

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 —). —
Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da
Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Versão impressa - LTr 5604.3
Versão digital - LTr 9008.9

© Todos os direitos reservados

ILTR

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-003 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 5604.3

Julho, 2015

PRESIDENTE ANAMATRA
GERMANO SILVEIRA DE SIQUEIRA

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA

Doutor pela Universidad Complutense de Madri.
Desembargador Federal do Trabalho da 1ª Região (RJ).

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA

Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG.
Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.
Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-MG.
Juiz do Trabalho Titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte-MG.

PROF. AVV. FABIO PETRUCCI

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della Previdenza Complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del Lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Avvocato. Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e Sociambiental".

FLÁVIA MOREIRA PESSOA

Juíza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju. Presidente da Amatra 20.
Professora do mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes.
Doutora em Direito Público. Mestre em Direito, Estado e Cidadania. Especialista em Direito Processual.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Livre-docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5 (biênio 2012-2014). Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (biênios 2005-2007, 2007-2009, 2009-2011 e 2013-2015).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz Titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba — 9ª Região (PR).

LUCIANA PAULA CONFORTI

Juíza do Trabalho do TRT da 6ª Região, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Boa Viagem — FBV. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Boa Viagem — FBV/Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região — ESMATRA 6. Mestre em Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco — UFPE. Doutoranda em Direito, Estado, Constituição pela Universidade de Brasília — UnB. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPQ). Membro da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Docente e Coordenadora Adjunta da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do curso de graduação em Direito da UNISUL — Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em cursos de pós-graduação *Lato Sensu*. Professor Convidado Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Membro da Comissão Técnico-científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2007). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão — 12ª Região (SC).

RUBENS FERNANDO CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR

Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região — Titular da 4ª Vara de Novo Hamburgo. Presidente da Amatra IV. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Direito pela PUC-RS. Professor dos cursos de pós-graduação em nível de especialização da PUC-RS, UNISINOS, FEMARGS, UNIRITTER, FEEVALE, IMED e IDC. Ex-professor da Faculdade de Direito da PUC. Autor dos livros *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e Processo do Trabalho: uma interpretação constitucional contemporânea a partir da teoria dos direitos fundamentais*.

SILVANA ÁBRAMO MARGHERITO ARIANO

Desembargadora Federal do Trabalho da 2ª Região. Diretora de Formação e Cultura da Anamatra (gestão 2015/2017). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Membro suplente do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Membro do núcleo de Direitos Fundamentais da Escola Judicial do TRT2 — Ejud2. Membro da CJLP — Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Editorial</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças</i>	13
Doutrina	
O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no âmbito da processualística do trabalho — uma breve incursão a respeito das teorias subjetiva e objetiva <i>Fernanda Antunes Marques Junqueira e Leonardo de Moura Landulfo Jorge</i>	17
O incidente da desconsideração da personalidade jurídica e o processo do trabalho <i>Adalberto Martins</i>	31
Princípio da subsidiariedade e a cláusula de contenção no processo do trabalho — angústias e esperanças a partir de uma primeira leitura do art. 15 do novo Código de Processo Civil <i>Alexandre Pimenta Batista Pereira</i>	44
Prova emprestada e o novo CPC — repercussões no processo trabalhista e na qualidade da prestação jurisdicional <i>Amanda Barbosa e Jair Aparecido Cardoso</i>	59
Via de mão dupla — precedentes vinculantes e o respeito às decisões de primeiro grau como faces da mesma moeda sob o novo Código do CPC — uma visão de direito comparado <i>Cesar Zucatti Pritsch</i>	68
A estrutura da sentença trabalhista no novo Código de Processo Civil — uma análise constitucional da fundamentação das decisões <i>Fausto Siqueira Gaia</i>	93
O novo CPC e a independência judicial <i>Hugo Cavalcanti Melo Filho</i>	105
Breve ensaio em defesa da “fundamentação exauriente” <i>Patrícia V. de Medeiros Ribeiro</i>	121

O novo Código de Processo Civil e os recursos trabalhistas <i>Ricardo José Macêdo de Britto Pereira</i>	134
Da recepção do sistema de precedentes do CPC/2015 ao fortalecimento das ações coletivas rumo a uma tutela jurisdicional eficaz — encontros e desencontros dos sistemas de resolução de litigância de massa no Brasil <i>Sérgio Cabral dos Reis</i>	158
O novo CPC e o processo do trabalho — falsas novidades e parâmetros de aplicação <i>Valdete Souto Severo</i>	184
Nova regra de contagem de prazos no novo Código de Processo Civil — não aplicabilidade na sistemática dos prazos do processo do trabalho <i>Wilker Jeymisson Gomes da Silva</i>	208
Entre a CLT e o CPC: reformulando o problema da segurança jurídica <i>Ricardo Lourenço Filho</i>	218
Do incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC e suas implicações no processo do trabalho <i>Sandro Gill Brites</i>	237
A audiência pública como instrumento de efetividade dos direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas — uma abordagem sob a ótica no novo Código de Processo Civil <i>Neiva Marcelle Hiller</i>	245
Dilemas do direito processual do trabalho com o advento do novo CPC <i>Murilo C. S. Oliveira</i>	266
Fundamentação exauriente x fundamentação analítica. Aplicação ao processo do trabalho <i>Cláudio Brandão</i>	279
Temas polêmicos do novo CPC e sua aplicação no processo do trabalho <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira</i>	292
Jurisprudência	
— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
Tribunal Superior do Trabalho	317
Índice Geral	337

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT.....	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos)	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC.....	Código Civil
CCB.....	Código Civil Brasileiro
CDC.....	Código de Defesa do Consumidor
CF.....	Constituição Federal
CLT.....	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC.....	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC.....	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB.....	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DOE.....	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA.....	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS.....	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS.....	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira Regulamentada
OIT.....	Organização Internacional do Trabalho
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
TJ.....	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST.....	Tribunal Superior do Trabalho

Refletir sobre mudanças e preservar princípios

A Lei n. 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC) entrou em vigor em 18 de março de 2016, mas o debate jurídico e doutrinário que a precedeu foi objeto de acompanhamento constante também por parte daqueles que se dedicam ao Direito do Trabalho.

A Anamatra esteve presente ativamente nesses debates e levou suas contribuições aos foros competentes em várias etapas da construção da Lei. A entidade também vem apoiando e fomentando as discussões sobre as alterações que o novo Código de Processo Civil trouxe ao nosso sistema legal, dedicando-se, especialmente, aos temas afetos ao Direito do Trabalho.

O processo do trabalho sempre se valeu, pela regra do art. 769 da CLT, do processo civil de forma subsidiária, entretanto, agora essa relação entre os dois ramos do Direito se defronta com norma do art. 15 do CPC, que acrescenta as hipóteses de supletividade. O alcance, a definição e a aplicação dessa nova norma têm orientado os principais debates entre os juízes do Trabalho.

Outros temas centrais para o processo do trabalho, como a efetividade da execução e os novos procedimentos relativos à desconstituição da personalidade jurídica, a instrução processual e a prova emprestada e a contagem de prazos têm sido objeto de acalorados debates que certamente terão alta relevância neste momento em que a jurisprudência está em formação.

Uma questão de alta importância para nós, magistrados do Trabalho, se situa na prolação da sentença, quanto à aplicação do novo art. 489 e exigência de fundamentação sendo vedado ao juiz “deixar de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. A multiplicidade de pedidos e as características do processo do trabalho seriam compatíveis com essa alteração profunda da cultura jurídica da formação lógica e da estrutura da sentença trabalhista? Nesse mesmo campo, é essencial discutirmos o sistema recursal e a vinculação às súmulas pelo julgador.

Para a Anamatra, a defesa intransigente da independência judicial, do livre convencimento motivado e dos comandos constitucionais do Estado Social de Direito é imperativo estatutário e razão de ser da entidade. Acreditamos que os princípios de proteção e dignidade do homem no trabalho e o direito ao trabalho decente, na definição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotada pelo Brasil, ao lado da função social da propriedade, são princípios fundantes do Estado brasileiro e do Direito do Trabalho, não podendo o processo do trabalho se afastar desses fundamentos sob o risco de trair a si mesmo.

Nesse sentido, recentemente, o 18º Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat), evento de consulta e deliberação de Anamatra, entre outras discussões de relevo para a Magistratura e para os direitos sociais, teve entre os seus eixos temáticos a “Independência da Magistratura e ativismo judicial à luz do novo CPC”, fomentando o debate das implicações do novo Código de Processo Civil na seara trabalhista.⁽¹⁾

(1) A íntegra das teses aprovadas se encontram no *hotsite* do evento: <www.conamat.com.br>

O 18º Conamat foi palco da aprovação de teses que vinculam a ação associativa, relativas à inaplicabilidade ao processo do trabalho do novo paradigma de fundamentação da sentença e sua inconstitucionalidade, bem como a inaplicabilidade do disposto no art. 10 do CPC, quanto à chamada decisão-surpresa. Deliberou-se também no sentido da aplicabilidade estrita dos arts. 769 e 889 da CLT e da vedação à subvenção patronal a sindicatos de trabalhadores. Também se destacam a aprovação de tese acerca da inaplicabilidade da mediação em dissídios individuais trabalhistas e da incompatibilidade do procedimento da desconstituição da personalidade jurídica.

O evento foi realizado logo após a edição da Instrução Normativa (IN) n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o que possibilitou intensos debates acerca do ato, com atenção ao seu conteúdo material, mas, especialmente, quanto ao seu alcance e efeitos de vinculação dos magistrados, tendo sido aprovada tese que afirma, em sua conclusão, que “por sua natureza de ato administrativo geral, pode ter eficácia meramente informativa para fins jurisdicionais”. No que se refere à IN n. 39, a Anamatra aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito desses mesmos questionamentos, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 5.516), na qual figura como autora.

E com o objetivo de contribuir com o debate acerca da aplicabilidade do novo Código ao mundo do trabalho, o presente número da Revista Trabalhista — Direito e Processo dedica-se integralmente às questões suscitadas pelo novo texto processual e sua relação com o Direito do Trabalho. Mais do que tentar resolver dúvidas, propomos a permanência e continuidade da reflexão profunda a respeito da aplicação de diversos dispositivos ao nosso âmbito especializado, em atividade intelectual que se volta para a realidade e suas necessidades, na construção do que o filósofo italiano Antonio Gramsci chamou de intelectual orgânico.

Desejamos a todos e a todas uma ótima leitura, reiterando o convite para que enviem seus artigos à Revista Anamatra para que possamos, coletivamente, continuar participando de forma cada vez mais qualificada da evolução das bases teóricas do Direito do Trabalho.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. DA FINALIDADE

1.1. A Revista Trabalhista Direito e Processo tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

O n. 55 da Revista terá como tema “O direito do trabalho e o novo Código de Processo Civil”.

2. DA COMISSÃO EDITORIAL

2.1. Caberá ao Conselho Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados;

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. DO ENCAMINHAMENTO

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente, em formato Microsoft Word, apenas para o endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica;

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora;

3.3. Da mensagem eletrônica deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. DAS SENTENÇAS E DOS ACÓRDÃOS — REQUISITOS

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação deverão guardar relação com o tema da Revista;

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por juiz, desembargador ou ministro;

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos;

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS — REQUISITOS

5.1. Os artigos científicos devem ser, preferencialmente, inéditos no Brasil;

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico;

5.3. Para a manutenção da qualidade científica da Revista, os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. Conterão entre cinco e trinta páginas, **preparados em formato Microsoft Word**;

5.3.2. Os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português e inglês (ver subitem 7.6), com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. A referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. Para fins de qualificação da revista no sistema QUALIS/CAPEs, o autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no *site* do CNPQ (<www.cnpq.br>);

5.3.4. As citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. As referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. As citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. Com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho;

5.3.8. O Conselho Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “5.3.2”.

6. DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS

6.1 - Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2);

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério do Conselho Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor;

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento;

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores;

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial;

7.6. Caso o artigo seja encaminhado sem resumo na língua inglesa, o autor automaticamente autoriza o Conselho Editorial a providenciar a tradução do resumo para o inglês.

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no âmbito da processualística do trabalho — uma breve incursão a respeito das teorias subjetiva e objetiva^(*)

Fernanda Antunes Marques Junqueira^(**) e Leonardo de Moura Landulfo Jorge^(***)

Resumo:

- A responsabilização extraordinária dos sócios pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica consiste em uma das mais intrigantes questões analisadas pelo Direito Societário e Econômico. Até então com previsão estritamente no plano do direito material, a desconconsideração da personalidade jurídica, apreendida como a sanção aplicada em razão da gestão patológica da sociedade, não contava com regramento processual a uniformizar sua procedimentalização. O novo Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 13.105/2015, todavia, regulamenta a questão ao criar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. A Consolidação das Leis do Trabalho, a seu turno, sofre de laconismo crônico quando o assunto é o afastamento temporário da autonomia patrimonial e, desse modo, a heterointegração das normas que compõem o edifício processual civil é imperiosa. Nesse diapasão, tem o presente artigo o escopo de analisar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua compatibilidade com o processo do trabalho, a partir de uma breve incursão sobre as teorias subjetiva e objetiva da *disregard doctrine*.

(*) Esse artigo é fruto de um trabalho desenvolvido pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, quando tive a oportunidade de ministrar o curso “As repercussões do Novo Código de Processo Civil na execução trabalhista”, nos dias 16 e 17 de novembro de 2015, tendo como um dos temas “o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica”, cuja conclusão foi desenvolvida pelos magistrados participantes: Ana Célia de Almeida Soares; Cândida Maria Ferreira Xavier; Cleide Aparecida Barbosa Santini; Eduardo Antônio O’donnell Galarça Lima; Giselle Bringel de Oliveira Lima David; Jailson Duarte; Jobel Amorim das Virgens Filho; Leonardo de Moura

Landulfo Jorge; Luciana Mendes Assumpção; Marcella Dias Araujo Freitas; Monica Harumi Ueda; Renata Nunes de Melo; Ricardo César Lima de Carvalho Sousa; Rinaldo Soldan Joazeiro; Soneane Raquel Dias Louira; Tiago Ruas Dieguez; e Veridiana Ullmann de Campos.

(**) Juíza do Trabalho Substituta do TRT/14ª Região. Mestre em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais.

(***) Juiz do Trabalho Substituto do TRT/14ª Região. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Instituto JusPodivm.

Palavras-chave:

- Incidente de desconsideração da personalidade jurídica — Processo do trabalho — Lacuna normativa — Teoria objetiva — Teoria subjetiva — Compatibilidade.

Abstract:

- The outstanding liability of the shareholders for obligations of the corporation consists of one of the most intriguing questions analyzed by the Corporate and Economic Law. Until then with strictly regulation among the right plan, piercing the corporate veil, perceived as a penalty imposed because of the pathological management of the company, did not have procedural rules to standardize its applicability. The new Civil Procedure Code, introduced by Law No. 13,105/2015, however, regulates the matter due to the incident of disregard of legal entity. The Consolidation of Labor Laws, in turn, suffers from chronic laconic when it comes to the temporary removal of patrimonial autonomy and thus the integration of standards that make up the civil proceedings building is imperative. In this vein, this paper has the scope to analyze the incident of disregard of legal entity and its compatibility with the labor process, from a brief foray on the subjective and objective theories of the disregard doctrine.

Key-words:

- Incident of disregard of legal entity — Labor process — Regulatory gap — Objective theory — Subjective theory — Compatibility.

Índice dos Temas:

- 1. Notas introdutórias
- 2. Construção conceitual da desconsideração da personalidade jurídica
- 3. Aspectos processuais do incidente de desconsideração da personalidade jurídica
- 4. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua compatibilidade com o processo do trabalho
- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

Que o processo não seja uma “roda viva”, que carrega o direito “pra lá”, mas estável no seu trâmite, paritário no diálogo, justo por excelência e democrático na essência.

Citação da autora, parafraseando a música “Roda Viva” de Chico Buarque.

1. Notas introdutórias

A responsabilidade patrimonial sempre foi um dos temas mais instigantes envolvendo a atividade jurisdicional executiva, notadamente no que diz respeito à extraordinária possibilidade

da prática de atos de invasão no patrimônio pessoal do gestor da sociedade empresária.

Aprioristicamente previsto no âmbito do direito material, sem precedente regulamentador na legislação processual — passada e atual — a desconsideração da personalidade jurídica, apreendida como sanção aplicável à gestão patológica da sociedade empresária, contou com peculiar dedicação do legislador infraconstitucional, no sentido de se perscrutar a procedimentalização e uniformização do instituto, que impõe a suspensão episódica

dos efeitos advindos e limitados pelo contrato constituidor da sociedade empresária.

Dentro dessa perspectiva, como resultado de uma discussão já travada pelos processualistas civis há mais de quinze anos, criou-se o chamado incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, cujo regramento está alinhado nos arts. 133 a 137 do vindouro Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015.

Indubitavelmente, tem suas bases fincadas na nova fase metodológica por que passa o processo civil, conhecida como formalismo-valorativo, dentro da qual se retoma a face dialética e argumentativa do processo, agregando-lhe a ideia de cooperação.

Por essa vereda, o princípio constitucional do contraditório é guinado para o epicentro de toda discussão processual, como indispensável na construção do formalismo-valorativo, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo.

Curial deixar claro que se está a falar do contraditório em *senso forte*, revitalizando o caráter argumentativo do direito — tão sufocado pela lógica apodítica no pensamento jurídico moderno — e que contou com expressa regulamentação pelo novo Código de Processo Civil, por meio dos seus arts. 6º, 7º, 9º e 10.⁽¹⁾

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

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.

Afinal,

[...] o juiz e as partes nunca estão sós no processo: o processo não é um monólogo; é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques.⁽²⁾

Não à toa poder dizer que subjacente à ideia do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica está a noção de contraditório em *senso forte*, em ordem a permitir que o sócio ou a própria pessoa jurídica manifeste-se a respeito da pretensão deduzida em juízo, sem que se limite à mera bilateralidade do discurso, mas como efetivo meio de influenciar na formação do convencimento do juízo.

Se, por um lado, possibilitou-se a proceduralização do instituto, oportunizando ao gestor o direito ao contraditório, em observância ao dever de consulta, própria dessa nova fase metodológica, aguçou os bancos acadêmicos e pretorianos sobre a sua compatibilidade com a processualística do trabalho, informal e célere por essência.

Nesse aspecto, em especial, a Consolidação das Leis do Trabalho, embora de pujante envergadura, sofre de um laconismo crônico, o que conduz ao necessário e vital diálogo entre ambos os ramos da ciência jurídica, especialmente para a reconstrução do procedimento laboral, como ferramenta pública indispensável à efetivação dos direitos sociais.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

(2) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Do formalismo no processo civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114

Dentro desse recorte epistemológico, avoluma-se sobremodo a importância do novo Código de Processo Civil para o aprimoramento do direito processual do trabalho, considerando a letargia dos legisladores em promover uma reforma no âmbito procedimental trabalhista, sintonizada com os postulados processuais contemporâneos.

É o que se buscará fazer nas breves linhas seguintes. Intenta-se, em verdade, tecer algumas pontuais considerações a respeito do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e a necessidade de sua aplicação na seara procedimental trabalhista.

Certamente, esse trabalho é o gérmen simplista de uma complexa discussão, da qual não se tem pretensão alguma de esgotar. Trata-se tão somente de um ponto, de uma obra ainda inacabada, cujas formas, cores e vida, aos poucos, hão de ser pinceladas.

2. Construção conceitual da desconconsideração da personalidade jurídica

A pessoa jurídica consiste em criação do direito com o desiderato principal de organizar a atividade econômica. Pode ser definida como o conjunto de pessoas ou de bens que tem por objetivo a consecução de determinados fins, dotado de existência, patrimônio e personalidade jurídica próprios.

Por isso, a lei civil assenta a base da pessoa jurídica no princípio da autonomia patrimonial, segundo o qual os bens sociais não se comunicam com os bens que compõem o patrimônio pessoal do gestor da sociedade empresária.

Se assim o é, não pode o sócio valer-se do véu da personalidade jurídica para a prática de fins contrários à ordem econômica, social e política.

Dessa premissa, pode-se extrair o conceito de desconconsideração da personalidade jurídica adotado pela doutrina brasileira, a qual é concebida como remédio para a gestão patológica da pessoa jurídica.

Marçal Justen Filho, com a propriedade que lhe é peculiar, define a desconconsideração da personalidade jurídica como:

[...] a ignorância para casos concretos e sem retirar a validade do ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida, a uma ou mais sociedade, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica.⁽³⁾

Trata-se de uma técnica de suspensão episódica do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar no patrimônio dos sócios, bens livres e desembaraçados que respondam pela obrigação contraída pelo ente coletivo.

Neste viés, não se confunde com a depersonalização, cuja finalidade repousa na extinção da pessoa jurídica, em situações anômalas, quando franqueada a sociedade por valores contrários ao direito.

Aliás, o precedente jurisprudencial que se prestou como paradigma para o desenvolvimento da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, teve como lastro o célebre caso *Salomon v. Salomon & Co.* Tão digno de nota que, para alguns, é considerado o gérmen da sedimentação da doutrina da desconconsideração, analisado pela corte inglesa no ano de 1897.

