca houve pagamento dos repousos semanais laborados pelo reclamante.

Por todo o exposto, **nego provimento ao recurso ordinário.**

**Mantida a improcedência dos pedidos contidos na exordial, não há falar-se em honorários advocatícios revertidos à parte obreira.**

### **3. CONCLUSÃO**

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Ordinária realizada no dia 27 de fevereiro de 2018, às 13 horas e 30 minutos, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, com a participação do Exmo. Desembargador José Carlos Rizk, do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, e presente o representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. Levi Scatolin, por unanimidade, conceder ao autor os benefícios da justiça gratuita, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença por cerceio do direito de defesa e, no mérito, negar provimento ao apelo.

**CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES**  
**Desembargador Relator**