Aron Salomon era um fabricante de botas de couro e sapatos na segunda metade do século XIX, tendo, ao longo dos seus trinta anos como empresário individual, conseguido amealhar riqueza considerável.

No final do século XIX, com a participação de seus membros familiares no contrato social, transformou a empresa individual em sociedade de responsabilidade limitada, tendo Aron Salomon cedido seu próprio fundo de comércio. Ou seja, além de tornar-se sócio acionista majoritário, também permaneceu na condição de credor da sociedade, com títulos garantidos.

(3) JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 155.

No entanto, após sucessivos movimentos paredistas ocorridos na época, o governo inglês, que era seu principal cliente, resolveu diversificar seus fornecedores de botas e sapatos de couro, quando, então, os estoques da sociedade cresceram exponencialmente, não se conseguindo dar vazão à produção.

A partir desse momento, a sociedade passou a enfrentar sérias dificuldades financeiras, sendo que, na segunda metade do ano de 1893, entrou em liquidação, situação em que se verificou que os bens eram suficientes apenas à satisfação do crédito de que o próprio Salomon era titular, em prejuízo dos demais credores.

A discussão, a partir daí, passou a ser sobre a imputação de responsabilidade ao Aron Salomon pelo cumprimento das obrigações contraídas pela sociedade insolvente, considerando que a insolvência foi resultado da disfuncionalidade da pessoa jurídica.

As decisões iniciais consideraram que era possível estender a responsabilidade a Aron Salomon, em ordem a atingir seu patrimônio pessoal, já que teria abusado dos privilégios da constituição da sociedade.

Todavia, a decisão final, proferida pela *House of Lords*, foi unânime em defender a legalidade da constituição da sociedade, em reverência ao princípio da autonomia patrimonial, na qual os bens do ente coletivo são distintos da pessoa de seus gestores.

Essa decisão emblemática repercutiu e influenciou decisões posteriores em países como os Estados Unidos e a Alemanha.⁽⁴⁾

No Brasil, Rubens Requião, já na década de 70, dissertou sobre o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, tendo como marco teórico o precedente jurisprudencial da *House of Lords* — *Salomon v. Salomon & Co.*

Sua regulamentação, entretanto, somente foi absorvida pelo ordenamento jurídico pátrio anos mais tarde, com a promulgação da Lei n.

8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor —, diploma esse que dedicou atenção à doutrina da desconconsideração em seu art. 28 e respectivos parágrafos.

A Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), em seu art. 18, também tratou do instituto, o qual foi incorporado na Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), em seu art. 4º.

O Código Civil de 2002 consagrou a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica em seu art. 50, dispositivo que sedimentou tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se considerar a doutrina medida sancionatória aplicável nas hipóteses de gestão patológica da pessoa jurídica, seja nos casos de desvio de finalidade; confusão patrimonial; seja também nos casos de abuso do exercício do direito de propriedade, em detrimento de sua função social.

Dentro dessa perspectiva, desmembraram-se duas vertentes teóricas a respeito da doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica, sendo uma de índole essencialmente subjetiva, dada a necessidade de se comprovar a prática de ilícitos caducificantes para a sua incidência; e outra naturalmente objetiva, já que não se perscruta identificar e comprovar o elemento subjetivo, bastando o estado de insolvência para se redirecionar as medidas executivas em face do patrimônio pessoal dos sócios.⁽⁵⁾

A primeira, chamada de teoria maior ou subjetiva — que é a aplicada de forma geral — foi encampada pelo estatuto civilista, impedindo que o sócio invoque a autonomia patrimonial nas hipóteses de gestão patológica da pessoa jurídica. Retrato do aforisma: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

A segunda, aplicada de forma excepcional, em razão do direito tutelado merecer tratamento especial, a seu turno, foi consagrada pelo parágrafo 5º do art. 28 da Lei n. 8.078/90

(4) REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 350.

(5) Segundo a teoria dos ilícitos civis, consistem os ilícitos caducificantes na perda do exercício de um direito para seu autor (por exemplo, a perda do direito do sócio de ter sua responsabilidade limitada).

— Código de Defesa do Consumidor —, da qual prescinde a análise do elemento subjetivo, sendo suficiente para se autorizar a desconsideração da personalidade jurídica a inexistência de bens livres e desembaraçados da sociedade empresária para se atingir os bens pessoais de seus sócios.

Essa última tem sido a tônica no âmbito da processualística do trabalho, despidiendola a análise da prática de ilícitos caducificantes.

No entanto, segundo escólio de Fábio Ulhôa Coelho, a concepção subjetiva da *disregard doctrine* é mais apropriada, prestando-se para delimitar as situações que autorizam sua aplicação, ao passo que a teoria objetiva tem por finalidade precípua, auxiliar o demandante na produção de prova. De todo modo, importante destacar que ambas não se excluem, mas, ao contrário, complementam-se, abrangendo um maior número de hipóteses de incidência da medida sancionatória.⁽⁶⁾

E justamente, por se constituir em sanção aplicável nas hipóteses de mau uso da responsabilidade limitada, sua aplicabilidade deve ser precedida de análise criteriosa, em ordem a impedir sua banalização, conduzindo à desestruturação do próprio instituto da pessoa jurídica.

Prevalece a autonomia patrimonial, sendo a desconsideração da personalidade jurídica medida excepcional, no intento de se repreender as irregularidades e abusos cometidos pelos gestores, preservando os interesses da coletividade.

Além da desconsideração da personalidade jurídica, com vistas a atingir o patrimonial pessoal dos sócios, os bancos pretorianos enfrentaram situações nas quais os sócios, no intuito de furtar-se ao cumprimento da obrigação contraída, desviavam parte de seu patrimônio à pessoa jurídica, fenômeno esse que recebeu o nome de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

(6) COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 44.

Assentadas nas mesmas premissas que a *disregard doctrine of legal entity*, chama-se desconsideração inversa da personalidade jurídica a técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar bens no patrimônio da pessoa jurídica, por dívidas contraídas pelo sócio.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 948.117-MS, em data de 22.6.2010, em acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrighi, incorporou a desconsideração invertida, conforme se extrai de trecho abaixo reverberado:

[...] considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma [...].

Relevante destacar que, embora de aplicabilidade pelos Pretórios Brasileiros, a desconsideração inversa da personalidade jurídica aparece expressamente regulamentada pelo novo Código de Processo Civil. É admitida nas hipóteses em que se verifica a confusão entre o patrimônio do sócio e da sociedade, caracterizando-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação do gestor controlador.

Nada obstante, a doutrina da desconsideração, seja ela invertida ou não, retrata um avanço e, ao mesmo tempo, uma proteção ao instituto da pessoa jurídica, na medida em que “quem nega a personalidade é quem

dela abusa, pois quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a afirma”.⁽⁷⁾

De todo modo, até então, a desconconsideração da personalidade jurídica, apreendida como sanção aplicável à gestão patológica da sociedade empresária, carecia de normas processuais delineando os passos de como procedimentalizá-la, embora com vasto regramento no âmbito do direito material.

O novo Código de Processo Civil, nessa perspectiva, regulamenta a questão, pondo fim a esse vácuo legislativo, ao criar o chamado “incidente de desconconsideração da personalidade jurídica”. É o que será analisado a seguir.

3. Aspectos processuais do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica está geograficamente disposto no Título III, Capítulo I, da Lei n. 13.105/2015, que trata das hipóteses de intervenção de terceiro, mais especificamente nos arts. 133 a 137.

Aprioristicamente, pode-se afirmar que consiste o incidente de desconconsideração em modalidade de intervenção de terceiro, o que demonstra que não há necessidade de sua instauração se for o caso de natureza secundária da responsabilidade patrimonial do gestor da sociedade empresária (art. 790, II do novo CPC). Tanto o é que, nesses casos, o procedimento a ser adotado está previsto no art. 795 e parágrafos da Lei n. 13.105/2015.

Nesse aspecto, curial destacar que a Lei n. 9.099/99, que instituiu os Juizados Especiais, expressamente proíbe a intervenção de terceiros nos feitos submetidos a sua apreciação, na medida em que se prestigiam os princípios da informalidade, oralidade e celeridade.⁽⁸⁾

(7) REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 17.

(8) Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.

Partindo-se dessa premissa, então, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica seria inaplicável aos feitos sujeitos ao crivo dos Juizados Especiais, notadamente porque se trata de modalidade de intervenção de terceiro.

Essa conclusão, todavia, seria um absoluto *contra sensu*, máxime porque o incidente tem como principal desiderato uniformizar o *modus* de aplicação da *disregard doctrine*.

Para se evitar esse imbróglio, o novo Código de Processo Civil, nas disposições finais, em seu art. 1.062⁽⁹⁾, expressamente dispõe sobre a compatibilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aos feitos submetidos à chancela dos Juizados Especiais, sem que isso importe em violação à essência informal e oral do rito procedimental, o que faz presumir a sua aplicabilidade ao processo laboral, desde que não haja incompatibilidade.

Ao contrário do que ordinariamente acontece até a presente data, considerando que a desconconsideração da personalidade jurídica é medida que incide sobre a fase de cumprimento de sentença ou de execução, o incidente é cabível em todas as fases do processo, inclusive, em grau recursal.⁽¹⁰⁾

Por se tratar de modalidade de intervenção de terceiro provocada, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinado *ex officio*, em respeito ao princípio do dispositivo. Nessa senda, deve ser requerido pela parte, de forma fundamentada, pela natureza de demanda do incidente, ou pelo Ministério Público, nos casos que justificam sua intervenção.⁽¹¹⁾

(9) Art. 1.062. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.

(10) Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

(11) Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Nada impede que o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica venha acoplado à postulação inicial, hipótese em que não se instaura o incidente, já que o sócio ostentará a condição de parte. Nesse caso, o litisconsórcio passivo é inicial e facultativo.⁽¹²⁾

Além do incidente de desconsideração promover o chamamento do sócio para integrar a relação jurídica processual, tem como principal efeito a ampliação do objeto litigioso do processo. Acresce-se à pretensão deduzida em juízo um novo pedido: aplicação da medida sancionatória da desconsideração da personalidade jurídica ao terceiro.

Por isso, a formulação do pedido deve vir precedida de fundamentação, observados os postulados processuais que autorizam sua intervenção, sob pena de indeferimento pela pecha da inépcia.⁽¹³⁾

Isso porque, ao pedir a desconsideração, a parte ajuíza uma demanda contra alguém; deve, pois, observar os pressupostos da demanda.

Assim, instaurado o incidente, o terceiro/sócio será citado para manifestar-se no prazo de 15 dias, oportunidade em que deverá requerer a produção de provas que entender necessárias e adequadas.⁽¹⁴⁾

Com essa regra, concretiza-se o princípio constitucional do contraditório, tal como concebido na nova fase metodológica por que passa o processo civil, traduzindo-se no direito que a parte tem de influenciar objetivamente na formação do convencimento do órgão julgador.

Revitaliza-se a face dialética e argumentativa do direito, oportunizando o contraditório e

embargando o nefasto efeito surpresa, veementemente embargado pelo princípio da proteção à confiança, desdobramento do princípio constitucional da segurança jurídica.

Instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, suspende-se a marcha processual em face do terceiro chamado a integrar a relação jurídica processual, ressalvada a hipótese de ter sido formulado juntamente com a postulação inicial.⁽¹⁵⁾

Cumprir registrar que este dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da razoável duração do processo, de modo que os atos processuais da ação principal só devem ser suspensos em face dos sócios, não havendo justificativa para se sobrestar a marcha processual em face das partes que não serão diretamente atingidas pela decisão a ser proferida no incidente.

Em vista de sua natureza de demanda, o incidente será resolvido por decisão interlocutória e, portanto, impugnável mediante o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, inciso IV, do novo CPC). Se for por decisão de relator, caberá agravo interno (art. 136, parágrafo único do novo CPC). Se decidido em sentença, o caso é de apelação (art. 1.022 do novo CPC).⁽¹⁶⁾

A decisão que acolhe o pedido de desconsideração importa na ineficácia dos bens alienados ou onerados pelo sócio em relação ao requerente, porque assim realizados em fraude à execução (art. 792 do novo CPC).⁽¹⁷⁾

Curial destacar que a decisão proferida em sede do incidente de desconsideração da personalidade jurídica reveste-se de decisão

(12) Art. 134, § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

(13) Art. 134, § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

(14) Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

(15) Art. 134, § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

(16) Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

(17) Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

de mérito e, nessa senda, apta à coisa julgada material e à ação rescisória.

Por derradeiro, aplica-se ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica o regime de tutela provisória de urgência. Pode-se, então, requerer a antecipação dos efeitos da desconconsideração, uma vez preenchidos os pressupostos gerais próprios das tutelas de urgência.

Se, por um lado, a questão é solucionada no âmbito do processo civil, essa mesma questão é problematizada na esfera processual trabalhista, na medida em que há um laconismo crônico a respeito da desconconsideração da personalidade jurídica no diploma de 1943, e a sua aplicação é realizada de forma excepcional em razão do direito tutelado merecer tratamento especial.

O ponto nevrálgico reside no seguinte questionamento: o processo do trabalho abrirá suas majestosas portas para o novel instituto criado pelo Código de Processo Civil de 2015? Uma tentativa de resposta será desenvolvida a seguir, atentando-se para as particularidades inerentes à processualística do trabalho, sem que a heterointegração de norma alienígena importe na desnaturação de sua científica autonomia, tampouco na desconstrução de seus principais pilares de sustentação.

4. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua compatibilidade com o processo do trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho sempre manteve um diálogo próximo com as normas que compõem o edifício processual civil, considerada a lacunosidade de que ainda se ressentia o diploma celetista.

O imobilismo na construção de norma processual trabalhista própria, abrangente e sistematicamente orientada, tem produzido efeitos nefastos para o amadurecimento da disciplina, produzindo uma situação de dependência ao Código de Processo Civil.

Nada obstante, a Consolidação das Leis do Trabalho sempre manteve um íntimo relacionamento com as normas do procedimento comum, dada a permissividade expressa no art. 769 de seu texto.⁽¹⁸⁾

Por certo, essa comunicação se tornará ainda mais próxima com a normatização trazida pelo novo Código de Processo Civil a respeito da procedimentalização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Prima facie, mister salientar que a processualização da *disregard doctrine* trazida pelo novo Código de Processo Civil é digna de elogios, na medida em que, até o momento, o tema era tratado tão somente no plano de direito material, sem prática uniforme de sua procedimentalização pelos tribunais brasileiros.

Aliás, foi justamente imbuído desse forte sentimento de imprimir segurança jurídica e previsibilidade ao rito procedimental que o Código de Processo Civil, em seu art. 15, cuidou de expressamente normatizar a possibilidade de heterointegração de suas normas no âmbito da processualística do trabalho, subsidiária e supletivamente.⁽¹⁹⁾

Não que tenha o art. 15 derogado o antigo art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, mas veio a complementar os seus termos, na medida em que se autoriza a aplicação supletiva da norma processual civil, quando incompleta a norma celetista ou, então, na hipótese de lacuna, cuja aplicação se é levada a efeito de forma subsidiária.

No caso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, a aplicação do seu regramento é operada de forma subsidiária, dado o crônico laconismo do diploma celetista

(18) Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

(19) Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

e sua compatibilidade diante da necessidade do maior aprofundamento da fase cognitiva deste tipo de demanda.

Nesse diapasão, a primeira crítica que alguns operadores do direito do trabalho fazem à aplicabilidade do instituto é que sua introdução passaria ao largo dos princípios da celeridade, informalidade e oralidade, postulados esses subjacentes à concepção de processo do trabalho.⁽²⁰⁾

Acresce-se ainda o fato de que o processo civil é regido pelo princípio do dispositivo, ao passo que, no âmbito do processo laboral, essa mesma proposição revela-se por deveras mitigada, tanto que a execução pode ser promovida de ofício, sem necessidade de requerimento prévio da parte.⁽²¹⁾

Outro ponto sustentado pelos doutrinadores, no sentido de embargo ao instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, reside na possibilidade de impugnação da decisão que resolve o incidente mediante o manejo do recurso de agravo de instrumento, sem qualquer correspondência no procedimento laboral, em vista da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias, encampada pelo parágrafo 1º do art. 893 da CLT.⁽²²⁾

Digladia-se também a possibilidade de suspensão da marcha processual em relação ao sócio investigado, prevista expressamente no art. 134, parágrafo 3º do novo Código de Processo de Civil, com a previsão normativa inculpada nos arts. 799 e 852-G da Consolidação das Leis do Trabalho, em ordem a permitir a

suspensão do feito somente nas hipóteses de arguição de exceção de incompetência relativa ou questões processuais afeitas ao impedimento e/ou suspeição do órgão julgador.⁽²³⁾

Nesse sentido, segue o escólio de Cleber Lúcio de Almeida, para quem inexiste compatibilidade entre o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e a processualística do trabalho:

[...] O princípio da simplificação das formas e procedimentos, que informam o direito processual do trabalho, impede a instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo, em especial com força suficiente para a suspensão do processo, no caso de o pedido de desconconsideração não constar da petição inicial. [...] Destarte, não é compatível com o direito processual do trabalho a previsão de que, requerida a desconconsideração da personalidade jurídica, deverá ser instaurado incidente, com suspensão do processo, medida que se mostra, inclusive, injustificável, na medida em que faz depender do reconhecimento do crédito (objeto da demanda) a fixação da responsabilidade pela satisfação (objeto do incidente). Se a desconconsideração for examinada em sentença, contra esta pode ser interposto recurso ordinário. Na execução, a decisão sobre a desconconsideração é interlocutória, o que a torna irrecurível (art. 893, § 1º da CLT), podendo o sócio (desconconsideração clássica) ou a pessoa jurídica (desconconsideração inversa) voltar ao tema em embargos à execução, a serem ajuizados depois da garantia do juízo.⁽²⁴⁾

(20) Dentre os operadores de direito que já se manifestaram desfavoráveis à aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, citam-se: Mauro Schiavi; Cléber Lúcio de Almeida; Manoel Antônio Teixeira Filho.

(21) Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

(22) Art. 893, § 1º Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

(23) Art. 799. Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência.

Art. 852-G. Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo. As demais questões serão decididas na sentença.

(24) ALMEIDA, Cleber Lúcio. Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica. In: *O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.294.

Todavia, sem embargo de opiniões divergentes, não se verifica qualquer tipo de incompatibilidade orgânica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica com o processo do trabalho.

É de se destacar que os atributos da celeridade e da efetividade, típicos do procedimento trabalhista, não podem servir de pretexto para solapar as garantias do contraditório e da ampla defesa, as quais subjazem à noção de formalismo-valorativo, tendo como marco teórico a era de governabilidade inaugurada pela Constituição de 1988.

Por outro lado, segundo lição de Wolney de Macedo Cordeiro:

[...] a falta de um regramento específico para a inserção do sócio no âmbito da tutela executiva, fazia emergir certo maniqueísmo no trato da responsabilização extraordinária, pressupondo sempre inequívoca a vinculação do terceiro à relação executiva.⁽²⁵⁾

Por óbvio, alguns temperamentos devem ser feitos na absorção do instituto na sistemática do direito processual do trabalho, mediante a observância das peculiaridades deste ramo da processualística e as razões pelas quais será realizada a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, já que no processo laboral é possível que a desconsideração se opere tanto com base na teoria menor como também com esse que na teoria maior.

Nessa senda, a análise de sua compatibilidade deve ser feita sob duas premissas: a primeira, que encampa a teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica e a segunda, que alberga a teoria objetiva, tal como descrita no art. 28, § 5º da Lei n. 8.078/90.

A Emenda Constitucional de 45/2004 ampliou sobremaneira a competência da Justiça Laboral, que passou a processar e julgar as relações de trabalho, as quais contam com a

chancela do direito civil. Não era para menos, considerando que esse ramo do Poder Judiciário se debruça diariamente na lida com as contradições inerentes à relação dicotômica — sempre ambígua — capital/trabalho.

Desse modo, para aquelas ações nas quais o objeto da pretensão reside em relações de trabalho, que não a de emprego, a teoria subjetiva ganha maior peso, considerando tratar-se da regra geral reverberada no art. 50 do Código Civil de 2002. Esse mesmo raciocínio se empresta às execuções de título extrajudicial, como, por exemplo, nas hipóteses de inscrição de dívida ativa pelas multas decorrentes da fiscalização levada a efeito pelas Superintendências Regionais do Ministério do Trabalho e Emprego; disputa sindical; execução fiscal; entre outras.

Nesses casos, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica se torna imperativa, mesmo em se tratando de procedimento submetido ao crivo da Justiça do Trabalho, já que a dilação probatória não só é necessária, mas vital, para se afastar temporariamente a autonomia patrimonial, porquanto mister a prova da gestão patológica da sociedade empresária.

E assim é feito tal como o regramento esquadrinhado pelo novo Código de Processo Civil, ressalvada tão somente a sistemática recursal trabalhista, nos termos da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST.

Isso significa que a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica deve ser requerida pela parte, em petição fundamentada, ou pelo Ministério Público do Trabalho, nas hipóteses que justificam sua intervenção.

Por óbvio, que, na ação trabalhista, também poderá o pedido constar da postulação inicial, despicinda a instauração do incidente.

Ressalvada essa hipótese acima, a instauração do incidente de desconsideração suspenderá o curso do processo em face do sócio, a quem se pretende responsabilizar, que terá o prazo

(25) CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. Conforme o novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 182-183.

de 15 dias para se manifestar, apresentando as provas que entender pertinentes. Prazo e procedimento compatíveis com o processo laboral.

Superada a fase instrutória do incidente de desconconsideração, este será resolvido por decisão interlocutória, irrecorrível de imediato. Em se tratando de decisão terminativa, na fase de execução (rejeição da desconconsideração da personalidade), desafiará o recurso de agravo de petição, no prazo de 08 dias (art. 897, “a” da CLT).

Reconhecida a desconconsideração da personalidade jurídica, nada impede que o sócio maneje, em momento posterior, embargos à execução, na forma do art. 884 da CLT, após devidamente garantido o juízo, já que o incidente de desconconsideração e os embargos do devedor são institutos distintos que não se confundem.

Nesse sentido é o ensinamento de Wolney de Macedo Cordeiro:

[...] Havendo ou não instrução processual, o juiz resolverá o incidente por intermédio de decisão interlocutória. Assim sendo, não poderá o sócio apresentar agravo de petição de forma imediata, pois, após a constrição de seu patrimônio, poderá manejar os embargos à execução (CLT, art. 884). No entanto, quando a desconconsideração é negada, caberá o manejo do agravo de petição, pois essa decisão afeta o credor, que não dispõe de nenhum meio impugnativo específico para discutir a deliberação judicial.⁽²⁶⁾

A seu turno, em se tratando de relações de emprego, regulamentadas pelo diploma consolidado e leis esparsas, a regra geral é pela aplicação da teoria objetiva da desconconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que ordinariamente acontece nas relações de trabalho albergadas pelo direito civil.

(26) CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. Conforme o novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 184.

Sob esse prisma, é assente nos bancos acadêmicos e pretorianos a encampação do art. 28, § 5º do CDC nas relações de emprego, mesmo porque se está diante de um credor invariavelmente hipossuficiente, em relação ao qual a demonstração inequívoca de abuso do exercício do direito de propriedade representa tarefa, na maior parte dos casos, hercúlea e, portanto, inexequível.

Assim é que basta o estado de insolvência da pessoa jurídica para que o patrimônio pessoal dos gestores responda pelas obrigações contraídas, despicienda a investigação do elemento subjetivo.

Vale dizer, a teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica dispensa qualquer dilação probatória, de modo que se assemelha a uma hipótese de responsabilidade secundária dos sócios, aplicando-se, analogicamente, o procedimento disposto no art. 795 do novo CPC.⁽²⁷⁾

De sorte que a instauração do incidente, nessas hipóteses, mostra-se desnecessária e inútil, considerada a objetividade dos critérios adotados pela teoria menor.

Curial deixar claro que, também, nesses casos, não será possível a instauração do incidente de desconconsideração da pessoa jurídica na fase de conhecimento, já que, até então, não é possível aferir se a personalidade jurídica da empresa representará um obstáculo para a satisfação das obrigações contraídas.

(27) Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.

§ 3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

§ 4º Para a desconconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

Em outros dizeres, na fase de conhecimento, ainda que verse a questão sobre relação empregatícia, o incidente de desconconsideração só tem aplicabilidade caso seja calcado na teoria maior, e se processará na forma das normas e postulados processuais vaticinados no CPC de 2015.

Por outro lado, deixa de ter utilidade a instauração do incidente na fase executiva, caso se trate da aplicação da teoria menor, já que o simples fato de inexistência de bens livres e desembaraçados da pessoa jurídica é suficiente para se determinar o afastamento temporário da autonomia patrimonial, prescindindo de dilação probatória.

O procedimento a ser adotado nestas hipóteses já está sedimentado no art. 68, III da Consolidação dos Procedimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho:

Art. 68. Ao aplicar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:

[...]

III - determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 596 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência ou não da sua responsabilidade executiva secundária.

Trata-se do mesmo procedimento a ser adotado nos casos de responsabilidade secundária dos sócios, previsto no art. 795 do novo CPC.

Em síntese, inexistente incompatibilidade do novel instituto com as nuances e particularidades do processo do trabalho, desde que se tenha por incidência os critérios alinhavados pela teoria subjetiva da desconconsideração da personalidade jurídica, quando, então, a cognição exauriente se apresenta necessária, oportunizando ao terceiro o direito de manifestar-se, em ordem a influenciar objetivamente no convencimento do juízo.

De outra ponta, desnecessária sua instauração para os casos de aplicação da teoria objetiva, como ordinariamente acontece nas relações de emprego, já em fase de cumprimento de sentença, quando a dilação probatória se mostra desnecessária frente aos critérios objetivamente considerados.

5. Considerações finais

O laconismo crônico que acomete o direito processual do trabalho torna cada vez mais imprescindível a aplicação das disposições do direito processual civil.

A promulgação do novo Código de Processo Civil faz com que esse quadro se agudize, com a necessidade de incursão nas diretrizes do processo comum, notadamente no que diz respeito ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, o qual tem como principal desiderato a uniformização do procedimento, cuja regulamentação até então ficava adstrita ao plano do direito material.

Por isso, não se cogita incompatibilidade do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica com o processo do trabalho, mesmo porque não podem os princípios da celeridade e efetividade se sobreporem ao princípio constitucional do contraditório, o qual — diga-se de passagem — ganha local de destaque na consagração do formalismo-valorativo, traduzindo o processo em verdadeiro direito constitucional aplicado.

Nessa senda, a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica sempre será imperativa quando se albergar os critérios alinhavados pela teoria subjetiva, já que, nesses casos, a dilação probatória é intrínseca ao procedimento, na perscrutação do elemento subjetivo capaz de autorizar a responsabilização extraordinária.

Para as demais hipóteses, a seu turno, em que se privilegia a teoria objetiva da desconconsideração da personalidade jurídica, tal como acontece nas relações de emprego, em fase de cumprimento de sentença, a cognição exauriente se apresenta

inócua, considerando que a insolvência da sociedade é fator que autoriza o redirecionamento das medidas executivas em face do patrimônio pessoal do sócio, sem que haja necessidade de comprovação do elemento subjetivo.

6. Referências bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Manual de execução cível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ALMEIDA, Cleber Lúcio. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: *O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Fábio Ulhóa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. Conforme o novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte*

geral e processo de conhecimento

. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho — de acordo com o novo CPC*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista A. *Curso de processo civil*. v. 2 — Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Execução no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2001.

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o processo do trabalho

Adalberto Martins^(*)

Resumo:

- O presente trabalho objetiva breve análise do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n. 13.105/15, atual Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), e discutir eventual cabimento na seara processual trabalhista. Para cumprir referido desiderato, foram retomados os conceitos básicos da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e discutido o alcance do art. 769 da CLT, no contexto do art. 15 do CPC/2015, à luz da doutrina e jurisprudência correspondente. Finalmente, concluímos que o incidente mencionado não se harmoniza com o sistema recursal tampouco com as regras e princípios que norteiam o processo do trabalho, além de comprometer a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CR).

Abstract:

- The present paper analyzes the procedure related to the disregard of corporate entity, introduced by the Legislative Bill n. 13.105/15, current Code of Civil Procedure (articles 133 to 137), and discusses the application in the labor lawsuit. To accomplish that, were resumed basic concepts of the theory of the disregard of corporate entity and discussed the scope of the article 769 of the Consolidation of the Labor Laws, in the context of article 15 of the Code of Civil Procedure/2015, considering the doctrine and the case law. Finally, the conclusion is that the mentioned procedure is not compatible with the appeal system nor with the rules and principles of the labor lawsuit, in addition to compromise the reasonable development of the legal process (article 5º, LXXVIII, Federal Constitution).

Palavras-chave:

- Desconconsideração da personalidade jurídica — Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica — Aplicação subsidiária do art. 769 da CLT — Aplicação subsidiária e supletiva do art. 15 do CPC/2015.

(*) Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Vice-diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (EJUD-2) no biênio 2014-2016, professor doutor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (cursos de graduação

e programa de mestrado e doutorado, membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

Key-words:

- ▶ Disregard of corporate entity — The procedure of the disregard of corporate entity — Subsidiary application of the article 769 of the Consolidation of the Labor Laws — Subsidiary application of the article 15 of the Code of Civil Procedure/2015.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica
- ▶ 3. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil
- ▶ 4. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional trabalhista é comum a todos aqueles que militam no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo de conhecimento notório a taxa de congestionamento de processos na fase de execução. O cumprimento da sentença depende, muitas vezes da abnegação e perspicácia de magistrados e servidores comprometidos com a causa da justiça, para fazerem bom uso dos instrumentos que são colocados à disposição.

A desconconsideração da personalidade jurídica é um dos instrumentos a serviço da efetividade da jurisdição, desenvolvida inicialmente para coibir situações de confusão patrimonial e fraudes que provocavam a dilapidação de bens da pessoa jurídica, e consequente frustração do cumprimento de obrigações, enquanto os sócios continuavam sustentando uma vida próspera e confortável.

Consiste, basicamente, na possibilidade de responsabilização dos sócios pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica e que teve as primeiras manifestações há mais de sessenta anos na Justiça do Trabalho⁽¹⁾.

O presente trabalho não objetiva traçar, de forma exaustiva, a evolução histórica da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, pois muitos autores já o fizeram com maestria. Assim, revisitaremos o tema, com algumas considerações sobre a pertinência das denominadas teorias objetiva e subjetiva, visando a estabelecer o contexto para lançar luzes sobre o cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito processual trabalhista, por aplicação subsidiária e supletiva dos arts. 133 a 137 do CPC/2015. E aproveitaremos a oportunidade para tecer considerações sobre a impertinência do suprimento de lacunas ontológicas e axiológicas por meio da aplicação subsidiária do direito processual comum.

Finalmente, lançamos os fundamentos pelos quais o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não se harmoniza com os princípios que regem o processo do trabalho, notadamente, a simplicidade e a busca da celeridade.

2. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica

A teoria da desconconsideração da pessoa jurídica remete ao tema da responsabilização dos

(1) Bianca Bastos noticia um julgado publicado em 16.8.1948, oriundo da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro e que chegou ao Tribunal Superior do Trabalho, em que se reconheceu a confusão

patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e do sócio que manejava os embargos de terceiro. Cf. *Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária*. São Paulo: LTr, 2011. p. 156.

sócios da pessoa jurídica na fase de execução do julgado, não obstante possa ocorrer já na fase de conhecimento.

Sob a égide do art. 20 do Código Civil de 1916, “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, muitas críticas foram endereçadas aos julgados da Justiça do Trabalho que, inspirados na despersonalização do empregador, concebida pelo art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, no art. 596, § 1º, do CPC/1973, “Cumpra ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito” e art. 135 do Código Tributário Nacional, “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior⁽²⁾; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” procuravam vincular o patrimônio dos sócios ao crédito trabalhista, situação que acabou consolidada a partir da década de 1990 em face da teoria da desconsideração da personalidade jurídica positivada na Lei n. 8.078/90⁽³⁾, cujas primeiras manifestações ocorreram no sistema anglo-saxão, em meados

do século XIX⁽⁴⁾, sob a denominação de *disregard of legal entity* ou *disregard doctrine* e que, no Brasil, contou com a manifestação pioneira de Rubens Requião, em 1969, ao traduzir o trabalho de Rolf Serick, professor da Universidade de Heidelberg (Alemanha) e publicar o artigo “Abuso de Direito e Fraude através da personalidade jurídica”⁽⁵⁾.

Enfim, a prática trabalhista foi plenamente consagrada no art. 28 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), comportando aplicação subsidiária ao processo do trabalho as disposições de seu §5º: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Isto porque, a exemplo das relações de consumo, as relações de trabalho costumam envolver uma relação desigual, nas quais a proteção ao trabalhador é imperativo de ordem social.

Na sequência, o atual Código Civil (Lei n. 10.406/02), promulgado em 10.1.2002, consagrou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso ou desvio de finalidade, em seu art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens

(2) O art. 134 do Código Tributário Nacional alude a responsabilidade solidária quanto à obrigação tributária, nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, dos administradores de bens de terceiros e dos sócios (no caso de liquidação de sociedade de pessoas), entre outros.

(3) Sabemos que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a responsabilidade patrimonial dos sócios por obrigações contraídas pela pessoa jurídica em algumas situações legalmente previstas, mas, para os objetivos deste trabalho, não vislumbramos a necessidade de discorrer sobre a distinção.

(4) A doutrina costuma mencionar o caso entre *Bank of United States versus Deveau*, relatado pelo Juiz Marshall na Suprema Corte norte-americana, por volta de 1809 (cf. MUNIZ, Livia Gomes. *A desconsideração da personalidade jurídica no Brasil*. Teorias e jurisprudência, p. 9, disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20395/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-brasil>>. Acesso em: 7 jan. 2016 às 15h40), e o caso *Solomon versus Solomon & Co.* ocorrido na Inglaterra, em 1897 (Cf. FERREIRA, Daniel Franco. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, p. 10, disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3/20505337.pdf>> Acesso em: 7 jan. 2016 às 16h).

(5) Cf. MUNIZ, Livia Gomes, ob. cit., p.11.

particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

A doutrina costuma identificar a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica estampada no art. 50 do Código Civil como teoria subjetiva (ou teoria maior); enquanto a situação do art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) consagra a teoria objetiva (teoria menor).

Assim, na hipótese do art. 50 do Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica pressupõe o elemento subjetivo que consiste na prática de atos que configuram abuso ou desvio de finalidade, muitas vezes com o intuito de fraudar ou lesar credores, a exemplo da confusão patrimonial; enquanto na situação do art. 28, §5º, da Lei n. 8.078/90, o pressuposto básico da desconsideração é a própria dificuldade de ressarcimento do credor (elemento objetivo). Na Justiça do Trabalho é recorrente a afirmação de que se aplica a teoria menor (teoria objetiva) da desconsideração da personalidade jurídica, a exemplo da seguinte ementa de julgado:

“Na Justiça do Trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica da ré não exige a comprovação de má administração, abuso ou desvio de finalidade, bastando a constatação de insuficiência do patrimônio empresarial e inadimplência do crédito trabalhista. Aplica-se a previsão do art. 28, § 5º do CDC”. (TRT/SP – 00024046420115020064 – 17ª Turma, Acórdão n. 20140835126 - Rel. Juíza convocada Thaís Verrastro de Almeida, publicado em 26.9.2014);

“[...] O direito do trabalho adota a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, sendo certo que a mera demonstração de inaptidão financeira é suficiente para atingir o patrimônio do sócio. Inteligência do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) [...]”. (Proc. TRT/SP n. 0019600-21.1992.5.02.0482 – 8ª Turma, Acórdão n. 20150481556, Rel. Des. Rovirso Aparecido Boldo, publicado em 10.6.2015)

No entanto, sem retirar o brilho e o mérito das ementas de julgado transcritas anteriormente, impõe-se observar que a aplicação da teoria objetiva se inspira, antes de mais nada, no próprio art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que parte da premissa de que o empregador é a empresa. Neste sentido, para algumas situações de empregadores enquadrados no art. 2º, § 1º, da CLT, “Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”, não parece justo nem razoável invocar-se a teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica para assegurar o crédito trabalhista. Vários exemplos de empregadores nesta situação podem ser destacados: centros acadêmicos, grêmios recreativos, instituições religiosas, orfanatos, casas de repouso e inúmeras entidades que integram o terceiro setor.

Nas situações mencionadas no parágrafo anterior, imperativos de justiça recomendam a aplicação da teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Vale dizer, os dirigentes de referidas pessoas jurídicas só devem ser responsabilizados nas hipóteses de abuso ou desvio de finalidade, inclusive para fins trabalhistas, não se podendo argumentar, de forma generalizada, que os “sócios” se locupletaram com o trabalho do empregado ou que assumiram o risco de uma atividade econômica⁽⁶⁾.

(6) “Associação. Desconsideração da personalidade jurídica. Prova de abuso. Necessidade. Conforme o art. 50, do CC, a desconsideração da personalidade jurídica é possível quando evidenciado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, o que não foi sequer alegado pelo exequente. Em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos, é de se notar a ausência de repartição de eventuais excedentes operacionais (art. 3º, do estatuto), conjuntura que deixa indene de dúvida a necessidade da comprovação de má gestão pelo corpo diretivo da entidade. Ausente ao menos indício de abuso da personalidade jurídica, impõe-se a exclusão do agravante do polo passivo da reclamação

Neste mesmo sentido, entendemos que não se deve invocar a teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e, por óbvio, nem o fato da despersonalização do empregador, quando o objetivo é promover a execução de alguns julgados que decorrem da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

3. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

O art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho consagra a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho, nos seguintes termos: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

O dispositivo consolidado sempre amparou as teses contrárias à afirmação de que o Direito Processual do Trabalho goza de autonomia científica, na medida em que depende do processo comum para resolver várias situações. No entanto, é preciso lembrar que a autorização contida no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho pressupõe a omissão da legislação processual trabalhista e a compatibilidade da disposição do processo comum às regras e aos princípios que norteiam o processo do trabalho, notadamente a celeridade processual e a simplicidade nos procedimentos⁽⁷⁾, os quais se apresentam com maior densidade do que no processo comum. Além disso, referida

autorização mais acentua o fato de que o direito processual do trabalho está perfeitamente integrado ao ordenamento jurídico e reclama análise sistemática de seus institutos.

Torna-se oportuno mencionar, neste tópico, que ainda não fomos seduzidos pela tese de que o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a aplicação subsidiária do direito processual comum, também, nas situações de lacunas axiológicas e ontológicas, e não apenas nas situações de lacunas normativas⁽⁸⁾. Não desconhecemos que a partir do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale⁽⁹⁾, e da concepção de que, ao contrário dos estudos de Hans Kelsen, o Direito não é apenas norma, foi possível a intensificação de estudos em torno das lacunas, e que, no Brasil, foram capitaneados por Maria Helena Diniz, que se dedicou às diversas classificações de autores europeus e sintetizou seu estudo da seguinte forma:

No nosso entender, ante a consideração dinâmica do direito e a concepção multifária do sistema jurídico, que abrange um subsistema de normas, de fatos e de valores, havendo quebra da isomorfia, três são as principais espécies de lacunas: 1^a) *normativa*, quando se tiver ausência de norma sobre

trabalhista. Agravo de petição ao qual se dá provimento. (TRT/SP – 01501006820095020034 – AP – AC. 11^a T 20130407970 – Rel. Sergi Roberto Rodrigues – DOE 29.9.2013)

- (7) João Humberto Cesário identifica sete colunas de sustentação do processo do trabalho, e que denomina núcleo duro da disciplina: protecionismo, inquisitividade, concentração dos atos processuais, imediação, oralidade, simplicidade procedimental e celeridade processual. Cf. O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015, *Revista Trabalhista: direito e processo*, ano 14, n. 53, p. 144, jan./mar. 2015.

- (8) Em sentido contrário: João Humberto Cesário (ob. cit., p. 144-146); DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 27, n. 315, p. 84, out. 2015, e muitos autores que costumam invocar a existência de lacuna axiológica no direito processual do trabalho para permitir a aplicação de disposições inovadoras do processo comum, a exemplo do art. 475-J do CPC revogado pela Lei n. 13.105/15 (atual Código de Processo Civil).

- (9) “Desse modo, pela primeira vez, em meu livro *Fundamentos do Direito*, eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato, como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia; Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor”. Cf. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 119

determinado caso; 2ª) *ontológica*, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o ancilosoamento da norma positiva; e 3ª) *axiológica*, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for, aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.⁽¹⁰⁾

O fato é que o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a aplicação subsidiária do direito processual comum “nos casos omissos”, expressão que remete apenas às lacunas normativas⁽¹¹⁾. Não vemos razão

lógica para se desprezar a norma processual trabalhista sob o fundamento de que se tornou obsoleta em face das modernidades do processo comum. Nosso desafio é vivificar os princípios que são peculiares ao processo do trabalho, imprimindo a necessária efetividade da jurisdição trabalhista com os instrumentos colocados à disposição pelo legislador e não desprezá-los ao menor sinal de que a grama do vizinho parece mais verde.

Com a adoção do entendimento delineado no parágrafo anterior, não desprezamos as concepções pós-positivistas do Direito, e reputamos exagerada a afirmação de que se trata de concepção dogmática ou meramente positivista, pois reconhecemos que o Direito não se restringe às normas jurídicas⁽¹²⁾, e não desconhecemos a

(10) Cf. *As lacunas no direito*. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989. p.97.

(11) Neste sentido, manifesta-se a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho: **INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO – EXISTÊNCIA DE REGRA PRÓPRIA NO PROCESSO TRABALHISTA**. 1. O art. 475-J do CPC dispõe que o não pagamento pelo devedor em 15 dias de quantia certa ou já fixada em liquidação a que tenha sido condenado gera a aplicação de multa de 10% sobre o valor da condenação e, a pedido do credor, posterior execução forçada com penhora. 2. A referida inovação do Processo Civil, introduzida pela Lei n. 11.232/05, não se aplica ao Processo do Trabalho, já que tem regramento próprio (arts. 880 e seguintes da CLT) e a nova sistemática do Processo Comum não é compatível com aquela existente no Processo do Trabalho, onde o prazo de pagamento ou penhora é apenas 48 horas. Assim, inexistente omissão justificadora da aplicação subsidiária do Processo Civil, nos termos do art. 769 da CLT, não havendo como pinçar do dispositivo apenas a multa, aplicando, no mais, a sistemática processual trabalhista. 3. Cumpre destacar que, nos termos do art. 889 da CLT, a norma subsidiária para a execução trabalhista é a Lei n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), pois os créditos trabalhistas e fiscais têm a mesma natureza de créditos privilegiados em relação aos demais créditos. Somente na ausência de norma específica nos dois diplomas anteriores, o Processo Civil passa a ser fonte informadora da execução trabalhista, naqueles procedimentos compatíveis com o Processo do Trabalho (art. 769 da CLT). 4. Nesse contexto, merece reforma o acórdão recorrido, para que seja excluída da condenação a aplicação do disposto no art. 475-J do CPC. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Brasília, 14 de maio de 2008. (Proc. n. TST-RR-2/2007-038-00.0 – 7ª Turma, Ives Gandra Martins Filho – Ministro

relator, publicado em 23.5.2008); **RECURSO DE REVISTA DO BANCO RECLAMADO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO**. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho, de acordo com a doutrina e com a jurisprudência unânimes, exige dois requisitos para permitir a aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho: a ausência de disposição na CLT e a compatibilidade da norma supletiva com os princípios do Processo do Trabalho. Observa-se que o fato preconizado pelo art. 475-J do CPC possui disciplina própria no Processo do Trabalho, pelos arts. 880, 882 e 883 da CLT, que preveem o prazo e a garantia da dívida por depósito ou a penhora de bens quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescido das despesas processuais, custas e juros de mora [...]” Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (Proc. TST-RR n. 1411.85.2010.5.15.0131, Acórdão da 4ª Turma, Brasília, 30 de abril de 2014. Maria de Assis Calsing – Ministra relatora, publicado em 9.5.2014)

(12) Em trabalho anterior, cuja espinha dorsal reside em nossa dissertação de Mestrado apresentada perante banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do professor Amauri Mascaro Nascimento (A embriaguez habitual ou em serviço: uma lacuna axiológica no direito do trabalho), defendemos que a justa causa consagrada no art. 482, “f”, da CLT, não deve ser aplicada por constituir lacuna axiológica, haja vista tratar-se de uma situação de dependência química do trabalhador, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e relacionada em mais de um código da Classificação Internacional de Doenças (CID). Cf. *A embriaguez no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

redação do art. 140 do CPC/2015, “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, expressão que faz justiça ao fato de que o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios e que a normatividade destes últimos não pode ser ignorada pelo aplicador do direito, ao contrário do art. 126 do CPC revogado, que fazia menção apenas às lacunas da lei, que é uma espécie de regra⁽¹³⁾.

Parece-nos que, quando o legislador teve a intenção de se referir às lacunas, o fez expressamente, permitindo ao intérprete identificar, na mencionada expressão, todo o leque de classificação correspondente, situação não verificada no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, nem no art. 15 do atual Código de Processo Civil, cuja leitura apenas reforça nossa afirmação: “**Na ausência de normas** que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”⁽¹⁴⁾. (grifamos)

(13) Na redação do art. 126 do CPC revogado, a menção se dava à “lacuna ou obscuridade da lei”, restringindo o alcance da expressão, com a possibilidade do juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito apenas se não houvessem normas legais: “O juiz não se exime de despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lei caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

(14) Defendemos que o art. 769 da CLT não foi derogado pelo art. 15 do CPC/2015, pois aquele é norma especial, se aplicando a regra de que “a lei geral posterior não derroga a especial anterior” (*Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* – cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 360). Isto porque o art. 769 da CLT não alude apenas à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e sim do “direito processual comum”, e a compatibilidade com as normas de direito processual do trabalho é requisito que não pode ser desprezado pelo aplicador do direito, apesar do silêncio do art. 15 do CPC/2015, pois conduziria a situações de incongruências e paradoxos incontornáveis. A legislação processual trabalhista é omissa, por exemplo, quanto ao cabimento dos embargos de divergência nas hipóteses do art. 1.043, IV, CPC/2015, mas este fato não é suficiente para que passemos a adotar referida modalidade de recurso,

E ainda que assim não fosse, com a devida vênia dos entendimentos contrários, não vislumbramos situações práticas de possibilidade da colmatação de lacunas ontológicas e axiológicas pela aplicação do direito processual comum, e explicamos nossa afirmação.

Primeiramente, as lacunas ontológicas não devem despertar maior interesse prático, pois se verificam naquelas situações em que a norma existe mas não pode ser aplicada porque não existem fatos sobre os quais possa incidir, e daí o anciloseamento a que se refere Maria Helena Diniz⁽¹⁵⁾. Exemplifiquemos com o art. 847 da CLT, “Não havendo acordo, o reclamado terá 20 (vinte) minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes”, pois raríssimas são as hipóteses de defesa oral no prazo de vinte minutos, e nunca se ouve falar de algum juiz do trabalho que pergunte às partes se dispensam a leitura da reclamação antes de receber a defesa do reclamado. O que se verifica, na prática, é o prestígio da defesa previamente preparada, atualmente em mídia eletrônica nas Varas do Trabalho integradas ao processo judicial eletrônico, ou por escrito, em face de aplicação supletiva do direito processual comum, por se reconhecer uma lacuna normativa (parcial) no dispositivo consolidado.

Em segundo lugar, a lacuna axiológica⁽¹⁶⁾ remete à questão da injustiça, uma preocupação

o qual não se harmoniza com o sistema recursal trabalhista. Em síntese, milita em favor da plena vigência do art. 769 da CLT o art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

(15) Cf. ob. cit., p. 97.

(16) Norberto Bobbio se refere a lacunas ideológicas: “Entende-se por ‘lacuna’ a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele

antiga, e que não escapou às reflexões do Eclesiastes: “Observei outra coisa debaixo do sol: em lugar do direito, encontra-se a injustiça; e, em lugar do justo, encontra-se o injusto” (Ecl, 3,16). Ocorre a lacuna axiológica quando a norma não conduz a uma solução justa, e encontrá-la no âmbito processual trabalhista é tarefa desafiadora, pois a discussão não tem relação com a maior ou menor efetividade da tutela jurisdicional ou com o *modus operandi* para se atingir o resultado útil do processo, objetivos sempre galgados pelas disposições do diploma consolidado, com a possibilidade de aplicação subsidiária do processo comum nos casos omissos (art. 769 da CLT) ou ausência de norma (art. 15 do CPC/2015), desde que presente o requisito da compatibilidade com as regras e princípios norteadores do processo do trabalho.

Em última análise, o processo do trabalho, que é regido pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 763, CLT), é permeado por princípios e peculiaridades que objetivam tornar efetiva a tutela jurisdicional, com a possibilidade de aplicação do processo comum nas hipóteses em que se revelar estritamente necessário, e desde que haja compatibilidade, cabendo ao magistrado do trabalho valer-se do art. 765 da CLT e da própria criatividade⁽¹⁷⁾, sem subverter os comandos específicos que se encontram no diploma consolidado. Vale dizer, a aplicação do direito processual comum tem como pressuposto básico a existência de

lacuna normativa, conclusão que não decorre de concepção meramente dogmática.

Conclui-se, pois, que a redação do art. 15 do atual Código de Processo Civil não permite tergiversações, na medida em que alude a “ausência de normas”, expressão que remete a lacuna normativa. No entanto, remanesce a dúvida na autorização para que haja a aplicação supletiva, que não se encontra no art. 769 da CLT, e pode gerar discussão.

Somos de opinião que a aplicação supletiva pressupõe o fato de que a norma processual trabalhista não se revela completa, enquanto a aplicação subsidiária fica reservada às situações de total ausência de norma⁽¹⁸⁾. Na verdade, o legislador apenas chancelou o entendimento que já vinha sendo adotado pela jurisprudência trabalhista, notadamente porque a expressão “aplicação subsidiária” pode funcionar como gênero, enquanto a “aplicação supletiva” pode ser entendida como espécie daquela.

Basta lembrarmos, por exemplo, das inúmeras invocações que sempre foram feitas ao art. 333 do CPC revogado⁽¹⁹⁾, em detrimento

é, mas da comparação entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de ‘ideológicas’.” Cf. *Teoria do ordenamento jurídico*. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; ver. tec. CICCO, Cláudio De. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 140.

(17) Apenas para citar um exemplo, lembramos que a penhora de numerário em contas correntes e aplicações financeiras no país, atualmente positivada no ordenamento jurídico e conhecida por penhora *on line* teve sua fase embrionária a partir de procedimentos da Justiça do Trabalho, pois a reiteração sucessiva de comandos dos juízes do trabalho provocou a necessidade de realização de um convênio específico com o Banco Central (Bacen-Jud).

(18) Neste mesmo sentido, LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho. *Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região*, ano 3, n. 6, p. 67, 2ª sem. 2015.

(19) PROC. N. TST-AIRR-40966/2002-900-02-00.2 – 3ª Turma. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA. ART. 333 DO CPC. As regras do art. 333 do CPC dizem respeito à repartição do ônus da prova, hipótese não tratada nos autos. Destarte, não se vislumbra ofensa ao dispositivo legal supra na decisão que, sopesando os depoimentos testemunhais, concluiu pela comprovação da tese defensiva. Incidência do Enunciado n. 221 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Brasília, 2 de junho de 2004. Relatora Juíza convocada Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva (PROCESSO N. TST – RR – 94540-85.2003.5.07.0011 – 6ª Turma); I – AGRAVO DE INSTRUMENTO – FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR – ÔNUS PROBATÓRIO – ART. 333, II, DO CPC – POTENCIAL VIOLAÇÃO. Hipótese em que as Reclamadas, ao alegarem que os empregados substituídos pelo sindicato Reclamante não exerciam atividades jornalísticas, integrando a categoria profissional dos radialistas, apontaram fato impeditivo do direito do Autor, assumindo o ônus probatório, nos exatos termos dos arts. 818 da CLT c/c 333, II,

do art. 818 da CLT, restando superadas as objeções de outrora⁽²⁰⁾, e até mesmo as matérias passíveis de alegação nos embargos à execução, que não se restringem àquelas do art. 884, §1º, CLT, sempre se permitindo a invocação daquelas indicadas no art. 475-L do CPC revogado, entre outras situações. Enfim, sempre se fez a aplicação supletiva do direito processual comum ao processo do trabalho, restando apenas a esperança de que o art. 15

do CPC. Assim, consignando o Tribunal Regional que o ônus da prova competia ao sindicato Reclamante, merece provimento o agravo de instrumento, para destrancar o recurso de revista interposto pelo Autor, em face da potencial violação do art. 333, II, do CPC, consoante o disposto na alínea “c” do art. 896 da CLT. Brasília, 28 de outubro de 2009. Relator Juiz convocado Douglas Alencar Rodrigues; PROCESSO N. TST-RR-35900-09.2009.5.17.0009 – 4ª turma. RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO PAGO POR FORA. ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO. AFRONTA AOS ARTS. 333, I, DO CPC E 818 DA CLT CONFIGURADA. Na forma do art. 333, I, do CPC, é ônus do Reclamante comprovar o fato constitutivo de seu direito. Por sua vez, o inciso II do art. 333 do CPC, prevê que incumbe ao réu a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor. No caso dos autos, verifica-se que o Reclamante alegou a existência de salário pago por fora. Por sua vez, constata-se que a Reclamada afirmou ter havido o correto pagamento dos valores devidos a título de salário, negando, assim, a existência de qualquer pagamento efetuado “por fora” a título de salário. Ora, tendo a Empresa simplesmente negado a existência do alegado salário pago “por fora”, cabia ao Reclamante a prova da efetiva existência do aludido direito, por ser fato constitutivo de seu direito. Não se pode transferir o encargo probatório à parte ré, tal como feito pela Corte de origem, pois, caso contrário, lhe seria exigida a prova de um fato negativo, qual seja, o não pagamento de salário pago “por fora”. Dessarte, tendo a Corte de origem atribuído à parte reclamada a prova quanto à inexistência do pagamento do salário pago “por fora”, sua decisão acabou por violar a regra inserta nos arts. 333, I, do CPC e 818 da CLT. Recurso de Revista conhecido em parte e provido. Brasília, 20 de junho de 2012. Relatora Min. Maria de Assis Calsing.

- (20) Manoel Antonio Teixeira Filho sempre defendeu a não aplicação do art. 333 do CPC ao processo do trabalho, sob o fundamento de ausência de omissão na legislação processual trabalhista. Cf. *A prova no processo do trabalho*, 5. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 79-80.

do CPC/2015 tenha trazido alguma novidade para os processos eleitorais e administrativos.

4. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

Trata-se de instituto trazido ao ordenamento jurídico pátrio no Livro III (Dos sujeitos do processo), Título III (Da intervenção de terceiros), Capítulo IV (Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica), arts. 133 a 137 do CPC/2015. Neste sentido, a desconconsideração da personalidade jurídica foi alçada a uma hipótese de intervenção a terceiros, que passa a depender da instauração de incidente específico, a pedido da parte ou do Ministério Público (art. 133, CPC/2015), com vistas a sistematizar os procedimentos que tornam viável a responsabilização dos sócios de pessoa jurídica na fase de execução do julgado, podendo ser promovido na fase de conhecimento e também quando a execução é fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, CPC/2015).

No âmbito da Justiça comum, referido incidente não causou estranhamento, mormente porque sistematiza a prática que já dependia, na maioria das situações, de requerimento da parte ou do Ministério Público, por aplicação da teoria subjetiva da desconconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). Contudo, em relação à Justiça do Trabalho, notadamente quando se objetiva a satisfação do crédito tipicamente trabalhista, a novidade jurídica vem suscitando controvérsias.

Não se ignora a tentativa de abreviar a discussão, promovida pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, com a aprovação de dois enunciados, abaixo transcritos⁽²¹⁾:

Enunciado n. 124: A desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença;

Enunciado n. 126: No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de

(21) Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132-133.

desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo.

Reconhecemos a boa intenção do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, mas ousamos discordar da pertinência dos enunciados transcritos, notadamente porque não resistem a uma análise mais cuidadosa das normas que regem o processo no âmbito da Justiça do Trabalho e do próprio alcance do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, que não foi revogado pelo art. 15 do CPC/2015, conforme dissemos alhures. Vale dizer, o art. 769 da CLT pressupõe a aplicação do direito processual comum nas hipóteses de omissão e compatibilidade com as regras e os princípios que norteiam o processo no âmbito da Justiça especializada, realidade não modificada pelo art. 15 do CPC/2015, cuja dicção apenas reforça a possibilidade de aplicação subsidiária e supletiva que jamais foi ignorada pelos magistrados do trabalho.

A omissão da legislação processual trabalhista é manifesta, restando a discussão sobre a compatibilidade com o processo do trabalho, o que deve ser feito à luz dos princípios que mais se acentuam nesta seara processual.

Já mencionamos que o processo do trabalho é regido basicamente pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 763, CLT), seguido pela legislação processual trabalhista extravagante (Lei n. 5.584/70 e DL n. 779/69, por exemplo), não se devendo invocar a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil se referida providência subverter a aplicação de outros dispositivos consolidados ou de peculiaridades que decorrem da necessidade de proteção do crédito trabalhista.

Inicialmente, não vemos como prestigiar o Enunciado n. 124 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em detrimento do art. 68 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, editado em 2012, e que já disciplina a matéria no âmbito da Justiça do Trabalho:

Ao aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências: I – determinar a reautuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista; II – comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões do Judiciário do Trabalho a inclusão do sócio no polo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso; III – determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 596 do CPC), ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência ou não da sua responsabilidade executiva secundária.

Igualmente destoado da realidade processual trabalhista se encontra o Enunciado n. 126 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis ao estabelecer o cabimento do agravo de petição contra a decisão que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução. Com a devida vênia, trata-se de conclusão açodada, certamente inspirada no art. 1015, IV, do CPC/2015, que consagra a possibilidade do agravo de instrumento contra as decisões que versarem sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, e no art. 897, “a”, da CLT, que prevê o agravo de petição contra as decisões do juiz na execução.

Na verdade, o agravo de petição no processo do trabalho guarda correspondência com o recurso de apelação do processo comum, com a diferença de que é manejado na fase de execução ou nos processos de execução de títulos executivos extrajudiciais, não tendo relação com o agravo de instrumento mencionado no art. 1015, IV, do CPC/2015. Além disso, o Enunciado mencionado parece ignorar o disposto no art. 893, §1º, da CLT, que consagra a irrecorribilidade das decisões interlocutórias

no processo do trabalho, e não se ocupou de esclarecer qual seria o “recurso cabível” na hipótese de decisão interlocutória sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de conhecimento, já que inviabilizado o agravo de instrumento (art. 897, “b”, CLT).

Em síntese, a decisão que acolhe o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução é interlocutória e, portanto, irrecurável de imediato no processo do trabalho, cabendo ao sócio responsabilizado a faculdade de opor os embargos à execução (art. 884, CLT), no prazo de 5 dias após a garantia do juízo e, eventualmente, interpor o agravo de petição contra a decisão da ação incidental mencionada, o que é de conhecimento geral daqueles que militam na Justiça do Trabalho; vale dizer, o Enunciado n. 126 só teria chance de se revelar correto na hipótese de rejeição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução. Situação análoga já ocorre com a exceção de pré-executividade, em que se mostra cabível o agravo de petição para as hipóteses de acolhimento (decisão definitiva) e não cabimento de recurso imediato quando é rejeitada⁽²²⁾.

(22) Agravo de instrumento em agravo de petição. Agravo de petição contra decisão que negou processamento à exceção de pré-executividade. Decisão Interlocutória. Irrecorrível, consoante o art. 893, § 1º da CLT, porque a matéria pode ser reiterada posteriormente. Agravo de Instrumento que se nega provimento. Agravo de instrumento em agravo de petição, rel. Margoth Giacomazzi Martins (Proc. n. 00013643520135020013 – 3ª Turma, AC. 20131181089, publicado em 30.10.2013); AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXECUTADO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. Não CONHECIMENTO. O agravo de petição do executado não enseja conhecimento porque ataca decisão que rejeitou exceção de pré-executividade, cuja natureza é interlocutória e sem caráter terminativo. Agravo não conhecido. (AP 08002-2007-019-10-00-1, 2ª Turma, relª. Desª. Maria Piedade Bueno Teixeira, Pub. em 10.6.2011 no DEJT); AGRAVO DE PETIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO MERAMENTE INTERLOCUTÓRIA. Evidenciado o caráter meramente interlocutório da decisão atacada, porquanto apenas resolveu incidente ocorrido no curso da execução, nos termos do § 2º do art. 162 do CPC, não enseja

Feitas as críticas aos Enunciados ns. 124 e 126 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, resta-nos discutir o tema à luz dos princípios que norteiam o processo no âmbito da Justiça do Trabalho, notadamente quando se pretende a execução de crédito tipicamente trabalhista.

Com efeito, salta aos olhos o comprometimento do princípio da celeridade, cujos contornos mais se acentuam no processo do trabalho, e até mesmo da concentração dos atos em audiência quando se está na fase de conhecimento de uma reclamação trabalhista.

A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pressupõe a suspensão do andamento da reclamação ou da execução para que o sócio ou pessoa jurídica⁽²³⁾ atingida pelo incidente se manifeste

conhecimento o agravo de petição contra ela interposto porque incabível na espécie. 2. Agravo não conhecido. (AP 01307-2007-003-10-00-7, 2ª Turma, rel. Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, Pub. em 18.2.2011 no DEJT)

(23) A expressão “pessoa jurídica” se refere à situação de pessoa jurídica chamada à responsabilidade patrimonial, em face da desconsideração inversa da personalidade jurídica, expressamente reconhecida pelo art. 133, § 2º, CPC/2015, amplamente reconhecida na jurisprudência, a exemplo das seguintes ementas de julgados: Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Cabimento. Verificado que o devedor esvaziou o seu patrimônio pessoal, transferindo os seus bens para a titularidade da pessoa jurídica da qual é sócio, com objetivo de fraudar terceiros, é possível a declaração de desconsideração inversa da personalidade jurídica, com a consequente integração da pessoa jurídica ao polo passivo da execução. (TRT/SP – 00603000820095020041 – AP – Ac. 5ª T. – 20141042367 – Relª. Sônia Maria Lacerda – DOE 25.11.2014); Execução. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Inexistência de bens do devedor principal ou de seus sócios. Existência de empresa de propriedade do sócio. Grupo econômico. A pessoa jurídica não pode servir de anteparo para o inadimplemento do crédito exequendo, sendo a desconsideração da personalidade jurídica salutar solução para assegurar a satisfação final do crédito. Caso a pessoa física não apresente bens, mas seja proprietária de outras empresas, estas são passíveis de constrição de seus bens. O fato de serem controladas pela mesma pessoa configura grupo econômico, que autoriza a penhora pela ocorrência da solidariedade. Agravo de petição do exequente provido. (TRT/SP –

no prazo de quinze dias (art. 135, CPC/2015), o que se revela mais dilatado que o prazo do art. 841 da CLT, que consagra o prazo mínimo de cinco dias entre a citação e a realização da audiência em que o reclamado poderá apresentar a defesa. Conspira, portanto, contra a celeridade e concentração dos atos em audiência, comprometendo a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CR). Em verdade, a pertinência ou não da responsabilização do sócio pode ser dirimida na própria instrução processual da reclamação, o que sempre foi feito com mais proveito, não se justificando a suspensão do processo, consagrada no art. 134, § 3º, CPC/2015⁽²⁴⁾.

Igualmente tormentosa e incompatível com o processo do trabalho se mostra a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na fase de execução do julgado, em que seria franqueado o prazo de quinze dias para defesa do sócio (art. 135, CPC/2015) em detrimento do prazo de cinco dias, previsto no art. 884 da CLT para embargos à execução, após a efetiva garantia do juízo, que se harmoniza com a dinâmica do processo do trabalho.

Enfim, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não colabora para a efetividade da jurisdição trabalhista, pois inibe a celeridade processual e não se coaduna com a simplicidade do processo do trabalho. Em verdade, a prática adotada pelos juízes do trabalho, com observância do art. 68 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho é capaz de preservar o devido processo legal (art. 5º, LV, CR), pois assegura a ampla defesa daquele que considera indevida a responsabilização que lhe é imputada pelo ato de desconconsideração da personalidade jurídica, com a apresentação

de embargos à execução após a garantia do juízo e, eventualmente, do agravo de petição.

5. Considerações finais

As reflexões que empreendemos nas linhas pretéritas tiveram a intenção precípua de jogar luzes sobre tema recente, introduzido pela Lei n. 13.105, de 16.3.2015, atual Código de Processo Civil.

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica apresenta os inconvenientes da maioria dos incidentes processuais, notadamente a suspensão do processo e consequente comprometimento da celeridade processual sem qualquer contrapartida favorável ao autor da ação ou titular do crédito exequendo.

O argumento supra já seria suficiente para desaconselhar a aplicação do instituto ao processo do trabalho, notadamente quando se trata da execução de crédito tipicamente trabalhista. Vale dizer, no que respeita ao tema, o tratamento do processo no âmbito judicial trabalhista deve ser idêntico tanto nas situações de típicas reclamações quanto naquelas demandas atraídas para a Justiça do Trabalho a partir da ampliação de sua competência pela Emenda Constitucional n. 45/2004, pois se trata de processo regido, precipuamente, pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 763, CLT), com a possibilidade de aplicação subsidiária do direito processual comum quando houver omissão da legislação processual trabalhista e compatibilidade com as normas do processo do trabalho (art. 769, CLT), aspecto que não sofreu inovação prática com o art. 15 do CPC/2015.

Milita, ainda, em desfavor da aplicação de referido incidente, a simplicidade do processo do trabalho e o fato de que a prática que vem sendo adotada pela Justiça do Trabalho, com observância do art. 68 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, não subverte o devido processo legal e tem sido capaz de assegurar o amplo direito de defesa do interessado, com a oposição dos embargos à execução, após a

00235006919985020007 – AP – AC. 14ª T. 20111476296 – Rel. Davi Furtado Meirelles – DOE 16.11.2011)

(24) Não se ignora que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será dispensado na hipótese do requerimento ser formulado na própria petição inicial (art. 134, §2º, CPC/2015), mas o fato é que o requerimento pode ser superveniente, até mesmo em audiência, após a apresentação da defesa.

garantia do juízo (art. 884, CLT) e eventual interposição do agravo de petição (art. 897, “a”, CLT). Não há, pois, espaço para mais um incidente processual, que não se harmoniza com o sistema recursal da Justiça do Trabalho e que em nada contribui para a efetividade da tutela jurisdicional trabalhista.

6. Referências bibliográficas

BASTOS, Bianca. *Limites da responsabilidade trabalhista da sociedade empresária* — a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio. São Paulo: LTr, 2011.

BÍBLIA SAGRADA — edição pastoral, 5. reimp, rev. São Paulo: Paulinas, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; ver. Téc. CICCIO, Cláudio De. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEVALLE, Américo. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no direito material e processual do trabalho. *Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da Justiça do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, ano 3, n. 6, 2º sem. 2015.

CESÁRIO, João Humberto. O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015, *Revista Trabalhista: direito e processo*, São Paulo, LTr, ano 14, n. 53, jan./mar. 2015.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, IOB, v. 27, n. 315, out. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Daniel Franco. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

do Centro de Ensino Unificado de Brasília, sob orientação de Marlon Tomazette, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/98/3/20505337.pdf>> Acesso em: 7 jan. 2016 às 16h.

KREEFT, Peter. *Três filosofias de vida, tradução de Magno de Siqueira*. São Paulo: Quadrante, 2015.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho. *Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, ano 3, n. 6, 2º sem. 2015.

MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *A embriaguez no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. São Paulo: Forense.

MUNIZ, Livia Gomes. *A desconsideração da personalidade jurídica no Brasil*. Teorias e jurisprudência. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20395/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-brasil>>. Acesso em: 7 jan. 2016 às 15h40.

NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 1994.

REVISTA DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO, n. 16. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2014.

_____, n. 14. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2013.

_____, n. 10. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: volume 10 — Execução trabalhista*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Responsabilidade patrimonial no processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

Princípio da subsidiariedade e a cláusula de contenção no processo do trabalho — angústias e esperanças a partir de uma primeira leitura do art. 15 do novo Código de Processo Civil

Alexandre Pimenta Batista Pereira^(*)

Resumo:

- No tocante à heterointegração do ordenamento juslaboral, o princípio da subsidiariedade (omissão da regra) está associado, segundo o entendimento clássico da CLT, à cláusula de contenção (compatibilidade da aplicação). O art. 15 do novo CPC, aparentemente, evidencia o tema apenas em relevância à inexistência de normas, sem tomar conhecimento do pressuposto elementar da compatibilidade. O presente artigo busca resgatar alguns problemas jurídicos, como ilustrativo a um quadro de certa angústia da tipificação proposta no novel diploma. Sugere-se, ainda, uma solução esperançosa de aplicação da nova regra, a fim de situá-la em um cenário de mudança progressiva, em busca da efetividade, em superação a um parâmetro de retrocesso social.

Abstract:

- As regards integration of juslaboral system, the principle of subsidiarity (rule omission) is associated with, according to classical understanding of CLT, the containment (compatibility clause). Article 15 of the new code of civil procedure, apparently, the only theme in the absence of relevant rules, without knowledge of the basic assumption of the compatibility. This article seeks to rescue some legal problems, as illustrative of a right frame anguish of typification proposal on novel diploma. It is suggested a hopeful solution to the implementation of the new rule, in order to situate it in a setting of progressive change, in search of effectiveness in overcoming a social backlash parameter.

(*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-Bolsista do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Pesquisador-Visitante na Universidade de Gießen/Alemanha (2006-2008) e no Max-Planck-Institut für ausländisches und

internationales Privatrecht em Hamburgo/Alemanha (2010-2011). Ex-Professor da Universidade Federal de Viçosa. Autor de inúmeros artigos publicados em periódicos jurídicos de circulação nacional. Professor do curso de Mestrado em Gestão Integrada do Território na Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE).

Palavras-chave:

- ▶ Princípio da subsidiariedade — Cláusula de contenção — Lacunas juslaborais — Heterointegração.

Key-words:

- ▶ Principle of subsidiarity — Restraint clause — Labor gaps — Integration.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Os pressupostos básicos da heterointegração — omissão e compatibilidade
- ▶ 3. Compatibilidade sem omissão? Pela especificidade do processo laboral como ramo autônomo de solução das controvérsias
- ▶ 4. Em busca dos conceitos de lacuna axiológica/ontológica
- ▶ 5. A conjugação necessária — a lacuna omissiva que se soma à compatibilização do diploma
- ▶ 6. Angústias e esperanças de um primeiro olhar sobre o art. 15 do novo CPC
- ▶ 7. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A busca pela perfeição, a partir da complementariedade dos opostos, está presente em um predicado amplo da vida, podendo ser observada sob uma perspectiva filosófica, religiosa, musical e, sobretudo, jurídica.

Na filosofia oriental, o taoísmo apresenta os conceitos fundamentais *Yin* e *Yang*, que expõem a dualidade do universo, ao designarem matizes essenciais da criação. Trata-se da força dos opostos, capazes de firmar um âmagô básico do ser.

A aproximação das diversidades é explicada em diversas constelações do mundo: o feminino que se completa ao masculino; a água que procura o fogo, de sorte a entender o encontro dos universos distantes para possibilitar a concretização da plenitude.

O horizonte do ser aponta para a certeza do movimento, de modo a confirmar uma busca constante pela unidade rumo à perfeição. Afinal, parafraseando Heráclito, “tudo flui, tudo passa” (*panta rei*).

De fato, a criação está longe da passividade. A transformação contínua permite que o

imperfeito coloque-se em movimento para o alcance dos complementos. O augurar pela interação permite a confecção do todo, rumo à plenitude.

Tem-se uma certeza: para se atingir o absoluto, o imperfeito concretiza uma posição de permanente procura ao seu complemento, para superar as limitações e alcançar um patamar superior.

Neste sentido, vem a propósito uma análise da perspectiva religiosa quanto à temática.

A importância da vida em conjunto aparece na criação dos opostos: “Então o Senhor Deus fez cair um sono pesado sobre Adão, e este adormeceu; e tomou uma das suas costelas, e cerrou a carne em seu lugar; e da costela que o Senhor Deus tomou do homem, formou uma mulher, e trouxe-a a Adão” (Gen. 2:21-22). Deus partiu, assim, de uma certeza: “Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma ajudadora idônea para ele” (Gen. 2, 18).

Homem e mulher, ao formarem um universo em inteiro, encontram, sob a visão religiosa, a busca pela concretização de uma superação dos imperfeitos em dissonância aos limites de uma dimensão em solitude.

Na música, o tema do anseio pela perene formação da unidade também está presente.

A imagem da simetria encontra um espaço em diversas canções, eternizadas em muitos gêneros musicais. Fábio Júnior, com certo romantismo, aponta para “Carne e unha; alma gêmea; as metades da laranja; dois amantes, dois irmãos; duas forças que se atraem” (*Alma Gêmea*). Claudinho e Buchecha observam a visão mais pueril do gingado funk: “Avião sem asa; fogueira sem brasa; amor sem beijinho; circo sem palhaço; namoro sem abraço” (*Fico Assim Sem Você*).

Certamente, o mistério da criação está direcionado ao encontro de seres interpenetrantes, que se complementam. Desse modo, a importância da dialética — *tese, antítese e síntese* — merece destaque na filosofia hegeliana, encontrando em Marx o seu centro de estudos quanto à história das lutas. A *conclusão* demarca um espaço, de certa maneira, para o encontro dos opostos e superação dos antagonismos, de maneira a conceber o resultado da interação entre *tese e antítese*.

Como quer que seja, o *logos* desponta para a importância contínua da interdependência dos conceitos congruentes, a firmarem uma interação permanente, de sorte que um elemento não pode existir e estar sem o outro.

As divagações no campo abstrato da vida comportam, deveras, sua inclusão no direito.

Existem conceitos de realidade imbricada, de modo tal que um não pode sobreviver sem o outro. Caso haja a separação, a sonoridade do significado caminha para uma visão deturpada, capenga, diminuta, sem a máxima de expressão da plenitude a que a realidade permite alvejar.

Veja-se que, em tema de tutela antecipada, o *fumus boni iuris* deve ser trabalhado ao encontro do *periculum in mora*. Para atingir a antecipação dos efeitos da tutela, um não pode sobreviver sem o outro. Se se entender os institutos de modo apartado, não se atingirá a plenitude dos conceitos, nem tampouco se

perceberá que para a entrega da tutela, na via da cognição sumária, é necessário perquirir não apenas a urgência, mas também a verossimilhança.

Em sede de pensão alimentícia, o raciocínio é idêntico. Não basta expor a *necessidade* do alimentando, a fim de obter a concessão da tutela. É imprescindível também apontar para a *possibilidade* de quem tenha os recursos necessários ao pagamento. Necessidade e possibilidade constituem o binômio necessário para compreender a decisão de mérito na ação de alimentos.

Inúmeros exemplos podem ser confirmados na seara trabalhista quanto à hipótese de pressupostos complementares que se conjugam para formar a incidência da situação prática e concreta.

Como requisitos da confirmação da justa causa, não basta o elemento objetivo da ausência ao serviço, mas sim, é imprescindível também o *animus abandonandi*. A partir do pensamento em apartado dos conceitos, não é possível entender o significado do rompimento da relação contratual pela conduta faltosa do empregado.

A confirmação da garantia provisória do acidentado está adstrita à conjugação de dois elementos: a percepção do benefício acidentário (auxílio-doença acidentário, B-91) e o afastamento superior a 15 dias, nos termos do entendimento consagrado no verbete sumular 378, II, do TST, em referência aos pressupostos atinentes à estabilidade provisória. Para se atingir a confirmação da garantia provisória de emprego ao acidentado, um requisito não pode estar isolado em relação ao outro.

Em tema de remuneração na relação de emprego, a existência da natureza salarial da rubrica, somado ao pagamento com habitualidade, permite gerar o efeito das projeções remuneratórias. Os reflexos trabalhistas são confirmados não apenas diante da origem salarial da verba, mas também ante o pagamento com habitualidade. O § 4º do art. 71 da CLT

especifica a situação da supressão parcial da hora intervalar, o que gera o pagamento da “hora cheia”, repercutindo nas demais rubricas contratuais e rescisórias. Os efeitos conjugados (habitualidade e premissa salarial) permitem fazer incidir o pagamento dos reflexos remuneratórios.

A reflexão quanto aos conceitos complementares vem à tona diante da primeira impressão concernente ao art. 15 do novo Código de Processo Civil (lei 13.105 de 16 de março de 2015). Veja-se a dicção legal:

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Angústias e esperanças aparecem nesta primeira leitura do novel regramento. Estaria o clássico art. 769 da CLT fadado ao esquecimento? A redação trazida pelo novo artigo contribui para o aprimoramento jurídico? É suficiente pensar a forma de concretização do chamado “princípio da subsidiariedade” a partir da disciplina no novo CPC? A “cláusula de contenção”, que sintetiza o limite da compatibilidade às normas trabalhistas, não seria mais utilizada na prática jusbioral?

2. Os pressupostos básicos da heterointegração — omissão e compatibilidade

Determina o art. 769 da CLT que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

A doutrina do processo do trabalho tem um encaminhamento tranquilo, praticamente remansoso, quanto à existência de dois requisitos para se atingir o emoldurar de normas atinentes ao processo civil comum: omissão celetista, somada à compatibilidade das normas invocadas ao processo laboral. Um não basta sem o outro. É necessário invocar em conjunto os dois requisitos.

A este propósito, é elucidativa a transcrição da seguinte ementa:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRABALHISTA — ART. 475-0 DO CPC — OMISSÃO E COMPATIBILIDADE QUE SE ENCONTRAM E SE CASAM — LIBERAÇÃO DO CRÉDITO DE NATUREZA ESSENCIALMENTE ALIMENTAR — PRESUNÇÃO DE ESTADO DE NECESSIDADE E AUSÊNCIA DE CAUÇÃO — Tratando-se de crédito trabalhista, de natureza essencialmente alimentar, e, por conseguinte, prioritário sob todos os aspectos sociais e humanos, cujo valor líquido seja inferior a sessenta salários mínimos, mesmo estando o processo em fase de execução provisória, em decorrência da interposição de agravos de instrumentos perante o C. TST, com poucas possibilidades aparentes de acarretar a redução do valor da condenação, aplica-se, por inteiro, a regra prevista no art. 475-0 do CPC, para determinar-se a imediata liberação da importância pecuniária depositada, até o limite do valor líquido do crédito, independentemente de caução. Lacuna que se preenche, e compatibilidade que se evidencia em duas vertentes: a) interiormente, porque satisfaz, ainda que parcialmente, ao credor, ex- empregado, cujo estado de necessidade é presumido; b) exteriormente, porque dá uma resposta mais ágil à sociedade, que tanto exige resultados concretos do processo em prazo razoável. A referida regra legal torna eficaz e célere a tutela jurisdicional, em menor espaço de tempo e com certa segurança, coibindo, por outro lado, o uso e o abuso do direito de recorrer, em muitos casos, apenas para postergar o cumprimento da sentença, o que acarreta a negação da ideia de justiça e a descrença na função jurisdicional e pacificadora do Estado. Ademais, na hipótese de o comando exequendo vir a ser modificado, a restituição das partes ao estado anterior, na respectiva medida e na exata proporção, poderá ser alcançada pela executada pelas vias processuais adequadas, aliás como vem sendo feito a anos e anos pelos trabalhadores brasileiros, sempre que ajuízam ação trabalhista. O risco é da essência do processo

trabalhista e deve ser suportado por ambos os litigantes, observado, entretanto, que o ex-empregado é a parte mais fraca, jurídica e socialmente. (TRT-3 — AP: 627607 00228-2002-105-03-00-3, relator: Luiz Otavio Linhares Renault, Quarta Turma, Data de Publicação: 8.12.2007). (Grifou-se)

Com efeito, a doutrina, ao interpretar o art. 769 da CLT, posiciona-se no sentido de entender a existência de dois pressupostos, em conjunto, para a invocação do direito processual comum: 1) omissão e 2) compatibilidade.

Conquanto compareça um posicionamento vanguardista de se entender um olhar de amplitude das lacunas no ordenamento juslaboral, não se pode descurar a premissa elementar de autonomia do processo do trabalho frente ao regramento civil. O espectro de abrangência dos espaços jurídicos vazios (as lacunas) faz-se em consonância ao predicado de compreensão da evolução social, possibilitando a colmatação própria, amoldada à justeza de integração da regra importada.

Resumindo: Os requisitos de aplicação da norma celetista estão disciplinados não apenas em relação à omissão da CLT e legislações processuais trabalhistas extravagantes (Leis ns. 5.584/70 e 7.701/88), mas também à vista da compatibilidade dos princípios que regem o processo do trabalho⁽¹⁾.

Nesse sentido, além de compatível, a norma deve adaptar-se ao estuário próprio do processo laboral, sem a qual se cairia no vazio a aplicação da solução processualística.

Os desafios atuais da doutrina processual trabalhista, frente aos avanços do processo civil comum, é, justamente, entender a amplitude de incidência de aplicação das reformas da processualística comum, inseridas no processo do labor.

Existe uma preocupação de se atribuir uma teorização das lacunas normativas, invocando

certa carga de abrangência à terminologia. Lacuna não significa apenas ausência de norma sobre o caso, mas sim um processo amplo de conjugação de valores e fatos sociais. Para além da dimensão normativa, lacuna assume a dimensão de vigor dos aspectos valorativos jurídicos (axiológicos), ancorada na visão ontológica de correspondência aos fatos sociais.

Bezerra Leite, com acuidade, especifica a questão: “urge repensar o próprio conceito de lacuna, de maneira a possibilitar a heterointegração dos subsistemas do direito processual civil e do direito processual do trabalho, o que pode ser implementado mediante transplante de normas daquele, sempre que isso implicar maior efetividade deste”⁽²⁾.

Consoante entendimento de abalizada doutrina, o procedimento de heterointegração dos subsistemas (processo civil e trabalhista) está direcionado a uma interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC, não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas, sobretudo, em mira de uma correspondência do processo do trabalho à dimensão fática da vida, ocasionada pelo envelhecimento normativo que, “na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado”⁽³⁾. O acesso à justiça e a entrega efetiva da tutela jurisdicional, em uma dimensão de duração razoável, exigem o entendimento amplo do conceito processual de lacuna.

Porém, uma dúvida não pode pairar: Antes de se vislumbrar a aplicabilidade ao significado contemporâneo de lacuna jurídica, urge imprimir um cotejo à compatibilidade. São os dois requisitos clássicos estabelecidos no estuário normativo do art. 769 da CLT. Um não pode ser pensado sem o outro.

(1) SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 106.

(2) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 107.

(3) *Idem*.

3. Compatibilidade sem omissão? Pela especificidade do processo laboral como ramo autônomo de solução das controvérsias

A lógica de se impor a existência própria e específica de *omissão* no processo laboral, antes de se falar do exortar normativo ao direito processual comum, indica uma verdadeira chave para se entender a sabedoria da existência do ramo jurídico autônomo, que é deveras o direito processual do trabalho.

A matéria legislativa própria, como a Consolidação das Leis do Trabalho, a existência de uma justiça especializada na solução das controvérsias de labor, além do apontamento da separação didática entre o processo comum em relação ao processo do trabalho, são apenas alguns indicativos da existência autônoma do processo do trabalho.

Nesse sentido, é imperioso ter por mira o significado do vocábulo *omissão*.

Homero Batista resume a controvérsia do termo em três correntes de entendimento: institutos jurídicos, atos processuais e por procedimentos específicos⁽⁴⁾.

A primeira ideia teria por fim o conceito de instituto, no sentido de se enxergarem categorias nucleares, visualizando fases processuais de maneira conjunta: fase postulatória, fase instrutória e fase decisória. Óbvio que não haveria omissão a partir deste raciocínio, já que a norma celetista, por certo, englobaria o conceito abrangente das fases descritas.

O segundo raciocínio desenha a compreensão não por fases, mas sim por atos processuais, em uma perspectiva de isolamento. Augura-se entender o sentido próprio de cada elemento do processo, como o conceito de prova (testemunhal, documental), de notificação, de decisão, separando-os em cada ato.

(4) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. v. 9, Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 28.

Homero Batista explica que “embora a primeira tese (comparação por fases processuais) está em desuso, a segunda tese (comparação por atos processuais) encontra defensores enfáticos, que sustentam a premissa segundo a qual é preferível o processo do trabalho ter soluções incompletas a ser desnaturado com a invasão dos dispositivos do processo civil. Vista a questão de outro ângulo, é como se o processo do trabalho devesse aprender a lidar com o pouco que tem e cuidar de suas próprias adversidades, em vez de partir para uma aventura processual civil da qual não sairá ileso”⁽⁵⁾.

A terceira solução indica a superação da comparação por fases ou por atos processuais, para se alcançar a comparação por procedimentos específicos, no sentido de se confrontarem soluções técnicas ou mecanismos. O conceito de omissão diria respeito ao procedimento ou a técnica para se atingir uma determinada finalidade.

Com tal raciocínio, embora não haja silêncio do diploma celetista quanto à fase ou ato processual, a solução no caso concreto demanda um procedimento próprio de concretização do conceito jurídico. Conceitos, mesmo ignorados no estuário celetário, clamariam por uma aplicação lógica, como, por exemplo, os entendimentos de comarca contígua, carta precatória inquiritória, citação por hora certa, incapacidade e impedimento de testemunhas.

O preceito da omissão, especificado na lei trabalhista, gira em torno da presença ou não de lacuna na lei processual.

A lógica deste raciocínio restou estabelecida na fixação da tese jurídica prevalecente n. 1 do Egrégio do TRT da 3ª Região, recentemente publicada: “*MULTA DO ART. 475-J DO CPC. EXECUÇÃO TRABALHISTA. Em face do disposto nos arts. 769 e 880 da CLT, a multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução trabalhista*”.

(5) *Ibidem*, p. 29.

O mencionado posicionamento jurisprudencial do TRT da 3ª Região teve por fim distinguir o estabelecido no art. 880 da CLT em relação ao art. 475-J do CPC. Ao passo que a norma celetista faculta ao executado pagar ou garantir a execução, sob pena de penhora, a regra do processo civil tem por base o acréscimo da multa de 10% ao valor da condenação, se na oportunidade o devedor não efetuar o pagamento do crédito certo e líquido no prazo de quinze dias, quando, então, a requerimento do credor, seria expedido mandado de penhora.

Confira-se o raciocínio disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal mineiro:

“O art. 769 da CLT só admite a aplicação das normas do direito processual comum nos casos em que o texto celetista for omissivo e desde que sejam compatíveis com as normas do processo judiciário do trabalho. E, no caso, nos termos do voto vencedor, a norma que se quer aplicar subsidiariamente é compatível com os princípios do direito processual trabalhista, mas a lacuna, que é outro requisito, não existe, em razão das regras próprias contidas no art. 880 e também nos arts. 882 e 883, todos da CLT. E é esse o entendimento que vem se consolidando na jurisprudência do TST.”⁽⁶⁾

Nesse sentido, não haveria falta de regulação da norma celetária, à medida que se possa enxergar um regramento expresso da CLT no tocante às possibilidades de garantia da execução: efetivação de depósito em dinheiro, oferecimento de fiança bancária ou nomeação de bens à penhora. Existiria uma diferença específica e própria de enfrentamento da questão entre o processo do trabalho em relação à normativa do processo civil.

Isto está claramente pontuado na orientação jurisprudencial 310 da SDI-1 do TST, ao estabelecer que: “LITISCONSORTES. PROCURADORES DISTINTOS. PRAZO

EM DOBRO. ART. 191 DO CPC. INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO (DJ 11.8.2003). A regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em face da sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista”.

O regramento do processo civil comum está, inclusive, desenhado com uma roupagem um tanto diversa no art. 229 do novo CPC, aplicando tão somente o prazo em dobro na hipótese de diferentes procuradores de escritórios de advocacia distintos, salientando-se a inexistência de enquadramento da norma nos processos com autos eletrônicos.

A lógica da OJ n. 310 da SDI-1 do TST permanece, porém, a mesma: o regramento específico do direito processual civil, comum, encontra um esbarrar na normativa própria do processo do trabalho. Havendo regra própria no processo laboral, não é permitido falar de omissão celetista. A aplicação do postulado da celeridade, somada à natureza alimentar e privilegiada do crédito trabalhista, designa uma das marcas específicas do processo juslaboral, de sorte tal que o invocar de um prazo maior para o exercício do direito de defesa encontraria uma espécie de contenção e resistência a partir da indumentária da regra trabalhista, emoldurada na CLT.

Embora se compreenda uma unidade do exercício da função jurisdicional, não se pode perder de vista a tônica específica do apontamento do emaranhado próprio do processo do trabalho. Lima Laurino utiliza-se da metáfora da árvore, para fazer a elucidativa comparação à ciência do direito processual, que consistiria, mesmo, no vegetal abrangente (a árvore como a ciência do processo) acompanhada de variadas ramificações próprias (os galhos como as diversificadas ramificações do direito processual, por exemplo, trabalhista, eleitoral, civil, penal, constitucional, administrativo, militar)⁽⁷⁾.

(6) NJ ESPECIAL: TRT-MG firma Tese Jurídica Prevalente n. 1 – Multa do art. 475-J do CPC não se aplica à execução trabalhista. Disponível em: <www.trt3.jus.br> Publicado em: 17 set. 2015.

(7) LIMA LAURINO, Salvador Franco de. Os Reflexos das Inovações do Código de Processo Civil no Processo do

4. Em busca dos conceitos de lacuna axiológica/ontológica

Deveras, o processo do trabalho possui princípios próprios que não podem ser atropelados com a chegada da norma processual civil, ainda que, em tese, o raciocínio fosse para aprimorar a entrega da prestação jurisdicional⁽⁸⁾.

Tais princípios indicam a marca epistemológica da justificativa de existência da autonomia do processo do trabalho frente ao processo civil.

Os princípios da celeridade, oralidade, simplicidade, manutenção da capacidade postulatória às partes, imediatidade, representam especificações capazes de entender o colorido próprio do processo do trabalho⁽⁹⁾.

Com efeito, além de entender a importância da existência da omissão da norma trabalhista — o princípio da subsidiariedade — deve o aplicador estar atento à incidência do parâmetro de resistência: a chamada cláusula de contenção. A incidência concretizadora da retenção está amparada no mote — ou razão determinante — da compatibilidade

Outra forma de enfocar a problemática seria quanto à *ratio* da compatibilidade, na busca do anseio valorativo, tendo em vista o chamado *parâmetro axiológico*. A aplicação da processualística comum teria por mira o augurar da observância dos valores alicerçados no processo do trabalho.

Este raciocínio indica certa margem de fluidez ao conceito de aplicação pragmática, de modo que deverá haver incidência do conceito de ponderação valorativa no caso concreto para se buscar a colmatação da lacuna.

O Enunciado n. 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho resume a questão:

“APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social”.

O aspecto enfatizado no referido enunciado visa, de certa maneira, superar o dogma da completude do sistema celetista, alcançando uma outra dimensão do conceito de lacuna do ordenamento juslaboral. A aplicação subsidiária do CPC não está amarrada na hipótese tradicional de lacuna normativa, mas, sim, ancorada na dimensão de envelhecimento normativo, amparado na construção da pirâmide valorativa jurídica.

A nova hermenêutica do art. 769 da CLT evidencia o significado da interpretação evolutiva do ordenamento, construída pela compreensão, por um lado, da *lacuna ontológica*, especificando a importância do desenvolvimento das relações políticas, sociais, econômicas, apontando ao progresso técnico decorrente da reconstrução das teorias jurídicas, e, por outro lado, a partir da concepção da *lacuna axiológica*, augurando a base de uma constelação valorativa do ordenamento, que possa procurar a superação de injustiças a partir da solução fechada e subsuntiva.

Com propriedade, Bezerra Leite observa que, quando criada em 1943 “a referida norma consolidada funcionava como uma cláusula de contenção destinada a impedir a migração indiscriminada das regras do processo civil, o que poderia comprometer a simplicidade,

Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 42, n. 72, p. 81, jul./dez. 2005.

(8) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho* [...], p. 30.

(9) Tais princípios são lembrados por: SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho* [...], p. 31.

a celeridade, enfim, a efetividade do processo laboral¹⁰⁾.

Nessa toada, a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC teria por base o envelhecimento normativo da clássica previsão do art. 880 da CLT, que não teria acompanhado as evoluções sociais subsequentes.

Ademais, a justificativa de incidência da multa de 10%, no caso de não efetivação do pagamento voluntário, está prevista, outrossim, no § 1º do art. 523 do novo CPC, ao prever a hipótese de cumprimento definitivo da sentença. A norma visa incentivar o cumprimento espontâneo das decisões e prezar pela razoável duração do processo.

A tal propósito, o julgado, abaixo transcrito, sintetiza os apontamentos mensurados, com brilhantes argumentos:

PROCESSO DO TRABALHO — SÁBIA SIMPLICIDADE DO LEGISLADOR MANTENEDORA DE UMA PERENE MODERNIDADE — AVAREZA QUE TROUXE FRUTOS DURANTE LONGOS ANOS — CRIAÇÕES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ALTAMENTE POSITIVAS, COM BASE NO ART. 769/CLT — MULTA DO ART. 475-J — AVANÇO QUE NÃO PODE SER DESPREZADO POR EXCESSIVO FORMALISMO, OMISSÃO LEGISLATIVA E COMPATIBILIDADE INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA REVELADA PELA UNIDADE DO SISTEMA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E NÃO APENAS POR LEIS ORDINÁRIAS (CLT e CPC) — A timidez legislativa em torno do Processo do Trabalho e, em especial, acerca da execução, que, sabiamente, sempre e sempre foi tratada como fase e não como processo distinto da cognição, nunca foi causa para a estagnação do Processo do Trabalho. Ao revés, a contribuição da doutrina, dos advogados e dos juízes foi intensa e extensa, pois as dificuldades tinham de ser superadas mediante a interpretação sistemática e harmoniosa

do ordenamento jurídico, assim como com muita criatividade, recentemente alimentada pela dicção do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. O Código de Processo Civil de 1973 adotou, sem muito estardalhaço, alguns avanços obtidos pelo Processo do Trabalho, despidendo-se de algumas formalidades desnecessárias, que só se justificam para a garantia do contraditório. Já a reforma implementada, paulatinamente, a partir da década de noventa, isto é, a partir de 1994, com a modificação do art. 461, do CPC, e, ao depois, mais especificamente, em dezembro de 2004, com a assinatura de um compromisso, que reuniu os chefes dos três Poderes em torno de onze propostas para a agilização e para a efetividade do processo, deu novo colorido ao Processo Civil. Em 22 de dezembro de 2005, foi publicada a Lei n. 11.232, com vigência seis meses após essa data, introduzindo novas regras para a execução de títulos judiciais, visando à modernização da execução, que constitui o resultado último e útil do processo, porque tudo se deve fazer, nos limites da lei, para que o comando sentencial seja cumprido e o credor receba o que lhe é devido. Estatui o art. 475-J que, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento. Esse dispositivo legal é, a todas as luzes, aplicável ao Processo do Trabalho. Nos termos do art. 769, da CLT, o CPC será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, nos casos omissos e desde que haja compatibilidade. Os requisitos são, por conseguinte, a omissão e compatibilidade. Omissão é falta, lacuna; é ausência de norma, vazio legislativo; é fissura da lei. Assim, impõe-se o reconhecimento de que a CLT é omissa a esse respeito - regra reforçadora e estimuladora do cumprimento da sentença. Nem se diga que o fato de a Consolidação possuir um Capítulo destinado à execução, elide a omissão, ao argumento de que existem normas disciplinadoras desta fase processual. Obviamente, algumas regras teriam de existir, sob pena de omissão completa e de fragmentação da autonomia do Processo do Trabalho. Da mesma forma, o fato de a

(10) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 110.

CLT possuir uma Seção destinada às provas, assim como a tantos outros institutos, nunca impediu a aplicação subsidiária do CPC. Por outro lado, compatibilidade é harmonia, consistência, coexistência; é algo que possui atributos compatíveis, que é conciliável. O antônimo de omissão é a plenitude; e ninguém a diria presente na CLT. O antônimo de compatível é incompatível, isto é, aquilo que não pode coexistir com outra coisa; inconciliável; incompatível, difícil sustentar incompatibilidade interior ou exterior do art. 475-J, do CPC, com a execução trabalhista. As qualidades do Processo do Trabalho não devem se limitar ao que já existe; devem ir além e buscar o que há de bom e compatível, por expressa determinação do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Assim, a incidência da multa, caso o devedor não efetue o pagamento no prazo de quinze dias, constitui um importante reforço ao cumprimento espontâneo da condenação, mediante a quitação do débito processual, em favor do credor - o empregado. Ainda que se queira ser extremamente apegado à literalidade do art. 475-J, no tocante ao prazo de quinze dias, plenamente adaptável ao art. 880/CLT, inclusive tendo em vista a natureza do crédito trabalhista, essencialmente alimentar e vinculado à satisfação dos direitos sociais — 3ª dimensão —, os dois prazos podem fluir paralelamente, um sem interferir no outro, até que os trâmites da execução esbarrem no termo final de quinze dias, quanto, então, a multa de 10% incidirá incondicionalmente, caso o devedor não efetue espontaneamente o pagamento do montante da condenação. Omissão jusprocessual trabalhista que precisa ser preenchida pelo intérprete, bem como compatibilidade intrínseca e extrínseca que deve ser reconhecida, de uma vez por todas, sem muitos entraves e discussões, para o aperfeiçoamento, para o aprimoramento e para a efetividade das sentenças judiciais. E mais: a multa pode ser cominada na fase de execução de qualquer processo, independentemente da época da prolação da sentença, a qualquer momento, a requerimento ou de ofício pelo Juiz, suficiente a notificação da parte devedora a respeito do prazo legal de quinze dias para a quitação do valor da condenação,

sem que haja a necessidade da prática dos atos propriamente relacionados com a execução. O juiz deve velar pelo rápido andamento do processo, potencializando a norma do art. 5º, inciso LXXVIII, compatibilizando-a, no sistema, com toda e qualquer norma de índole processual, que tenha por fito dar efetividade à centralidade e à valorização do trabalho, como forma de realçar o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador e resgatar, definitivamente, a credibilidade do Poder Judiciário. [...] (TRT da 3ª Região, RO-0001767-07.2013.5.03.0003, relator Des. Luiz Otavio Linhares Renault, julgamento 11.6.2008)

Pari passu, com o intuito de buscar uma superação dos limites da legislação existente, a caminho de uma melhor efetividade da tutela jurisdicional, em tema de execução provisória, pode-se interpretar a hipótese de aplicação do art. 475-O do CPC no processo do trabalho.

A justificativa para levantamento de dinheiro na hipótese de liberação da caução está ventilada, expressamente, no §2º do art. 475-O do CPC, levando em conta a natureza alimentar do crédito até o limite de sessenta salários mínimos.

Confira-se, a este propósito, o Enunciado n. 69 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO. I – A expressão “[...] até a penhora [...]” constante da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 899, é meramente referencial e não limita a execução provisória no âmbito do direito processual do trabalho, sendo plenamente aplicável o disposto no Código de Processo Civil, art. 475-O. II – Na execução provisória trabalhista é admissível a penhora de dinheiro, mesmo que indicados outros bens. Adequação do postulado da execução menos gravosa ao executado aos princípios da razoável duração do processo e da efetividade. III – É possível a liberação de valores em execução provisória, desde que verificada alguma das hipóteses do art. 475-O, § 2º, do Código de Processo Civil,

sempre que o recurso interposto esteja em contrariedade com Súmula ou Orientação Jurisprudencial, bem como na pendência de agravo de instrumento no TST.

No mesmo sentido, o Enunciado n. 21 da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho prevê: “EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENHORA EM DINHEIRO. POSSIBILIDADE. É válida a penhora de dinheiro na execução provisória, inclusive por meio do Bacen Jud. A Súmula n. 417, item III, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), está superada pelo art. 475-O do Código de Processo Civil (CPC)”.

Pode-se enxergar a omissão axiológica no art. 899 da CLT, ao determinar o limite da execução provisória até a penhora. A partir da reforma legislativa, prevista na Lei n. 11.232/05, a melhor interpretação do diploma celetista deveria ser direcionada a um cotejo valorativo, em nome do acompanhamento da evolução social.

5. A conjugação necessária — a lacuna omissiva que se soma à compatibilização do diploma

A construção da hermenêutica dos arts. 769 e 899 da CLT está atrelada à ênfase conjunta dos pressupostos: omissão e compatibilidade. Um não pode ser pensado sem o outro.

Existem dois passos imprescindíveis ao aspecto pragmático.

Primeiramente, para que se invoque a norma alienígena, externa de outro diploma normativo, parte-se da premissa de ausência de normatividade no processo do trabalho. Encontrada a ênfase de ausência de regulação, salta-se para uma segunda etapa de um procedimento de construção da aplicação normativa: a compatibilidade entre a norma do processo civil comum com as especificações próprias do processo laboral.

Como suso evidenciado, a construção do mencionado raciocínio revela não mais que a certeza da especialização do processo do trabalho, como ramo jurídico autônomo. Havendo a

regulação específica no mundo peculiar — que é deveras o ordenamento juslaboral — não haveria necessidade de se recorrer à norma externa.

E mais.

Mesmo na ausência de regramento, o recorrer à normatividade externa pode revelar uma colisão direta ao regramento específico do processo do trabalho. Neste caso, o importar normativo concretizaria não apenas uma verdadeira desnecessidade de aplicação, como sobretudo uma colisão ao propósito de concretização da ciência normativa laboral.

De um lado, podem-se observar alguns princípios específicos do ramo juslaboral, tais como simplicidade, celeridade e oralidade, de sorte que, mesmo na hipótese de ausência direta do aspecto normativo regulador, há de se conceber um cotejar necessário à particularidade da regulação no caso concreto. A compatibilidade funciona como válvula de contenção.

Exemplos não faltam para tais situações: a aplicação dos prazos diversos, previstos na regra do processo civil comum, colide com a incidência do postulado da celeridade do processo do trabalho. A hipótese de fixação de regramento amplo aos pressupostos da exordial, insculpidos na regra do processo civil, infringe o anseio da simplicidade do petitório laboral. A sistemática quanto ao exame dos requisitos ao litisconsórcio e denúncia da lide violaria a disciplina própria da marcha do processo trabalhista, ao refugir da discussão em torno da controvérsia da relação de trabalho. A referência à intimação das testemunhas colidiria com o propósito do comparecimento independentemente de intimação, marca elementar do rito sumaríssimo.

De outro lado, a doutrina das lacunas jurídicas há de ser interpretada em consonância ao chamado *ansilosamento normativo*.

Com propriedade, Luciano Athayde lembra que “a regulação, apenas parcial, dos institutos

processuais necessários ao adequado desenvolvimento dos ritos processuais na Justiça do Trabalho realça a utilidade da regra da subsidiariedade (arts. 769 e 889 da CLT), que não obsta, portanto, o influxo do processo comum, que por sua vez, precisa sempre passar pelo filtro da compatibilidade ontológica e teleológica, a fim de não comprometer a própria essência do Processo do Trabalho, qual seja, a de ser um subsistema processual orientado a proporcionar uma condição de tramitação e de resultado mais adequada à tutela material que pretende realizar”⁽¹¹⁾.

O processo do trabalho conviveria, assim, com uma hipótese de supletividade expressa, de sorte a se reconhecer uma referência de incompletude normativa ínsita, em referência à evolução social. “O processo trabalhista não nasceu nem se tornou, com o tempo, fechado e completo. Pelo contrário, desde sua origem cuidou de dispor apenas sobre alguns institutos peculiares, permeando-se, quanto ao mais, à supletividade do processo comum”⁽¹²⁾.

Nesse sentido, Bobbio explica que o entendimento de lacuna não se refere apenas à falta de uma solução, mas propriamente designa a carência de uma solução satisfatória. “Ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe”⁽¹³⁾.

Nessa toada, o regramento original celetista pode-se revelar, de certo modo, decrépito e caduco, com o fito de propor uma solução célere ao caso concreto e dar vazão ao postulado da efetividade e concretização da entrega justa e razoável da tutela jurisdicional. O entendimento quanto ao conceito de lacuna jurídica

há de ser visto sob um ângulo abrangente de ressonância. Lacuna não significaria propriamente tão só ausência de norma, mas sim falta de um parâmetro de justeza e efetividade à solução. Por isso mesmo, deve-se buscar um entendimento maleável quanto ao matricial de completude axiológica e ontológica ao regramento jurídico.

A concretização da hermenêutica da regra celetária do art. 769 esteve ancorada não apenas na lógica da premissa de peculiaridade imanente do processo laboral, mas também à luz da hipótese contemporânea do conceito holístico e abrangente de lacuna normativa.

Deveras, insta salientar que, com amparo ao regramento celetista, o princípio da subsidiariedade deva ser compreendido em consonância ao apanágio da cláusula de contenção. Existe uma espécie de aliança entre as duas teorias para se compreender o verdadeiro sentido de omissão normativa (lacuna), aproximado à geografia da compatibilidade (adequação).

Porém, a novel regra do código de processo civil especifica o simples sinal da aplicação supletiva e subsidiária das regras do processo comum, tendo como base tão somente a “ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos”.

Estaria, então, o preceito do processo laboral simplesmente orientado para o significado de lacuna ou omissão normativa, sem ter por base a aplicação adequada? O sentido de compatibilidade não seria mais necessário para se chegar à hermenêutica do art. 769 da CLT? A cláusula de contenção perderia a razão de ser, a partir da existência da nova disciplina do processo civil?

6. Angústias e esperanças de um primeiro olhar sobre o art. 15 do novo CPC

O quadro da necessária evolução da doutrina do processo civil exige uma leitura inteligente e articulada da norma jurídica. A compreensão dos dilemas do ansiolamento normativo, à luz do enfoque contemporâneo da

(11) CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, Aplicação e Integração do Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 64-65.

(12) *Ibidem*, p. 67.

(13) BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 8. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 140.

lacuna normativa, é apenas um dos indicativos para uma leitura pós-moderna e contemporânea ao art. 769 da CLT. Certamente, a aplicação subsidiária das normas do processo civil não pode esquecer o grau de compatibilização.

A propósito: ao apontar o novo CPC para “ausência de normas trabalhistas”, poder-se-ia conceber uma perda de sentido do pressuposto de compatibilização normativa?

Veja-se que a junção das duas teorias — lacuna e compatibilidade (omissão e adequação) — especifica e concretiza, como acima mensurado, a ideia de uma busca perene à realidade plena, absoluta e perfeita, a partir da construção dos conceitos umbilicais, que se somam para chegada, por assim dizer, do universo em perfeição, como evidenciado na filosofia, na religião, na música e, sobretudo, no direito.

Todavia, em sede de processo do trabalho, quando o novo CPC faz apenas referência à ausência de normas (lacuna), teria acontecido um esvaziamento do conceito de aplicação integradora, à medida que a subsidiariedade estaria presente sem a compatibilização? Haveria a legitimação de um verdadeiro retrocesso social, em ferimento ao postulado de melhoria da condição social, previsto no *caput* do art. 7º da Constituição da República?

A primeira análise da regra trazida no novel diploma processual é comparada à sensação da perda sentida pelas almas gêmeas que se desapareceram permanentemente, tal como, se fosse utilizar a metáfora musical, o sumiço das metades das laranjas. Permaneceria um imaginário de segregação definitiva do *Ying* em relação ao *Yang*, comparando-se a uma condenação permanente de existência incompleta, na perspectiva da filosofia oriental.

Não se pode conceber a omissão (lacuna) — em referência ao princípio da subsidiariedade — sem se cogitar do elemento da compatibilidade (adequação), uma marca própria da cláusula de contenção, a fim de se concretizar o mecanismo heterointegrador do sistema

processual trabalhista. A heterointegração tem por base a conjugação dos pressupostos necessários: 1) omissão e 2) compatibilidade.

Diante do quadro de tamanha angústia, descrito nesta primeira leitura do art. 15 do novo CPC, seria possível um viés de esperança ao novel regramento?

Contando-se com um esforço dos operadores do direito, é possível sim ver uma evolução na positivação do regramento no novo CPC. Nesta dimensão, algumas soluções devem ser arquitetadas, para se augurar um quadro de esperança.

A primeira é entender a incompatibilidade da regra da processualística comum. O recrudescimento do art. 769 da CLT proporciona a efetivação do entendimento próprio da conjugação imprescindível entre omissão e compatibilidade, de sorte que se poderia propagar a incompatibilidade direta entre a norma celetista com a nova regra.

A disciplina celetista não teria restado revogada, de modo tal que não haveria base concreta a deixar de lado o consolidado pensamento ao refrear a importação gratuita de instrumentos de incorporação sob outros parâmetros. Mesmo na fase de execução, a regra celetista é incisiva em determinar, por meio do art. 889 da CLT, a aplicação dos preceitos dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal “naquilo em que não contravierem ao presente Título”, de modo tal que se preserva o anseio de amoldar a importação do regramento de seara diversa com respeito à inexistência de contrariedade ao diploma específico do processo de labor.

A primeira solução passaria, assim, por deixar de lado o art. 15 do novo CPC, sob o argumento de que o legislador ordinário teve em mira apenas a consideração do processo civil, não se atentando propriamente à particularidade do processo do trabalho, em consonância, inclusive, ao regramento remansoso e estabelecido por meio do consagrado art. 769 da CLT.

Veja-se que o presente raciocínio foi considerado na Primeira Jornada Sobre o Novo Código de Processo Civil, organizada pela Escola Judicial do Tribunal Regional Do Trabalho da 18ª Região, que resultou na deliberação da comissão sobre o parecer 4, com o seguinte título:

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO NOVO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO CPC (ART. 15). COMPATIBILIDADE. OMISSÃO OU OPÇÃO DO MODELO PROCESSUAL TRABALHISTA. NÃO REVOGAÇÃO DO ART. 769, DA CLT. Apesar da novel regra disciplinar que a integração do processo comum ao processo do trabalho se dará na hipótese de omissão, de forma subsidiária e supletiva, remanesce a necessidade de examinar o requisito da compatibilidade, porque a ausência de determinado instituto pode decorrer da opção do modelo processual trabalhista, não configurando omissão que autorize a importação da norma processual comum.⁽¹⁴⁾

O segundo desfecho teria por fito a análise da eficácia da *aplicação supletiva* das normas do processo civil comum, situação expressamente ventilada no artigo em voga.

Entende-se que a consideração terminológica da expressão deva ter por mira a especificação quanto ao necessário ajuste de regramento. Aplicação supletiva pressuporia o ajuste de adaptação da norma, sob pena de não se perder a compatibilização adaptativa entre os diplomas.

A solução jurídica deveria, assim, enfatizar um preenchimento criativo de soluções, a fim de providenciar uma verdadeira “sugestão de solução apropriada” (*ein geeigneter Lösungsvorschlag*), em referência a Zippelius, na busca de uma solução que atinja o consenso satisfatório, a partir de uma proposta de um método argumentativo⁽¹⁵⁾.

Como a sugestão enfrentaria a aplicação supletiva da regra processual, o suprimento das soluções práticas passaria pela formatação criativa e inteligente da concepção de ordenamento jurídico. A integração supletiva não viria para aferir a concretização de comparimentos estanques, mas, ao contrário, teria por meta a concepção dialogal das fontes. A aplicação da teoria do diálogo das fontes concretizaria uma proposta de solução adequada e mais razoável à decisão. O enfrentar da incompletude normativa proporcionaria uma integração variada das diversas concepções jurídicas, com o anseio de entregar uma solução mais efetiva da tutela jurisdicional.

Observa-se que a semântica da *supletividade* seria propriamente uma chave para solução criativa que buscaria concretizar a omissão em torno de uma lacuna que se complemente e amolde para a melhor solução efetiva. A supletividade pressuporia a aplicação do diálogo das fontes em oposição à simples consideração da lacuna normativa da norma celetária.

A partir desta visão, o degrau necessário previsto no princípio da subsidiariedade encontraria uma aplicação mais maleável e flexível de fontes em posição de paridade.

Veja-se que a angústia do aparente esquecimento da referência à compatibilidade, a que supostamente pudesse se referir o art. 15 do novo CPC, poderia ser superada em atenção à construção da tese da aplicação dialógica da solução processual que possa considerar não apenas a tradicional lacuna normativa, mas, sobretudo, a aplicação das lacunas ontológicas e axiológicas com o fito de concretização da dinâmica supletiva da norma.

À luz do alcance da complementariedade necessária para formação da solução mais própria e compatível, as metades do universo não estariam decepadas. Afinal, a semântica do preceito da heterointegração do ordenamento juslaboral exige a constatação da subsidiariedade que se soma à cláusula de barreira. A ideia da omissão lacunosa não pode perder de vista

(14) Conferir o relatório final da comissão de enunciados da I Jornada Sobre O Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <www.trt18.jus.br>.

(15) ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. München: C. H. BECK, 2007. p. 196.

a conjugação de um espaço próprio do processo do trabalho, nascido em ambiente de luta de classes, marcado pelo antagonismo: capital *versus* trabalho.

A reconstrução do princípio da subsidiariedade, frente ao preceito de contenção, talvez possa ser a principal esperança para superar um diagnóstico de angústia na primeira leitura do art. 15 do novo CPC.

A partir do espectro de aplicação da vertente *supletiva*, ganha-se em evidência a integração omissiva, com fulcro no diálogo das fontes, em superação ao viés gradativo de aplicação dos parâmetros. Para se deixar de lado a aflição inicial, confia-se numa projeção de uma solução criadora, que reflita uma ponderação dialógica, em referência à adequada solução, conjugando um espaço próprio de constatação das lacunas ontológica e axiológica, com esteio na inexistência da gradação entre os diplomas processuais (trabalhista e civil), para um compromisso maior de construção da paz social e efetividade da tutela jurisdicional.

7. Referências Bibliográficas

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 8. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, Aplicação e Integração do Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LIMA LAURINO, Salvador Franco de. Os Reflexos das Inovações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho [da] 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 42, n. 72, jul./dez. 2005.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. v. 9, Processo do Trabalho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. München: C.H.BECK, 2007.

Prova emprestada e o novo CPC — repercussões no processo trabalhista e na qualidade da prestação jurisdicional

Amanda Barbosa^(*) e Jair Aparecido Cardoso^(**)

Resumo:

- ▶ A prova emprestada, uma prática forense, foi incorporada ao ordenamento brasileiro pela Lei n. 13.105, de 16.3.2015 (novo Código de Processo Civil). O que, provavelmente, impulsionará sua utilização, inclusive no processo trabalhista. Assim, faz-se importante algumas reflexões sobre sua natureza jurídica, implicações práticas, bem como possíveis influências na qualidade da prestação jurisdicional.

Abstract:

- ▶ The use of borrowed evidence (evidence from previous trials), which is a forensic practice, was incorporated into the Brazilian legal system by Law n. 13.105 on 3,16,2015 (the new Civil Procedure Code), and it will probably boost its use also in labor suits. Thus, some reflection on its legal nature and practical implications, as well as possible influences on the quality of jurisdictional service is of dire importance.

Palavras-chave:

- ▶ Prova — Emprestada — Normatização — Processo — Trabalhista.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A verdade humanizada do processo e a pró-atividade instrutória
- ▶ 3. Identidade física do juiz, fundamento e finalidade
- ▶ 4. Prova emprestada e o processo do trabalho
 - ▶ 4.1. Autonomia da iniciativa da parte ou do juiz
 - ▶ 4.2. Natureza jurídica e repercussões
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juíza do Trabalho substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professora da pós-graduação em Direito do Trabalho da FAAP – Fundação Armando Álvares Penteado e da Escola Judicial do TRT da 15ª Região. Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

(**) Professor de Graduação e Pós-Graduação da FDRP-USP. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

1. Introdução

A prova emprestada se caracteriza pela mobilidade entre processos que guardam entre si coincidência de fatos controvertidos. Assim, é produzida originalmente em um processo e trasladada a outro, funcionando como elemento de convicção para a elaboração do julgamento.

Em tempos de volumosa judicialidade e demandas em massa, vem sendo expressiva sua utilização no cotidiano forense, o que tende a se intensificar com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, recentemente aprovado, vez que expressamente a reconheceu como meio de prova; circunstância que bem ilustra a influência da realidade prática sobre o Direito, face oposta ao efeito condicionante do Direito sobre a sociedade.

A previsão no novo diploma se fez nos seguintes moldes:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Em que pese sua existência prática e doravante normativa, fato é que muito pouco se discute sobre esse meio de prova, sendo em geral omitidas as reflexões sobre sua natureza jurídica, implicações dela decorrentes e seus possíveis reflexos na qualidade da prestação jurisdicional.

Quando a palavra de ordem é celeridade (e o traslado de prova com ela se afina) corre-se o risco da surdez a outros valores caros ao Direito e suas instituições, entre eles, a qualidade e a eficiência da prestação jurisdicional. Assim, este ensaio propõe suscitar alguns questionamentos de ordem prática, e também ideológica, que envolvem a matéria.

2. A verdade humanizada do processo e a pró-atividade instrutória

Qualquer discussão sobre matéria probatória se relaciona com a inquietante questão da “verdade”. Não no sentido da conclusão sobre

as consequências a serem reconhecidas à luz dos fatos apurados (pois tal conclusão não é única, muito menos certa ou previsível), mas à suposta verdade sobre os próprios fatos.

Se, porém, esperam os juristas que em relação à verdade dos fatos as coisas sejam mais simples, enganam-se. O processo e, conseqüentemente, a justiça que ele busca realizar, se baseia em uma verdade humanizada, trazida aos autos por partes, testemunhas, advogados, promotores, juízes e auxiliares da justiça, sendo por eles interpretada, apreciada e submetida às vicissitudes próprias da natureza humana. O processo não se constrói sobre os fatos, mas sobre o que foi construído com os fatos, limites denominados de verdade judicial.

A impossibilidade de o entendimento apreender a verdade exata e absoluta, foi de certo modo absorvida pelo sistema processual, o qual se satisfaz com a verdade estabelecida nos autos por meio das provas. Como registrou Antônio Carlos de Araújo Cintra⁽¹⁾:

“O certo é que a imagem mental dos fatos do litígio, composta pelo juiz, como resultado da atividade probatória, pode corresponder, ou não, aos fatos reais a que se refere. Não há como ter, em qualquer caso concreto, absoluta certeza a respeito dessa correspondência. Se a certeza é inatingível, nem por isso o será a verdade que, apesar de tudo, deve ser procurada no processo, através das provas.”

Portanto, o julgador chega à sua verdade quando, à vista do exame das provas, formula juízo de certeza sobre os fatos dos quais foi convencido, o que, entretanto, está longe de significar impossibilidade de formação de uma falsa certeza. Logo, a verdade judicial é a verdade viável, obtida no termo de um processo minuciosamente regulado por lei. Lado outro, a verdade da própria decisão reside na

(1) CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 3

correspondência entre a convicção do julgador e os fundamentos por ele suscitados⁽²⁾.

É nesse sentido que afirma José Ernesto Manzi⁽³⁾ que, *a sentença é resultado do que o juiz “sentiu”*, sendo que concorrem para esse resultado: a interpretação do Direito, a aplicação de presunções, as técnicas de colheita das provas e a interpretação dessas provas.

A consciência sobre as limitações da verdade judicial pode confortar e, de certa forma, nos resignar frente à inevitável imperfeição do sistema judicial. Isso, contudo, não serve de escudo ao dever dos atores judiciais procederem com boa-fé e de envidarem esforços à reconstituição, mais próxima o possível, da realidade. A clássica divisão entre verdade real e verdade formal (aquela imperativa no processo penal, cujos interesses seriam indisponíveis, e a última relacionada ao processo civil e trabalhista, pautados em interesses patrimoniais e, *a priori*, disponíveis), não mais se sustenta. Tanto que em todos os ramos, indistintamente, existem normas conferindo poderes instrutórios aos magistrados (arts. 156 e 404 do Código de Processo Penal⁽⁴⁾, art. 130 do Código de Processo Civil e art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho).

(2) Nesse sentido, o art. 131 do CPC, assinala que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” No novo CPC norma similar consta do art. 371, e apesar de curiosamente extraída a expressão “livremente”, nada se alterou quanto ao sistema da livre convicção motivada, respaldado pela Carta Magna de 1988 em seu art. 93, inciso IX.

(3) MANZI. José Ernesto. *O uso das técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5243>>. Acesso em: 5 nov. 2009. p.1.

(4) Não obstante a divergência sobre a legitimidade da atuação *ex officio* de juízes na produção de prova criminal, entendemos absolutamente compatível essa atividade instrutória oficial, desde que se destine efetivamente à formação do convencimento do julgador e se motive na observação de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos. Nessas condições, não há comprometimento da imparcialidade, realiza-se um dever natural no ofício de distribuição da Justiça.

Há muito foi superada a concepção do juiz expectador do desenvolvimento do processo, exigindo-se, ao contrário, sua participação ativa, protagonismo que em nada macula o seu dever de imparcialidade. A imparcialidade se estabelece na condução objetiva do processo, na ausência de interesse particular do juiz e no respeito ao contraditório, e não na apatia e na indiferença com o resultado justo, independentemente das consequências para uma ou outra parte.

A justacomposição da lide é direito fundamental em qualquer natureza de conflito, penal, civil, trabalhista etc. Logo, compete a todos os envolvidos na atividade de administração da justiça o empenho para que a verdade judiciária adotada se aproxime ao máximo da efetiva verdade. Nesse sentido, os poderes instrutórios do juiz, acima referidos, afiguram-se verdadeiros deveres.

3. Identidade física do juiz, fundamento e finalidade

O Princípio do Devido Processo Legal, expresso no art. 5º, LIV, da Constituição Federal brasileira, determina a administração da justiça por via dialética, materializada no processo. O processo, por sua vez, tem por conteúdo um conjunto de atos direcionados à construção e implementação da decisão judicial, dentre os quais se destacam os de cunho probatório.

Segundo o art. 332 do atual Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art. 769 celetista: “*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*” Portanto, nosso legislador optou por um sistema aberto de prova, integrado por meios típicos e atípicos, sendo requisito dos últimos, a litude.

Os meios de prova também podem ser divididos em pessoais e reais. Os pessoais são provenientes de uma declaração pessoal de um sujeito do processo (testemunhas, por

exemplo), enquanto os reais são estabelecidos através de exames sobre coisas ou pessoas, como a perícia e documentos. Em relação aos últimos, menores as dificuldades na extração das informações relevantes para a lide, pois são fontes abertas, de franqueada consulta pelo interessado. Porém, o mesmo não ocorre em relação às provas pessoais, cuja “leitura” requer esforço e atenções diferenciadas. Testemunhas e partes são fontes fechadas de informação e a depender da postura do inquiridor (sobretudo do juiz como condutor natural do processo e das audiências), diferentes podem ser os resultados dessa espécie de prova, não raro a única disponível, sobretudo no processo trabalhista.

Nesse particular, já se sustentou que:

Ao contrário de outras áreas do Direito nas quais as questões controvertidas estão em boa parte consignadas em documentos, ou se resolvem por perícias, no Direito do Trabalho isso não ocorre. Nesta sede, e à luz do princípio da primazia da realidade que a orienta, a prova oral tem espaço privilegiado. É comum que ela desconstitua jornadas consignadas em espelhos de ponto, que determine a desconsideração dos contratos de prestação de serviços autônomos e ao reconhecimento de vínculos empregatícios, que revele a ocorrência ilegal de pagamentos não contabilizados, ou evidencie condições degradantes de trabalho, sob à ótica da saúde mental etc. Portanto, a preocupação em capacitar os magistrados à atuação instrutória eficaz, sobretudo no que tange à prova oral, é em todo justificada. De fato, a depender da postura do juiz como condutor do processo e das audiências, diferentes podem ser os resultados e a utilidade da prova. Essa postura, por sua vez, dependerá do maior ou menor grau de conhecimento no plano da Psicologia do Testemunho, sub-ramo da Psicologia Jurídica, como visto.⁽⁵⁾

(5) NATALI, Fábio; BARBOSA, Amanda. *Magistratura e formação humanística*. São Paulo: LTr, 2004. p. 174.

Além disso, consabido que a linguagem verbal não é a única na construção da comunicação, pois essa se completa com a linguagem do corpo. Na produção da prova oral essas diretrizes são de especial importância. Não só o que é dito, mas como é dito, a expressão, a entonação, a espontaneidade, a forma de se postar do inquirido, todo o contexto sensorial do interrogatório concorre para a formação da convicção do magistrado. Eis também o motivo para a imposição de que a prova seja colhida diretamente pelo magistrado (imediatidade, art. 446, II, do CPC).

Tal premissa, sistematizada pela Psicologia, acompanha o Direito a longa data e se encontra agasalhada no princípio da identidade física do juiz, segundo o qual, quem tem melhores condições de avaliar a prova é o juiz que a colhe.

Exatamente por esta razão (zelo pela qualidade da prestação jurisdicional), o juiz que conduz a produção da prova oral está vinculado ao respectivo julgamento. Nesse sentido, o art. 132, do Código de Processo Civil de 1973:

O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Pelo mesmo louvável fim, a previsão do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal⁽⁶⁾, incluído em 2008 ao diploma.

Na seara trabalhista, a aplicação do princípio permaneceu controvertida mesmo após o cancelamento da Súmula n. 136 do Tribunal Superior do Trabalho, que consignava sua não aplicação. Para ilustrar, válida a transcrição da seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. O princípio da identidade

(6) Art. 399, § 2º, CPP: O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei n. 11.719, de 2008).

física do juiz não é absoluto, gerando apenas nulidade relativa, que somente deve ser declarada quando demonstrado prejuízo para a parte que a invoca. O simples fato de determinado magistrado colher a prova e outro sentenciar não gera presunção de prejuízo, pois aquele que sentencia pode, caso entenda necessário, determinar a produção ou a repetição de alguma prova, como prevê o art. 132, parágrafo único, do CPC. Divergência jurisprudencial inespecífica. Recurso de revista não conhecido. (TST, relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 11.2.2015, 6ª Turma)⁽⁷⁾

Como se vê, sem embargo da inegável utilidade da formulação sob o aspecto da qualidade da prestação jurisdicional, o que apenas pode ser contestado quando ausente uma análise sob perspectiva interdisciplinar e humanística, fato é que por razões administrativas, de “logística”, não adequadamente enfrentada de outras formas pelos Tribunais, e sob a alegação frágil de atender à eficiência, a diretriz da identidade física vem perdendo espaço. Como ápice dessa constatação, destaca-se a omissão no Código de Processo Civil recentemente aprovado, e que entrou em vigor em 18 de março de 2016, de norma que igualmente contemple o princípio em questão, como faz o CPC/1973 em seu art. 132.

Ocorre que serviço eficiente não é apenas o serviço rápido. Não se nega ou ignora que a morosidade judicial é campeã no *ranking* da insatisfação dos usuários do serviço judicial, mas também não acreditamos que se deva enfrentar um problema substituindo-o por outro. Se utilizamos um serviço *delivery*, ainda que saboroso o produto, não ficamos totalmente satisfeitos se a entrega for demasiadamente demorada. Não é diferente quando, apesar de célere, é de intragável sabor. É nesse sentido que nos cabe refletir sobre os rumos do Judiciário e o padrão fabril de produção que o assombra.

(7) Acórdão disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168422552/recurso-de-revista-rr-11613220125090654/inteiro-teor-168422572>>. Acesso em: 3 ago. 2015.

Trabalhar por um ponto de equilíbrio entre o direito à razoável duração do processo e a prestação jurisdicional qualitativamente satisfatória é o nosso grande desafio.

4. Prova emprestada e o processo do trabalho

Feitas essas considerações, é possível adentrar na questão da prova emprestada propriamente dita. Conforme mencionado, o Código de Processo Civil de 2015 traz, em seu art. 372, a previsão expressa da possibilidade de utilização da prova emprestada, até então comum ao mundo dos fatos, e de controvertido tratamento na doutrina e jurisprudência.

No campo trabalhista, destaca-se sua utilização nas demandas que discutem insalubridade ou periculosidade, sobretudo nas hipóteses de encerramento das atividades da empresa e impossibilidade fática de realização da diligência *in loco*, considerada a obrigatoriedade da providência por força de lei⁽⁸⁾. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 278, da SDI-1, do C.TST, de seguinte teor:

Orientação Jurisprudencial n. 278 – SDI-1. Adicional de insalubridade. Perícia. Local de trabalho desativado. A realização da perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.⁽⁹⁾

Nesse particular, tem-se por absolutamente válido o expediente, o qual, aliás, deveria ser ampliado de modo a abranger não apenas a hipótese específica do encerramento das atividades, mas toda hipótese de correspondência

(8) Art. 195, § 2º, da CLT: 2º Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei n. 6.514, de 22.12.1977)

(9) *CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 522.

das circunstâncias fáticas analisadas em perícia anterior. A identidade circunstancial poderia ser suscitada por iniciativa de uma das partes ou por iniciativa do próprio Juízo que, como acima pontuado, possui poderes instrutórios amplos e tem o dever de zelar pela tramitação do processo em tempo razoável.

Para esse fim, suscita-se a existência de um banco de perícias no qual seriam arquivadas as diligências realizadas, dispondo-se de ferramentas informatizadas de procura, facultando-se às partes a arguição da alteração das condições fáticas como condição para refazimento do ato.

Necessário ponderar que a realização de periciais é uma das maiores causas de congestionamento da tramitação processual na fase de conhecimento, sobretudo porque é inexistente a condição ideal da disponibilidade de um corpo de peritos integrante do Judiciário. O encargo é atualmente desempenhado por profissionais autônomos, na condição de auxiliares da justiça, mas que, não raro, não se dedicam exclusivamente a esse *munus*.

Não bastasse, cabe alertar, ainda, para o alto custo desse procedimento, assumido pelo Estado em boa parte das vezes. Afinal, lamentavelmente, observa-se muito pouco critério na arguição de condição insalubre e perigosa de labor (não raro afastadas integralmente pela prova técnica), enquanto é excepcional a não concessão da gratuidade de justiça ao trabalhador reclamante.

Se em relação à prova pericial manifestamos intenso entusiasmo pela utilização da prova emprestada, o mesmo não ocorre no tocante à prova oral, o que explico à luz das considerações iniciais. Não se administra justiça como se produz pães, ao que basta repetir criteriosamente a receita. Os “ingredientes” nos conflitos de carne e osso se renovam incessantemente. Assim, todo o contexto atual, que vai muito além da questão ora debatida, mas que evidencia muito claramente a silenciosa massificação da prestação jurisdicional,

é significativamente preocupante. Enquanto as razões para demandas em massa se multiplicam, enfrentamos superficialmente apenas os efeitos desse fenômeno. Seguimos sobrevivendo, atingindo metas crescentes (até quando?), produzindo números e, às vezes, conseguindo também realizar justiça.

De qualquer sorte, a realidade aí está, e em específico quanto ao objeto deste estudo — a prova emprestada — são necessárias também algumas indagações de ordem prática não enfrentadas pela legislação. São elas:

- a) Há necessidade de anuência da parte contrária para a sua produção como condição de eficácia?
- b) Qual a sua natureza jurídica? Mantém a natureza original na segunda demanda (perícia, depoimento etc.) ou assume a natureza de prova documental ao ser trasladada?

4.1. Autonomia da iniciativa da parte ou do juiz

Quanto ao primeiro questionamento, observa-se que a jurisprudência é vacilante. Às vezes, conclui que a prova emprestada poderá ser requerida por qualquer das partes, sem necessidade de anuência da parte contrária e, uma vez produzida na segunda demanda, terá eficácia para ambos os litigantes (princípio da aquisição processual da prova). Outras vezes, condiciona essa eficácia ao consenso para sua produção. Nesse último caminho, veja-se:

TRT-PR-18-04-2008 PROVA EMPRESTADA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. DISCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA. Se um dos litigantes pretende utilizar, como prova emprestada, depoimento colhido em outro feito, faz-se necessária a concordância da parte contrária. Não havendo essa concordância, não configura cerceamento de defesa a desconsideração daquele depoimento, pois é facultado aos litigantes produzir nos próprios autos a prova testemunhal que entendem necessária, na forma da lei, e nessa hipótese é possível que uma parte formule perguntas às testemunhas indicadas pela outra. No caso em exame, essa possibilidade

não existiu. (grifado) (TRT-9 2064200618908 PR 2064-2006-18-9-0-8, relator: Ney Fernando Olivé Malhadas, 4ª Turma, Data de publicação: 18.4.2008)⁽¹⁰⁾

O argumento aparentemente forte desse entendimento está na parte final do verbete, a impossibilidade das reperguntas naquela ocasião. Lado outro, presume-se facultada essa oportunidade na instrução oral precedente. Desse modo, salvo eventual cerceamento de defesa antecedente (o que contaminaria a prova que se pretende emprestar), o fundamento não se sustenta.

O que, de fato, afigura-se fundamental à questão é o respeito ao contraditório, facultando-se livremente à parte adversa, ainda que contrária à prova emprestada, tanto a manifestação sobre o empréstimo produzido como a produção de outras provas/contraprovas que pretenda. Aliás, esse é o trato comum conferido aos meios de prova como um todo. Se a prova emprestada é reconhecida como meio de prova tanto quanto os demais meios, não parece razoável o condicionamento de sua produção pelo interessado à anuência daquele contra qual essa prova se dirige. Nessa trilha, destacamos:

CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA EMPRESTADA. DISCORDÂNCIA DA PARTE. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. Por força do art. 131 do CPC, que consubstancia o princípio da persuasão racional, o magistrado apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, indicando, na decisão, os motivos que formaram seu convencimento. Compete-lhe, ainda, a direção do processo, deferindo diligências que entender desnecessárias, velando pela rápida solução do litígio, tudo em conformidade com as disposições contidas nos arts. 125, inciso II, e 130 do CPC, bem como do art. 765 da CLT. Assim, **a falta de concordância de uma das partes,**

(10) Acórdão disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18964135/2064200618908-pr-2064-2006-18-9-0-8-trt-9>>. Acesso em: 18 out. 2015.

por si só, não pode impedir o magistrado de deferir o aproveitamento de prova de outro processo, mormente quando ela foi produzida em audiência por ele conduzida, em face da mesma parte reclamada, observando-se a faculdade de manifestação das partes, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como na espécie. Recurso ordinário conhecido e não provido. (grifado) (TRT-23 – RO: 1457200905123005 MT 01457.2009.051.23.00-5, relator: Desembargador João Carlos, Data de julgamento: 25.5.2011, 2ª Turma, Data de publicação: 26.5.2011)⁽¹¹⁾

Parece ser essa a opção do enxuto regramento inserido no diploma civil, o qual se limitou a prescrever que, “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Como se verifica, silencia quanto à eventual necessidade de consentimento do adverso.

Cabe notar ter sido essa, também, a interpretação conferida ao art. 372 pelo Enunciado n. 52 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo a Carta de Vitória⁽¹²⁾. Vejamos:

Enunciado n. 52. (art. 372) Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária. (Grupo: Direito Probatório)

Interessante registrar, ainda, que ao menos implicitamente, o diploma em análise reconhece a relação entre prova colhida diretamente e qualidade do julgamento, pois orienta que o juiz no momento de valoração da prova (julgamento) avalie e atribua à prova emprestada o “valor que considerar adequado”. É o que há

(11) Acórdão disponível em: <<http://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19149715/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1457200905123005-mt-0145720090512300-5>>. Acesso em: 18 out. 2015.

(12) Carta de Vitória. Disponível em: <<http://portal-processual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

muito já se pratica, inclusive quanto às oitivas de testemunhas por cartas precatórias, exceção à imediatidade.

A possibilidade de produção de prova emprestada *ex officio* é outra questão relacionada ao tópico, não obstante o dispositivo sugerir tão só a passividade do magistrado, o qual poderia *admitir* o meio de prova.

Nesse particular, nenhum embaraço vislumbramos. Não raro o magistrado se depara com causas repetitivas, indiciadoras de sistemático descumprimento da legislação trabalhista, nas quais, por vezes, há funcionários que cotidianamente desempenham a função de preposto e mesmo de testemunha. A reprodução diária desses mesmos depoimentos é retrabalho injustificado, nada impedindo, por exemplo, a gestão inteligente de pautas que concentre essas demandas, utilizando-se a prova emprestada como forma de otimização. Como já defendido, vive-se a era da instrumentalidade do processo, e do seu compromisso com a eticidade e com a justiça, cabendo ao magistrado um papel de protagonismo na efetivação desse ideal. O próprio diploma de processo civil que entrou em vigor prevê que:

“Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

E que:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

4.2. Natureza jurídica e repercussões

Quanto ao segundo questionamento posto, se a prova emprestada mantém sua natureza original ou assume conteúdo documental, cuida-se de indagação com repercussões práticas e sobre as quais também não há unanimidade.

Parte da doutrina informa que: *a prova emprestada será inserida no processo como mera prova documental, devendo ser utilizada apenas excepcionalmente, uma vez que, em regra, as*

provas devem ser produzidas no mesmo juízo onde corre a demanda⁽¹³⁾.

Mauro Schiavi, por sua vez, sustenta:

No nosso sentir, a segunda vertente está correta, pois a lei não impõe que a prova emprestada seja trasladada como documento, este é apenas o instrumento de transporte da prova. Além disso, conservando a prova emprestada à mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, o contraditório fica mais visível e dilatado.⁽¹⁴⁾

Entendemos que a razão assiste ao segundo autor e no mesmo sentido, ainda, o Enunciado n. 52 da Carta de Vitória acima citado. O documento é mero instrumento da prova, cuja índole não se altera com esta materialização, permanece perícia, depoimento pessoal ou testemunhal.

Essa conclusão, todavia, suscita novas questões. Por exemplo: se mantida a natureza original do depoimento testemunhal, caberá contradita, caso presentes hipóteses de impedimento ou suspeição em relação às partes do processo para qual foi trasladada? Esse depoimento contará no cômputo do limite de testemunhas, previsto para os procedimentos ordinário, sumaríssimo e especiais?

Ao nosso sentir, sim.

5. Considerações finais

Conforme pontuamos, a prova emprestada, já bastante usual no ambiente forense, ganhará *status* normativo com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, justificando-se a presente investigação. Essa integração ao ordenamento jurídico certamente impulsionará sua utilização nas diversas searas, inclusive na trabalhista, especialmente por se afinar com o imperativo de celeridade que permeia, com ímpeto cada vez maior, a atividade jurisdicional.

(13) SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 375.

(14) SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 79

Registre-se que não há por parte dos articulistas qualquer ressalva quanto ao legítimo reclamo por celeridade, tramitação do processo em *tempo razoável*, como inserido no texto constitucional pela EC n. 45/2004, ao contrário. A questão é perquirir se estamos dispostos a inserir no “*preço a pagar*” a consciência em paz por um trabalho bem feito, a renúncia à tentativa sincera de se obter o melhor resultado possível em cada um dos milhões de processos que absurdamente chegam à Justiça por ano, mas que para as partes é único.

Assim, sem embargo da análise técnica necessária, face às repercussões práticas suscitadas, é impossível passar ao largo dessa reflexão ideológica, ainda que a questão, em si, pareça bem pequena no grave universo de massificação da prestação jurisdicional.

Evitar que a atual *tsunami* de litigiosidade arraste do Direito o seu papel político, a sua função de pacificação com justiça e de efetiva consolidação do Estado Social, e dos seus magistrados o compromisso com esses ideais, não é tarefa nada fácil. Há algum tempo, o tecnicismo exigido pelo liberalismo teve o condão de transformar juristas em “operadores” do Direito. Desde então, custosa tem sido a trajetória para a compreensão dessa ciência além

das linhas traçadas pelo positivismo. O risco, agora, é de irmos além (e ficarmos aquém), tornando-nos meros operários de “baixar processos”, como não raro veiculado nos meios midiáticos em tom festivo.

Será esse o caminho?

6. Referências bibliográficas

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MANZI, José Ernesto. *O uso das técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5243>>. Acesso em: 5 nov. 2009, p.1.

NATALI, Fábio. BARBOSA, Amanda. *Magistratura e formação humanística*. São Paulo: LTr, 2004.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.

SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

Via de mão dupla — precedentes vinculantes e o respeito às decisões de primeiro grau como faces da mesma moeda sob o novo CPC — uma visão de direito comparado

Cesar Zucatti Pritsch^(*)

Resumo:

- O funcionamento do sistema de precedentes vinculantes introduzido pelo novo CPC pressupõe, em contrapartida, a valorização das decisões de primeiro grau nas matérias não sujeitas à uniformização, restritas ao caso concreto, como as conclusões de fato e as decisões que envolvem discricionariedade judicial. A ausência de limites à tal reforma permite que essas decisões sejam ignoradas e descartadas, mesmo quando tecnicamente corretas, bastando a mera divergência de opinião entre a corte revisora e o juízo *a quo*. Em tal contexto, repete-se desnecessariamente o trabalho de primeiro grau, confunde-se o acórdão com uma nova sentença, desviando aquele de seu foco principal na unificação e aprimoramento do direito. Ademais, a resultante alta taxa de reforma encoraja recursos de pouca substância, contribuindo para a sobrecarga do judiciário e para a deslegitimação do primeiro grau, reduzido a uma instância de passagem. Os standards de revisão recursal, praticados nos países de *common law*, podem inspirar a adoção jurisprudencial ou legislativa de tais limites, obstando a desnecessária reforma das conclusões de fato do primeiro grau, salvo em caso de erro claro (*clear error*), e das decisões discricionárias, como a aplicação de multas processuais ou o arbitramento de uma indenização, salvo se constatada arbitrariedade (*abuse of discretion*).

Abstract:

- The binding precedent system introduced by the new Code of Civil Procedure of 2015 presupposes that the appellate courts, to focus on precedents, must defer to the reasonable findings of fact and discretionary rulings of the trial courts. Currently, in the absence of

(*) Juiz do Trabalho na 4ª Região/RS e *Juris Doctor* pela Florida International University (FIU), EUA, laureado no grau *magna cum laude*, além de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ. O presente trabalho é uma adaptação da versão em inglês, apresentada perante a FIU em 2014

para a conclusão de seminário em direito comparado, "The Brazilian Appellate Procedure Through Common Law Lenses: How American Standards of Review May Help Improve Brazilian Civil Procedure", *ExpressO*, 2015. Disponível em: <http://works.bepress.com/cesar_zucattipritsch/1>.

limits to appellate review, courts of appeal in Brazil review *de novo* all subjects, ignoring or discarding the trial court's decision even when technically correct. This method ends up unnecessarily repeating the trial court's work, diverting the appeal's focus away from the consistency and development of precedents. Moreover, the resulting high reversal rate encourages frivolous appeals, overburdening the judiciary and bypassing the trial courts. The standards of appellate review, practiced in common law countries, may inspire the adoption of similar appellate review limits in Brazil, by the courts or by legislature. Standards of review, in Brazil, should prevent unnecessary reversals of trial court's findings of facts, except for clear error, and of discretionary rulings, except for abuse of discretion.

Palavras-chave:

- ▶ Processo civil e do trabalho — Novo CPC — Respeito a precedentes — Valorização das decisões do primeiro grau.

Índice dos Temas:

- ▶ I. Introdução. Contexto atual — Panorama normativo e consequências práticas. 1. Precedentes vinculantes e o lado reverso da mesma moeda — a preservação dos aspectos casuísticos da decisão recorrida salvo erro claro ou arbitrariedade. a. Precedentes vinculantes do Brasil e nos Estados Unidos — trabalho hercúleo — foco dos tribunais nas questões de direito das decisões recorridas, valorizando as decisões de primeiro grau quanto às demais matérias. 2. O problema — Desvalorização das decisões de primeiro grau — Excessiva recorribilidade, sobrecarga, protelação, desperdício.
- ▶ II. *Standards* de revisão recursal (*standards of appellate review*) no direito americano. 1. Questões de direito — *standard* de revisão recursal *de novo*. 2. Conclusões de fato do juiz — *standard* de revisão recursal *clearly erroneous*. 3. Conclusões de fato do júri — *standard* de revisão recursal *substantial evidence*. 4. Questões mistas de direito e de fato — *standard* de revisão recursal conforme a preponderância da análise do direito ou do fato. 5. Decisões discricionárias — *standard* de revisão recursal *abuse of discretion*.
- ▶ III. Aplicação dos *standards* de revisão recursal ao processo civil brasileiro. 1. Utilidade e funcionamento dos *standards* de revisão recursal para o aprimoramento do processo civil brasileiro. a. Interpretação das regras de direito aplicáveis — questões de direito. b. Decisões que envolvem margem de discricionariedade. c. Conclusões quanto à verdade dos fatos — questões de fato. d. Subsunção dos fatos ao direito — questão mista de direito e de fato. 2. Possibilidade de aplicação dos *standards* de revisão recursal ao processo civil brasileiro? a. Harmonia com a tendência de reforma do sistema recursal no Brasil, parcialmente inspirada no direito comparado. b. Harmonia com a política nacional de valorização do primeiro grau do Conselho Nacional de Justiça e com as aspirações da Magistratura de primeiro grau. c. Inexistência de impedimento legal ou constitucional ao uso de *standards* restritivos da revisão recursal no processo civil brasileiro. d. É necessária alteração legislativa para que se presumam corretas as decisões discricionárias e conclusões de fato do primeiro grau, limitando o corte revisional dos recursos através dos *standards* “abuso de discricionariedade” e “claramente errôneo”?
- ▶ IV. Considerações finais
- ▶ V. Referências bibliográfica

I. Introdução

O respeito aos precedentes emanados de instâncias superiores deve ser uma via de mão dupla, com o correspondente respeito das instâncias superiores às decisões do primeiro grau em matérias de fato ou discricionária. O sistema de precedentes que se apresenta através do novo Código de Processo Civil e da Lei n. 13.015/2014 impõe um novo paradigma nas relações entre o primeiro e segundo graus, bem como destes com os tribunais superiores. Há que se perceber os benefícios que a racionalização dos precedentes trará em termos de diminuição da recorribilidade, desafogamento dos tribunais e aumento da segurança jurídica. Entretanto, impõe-se também o reconhecimento de que a obtenção de tais benefícios não depende apenas da estabilização dos entendimentos de direito nos tribunais, mas também da estabilização das decisões de primeiro grau nas matérias não sujeitas à uniformização de entendimentos.

Tais matérias, em que a decisão de primeiro grau deve ser presumida correta, são as conclusões de fato e as decisões discricionárias. A conclusão sobre a verdade dos fatos, baseada na valoração da prova, é matéria para a qual os tribunais não estão em posição tão favorável, já que mais distantes da produção probatória. O mesmo ocorre em decisões envolvendo discricionariedade judicial, como o arbitramento do *quantum* em pedidos indenizatórios e multas processuais, indeferimento de provas procrastinatórias e outras situações de gestão do processo (*case management*). Em tais casos, o direito não limita o juiz a apenas uma escolha correta.

Da mesma forma que a resistência do primeiro grau em seguir precedentes dos órgãos colegiados competentes, para produzi-los com força obrigatória, pode esvaziar o trabalho da instância superior, vulnerando o esforço voltado para a segurança jurídica e redução da litigiosidade, o mesmo ocorre quando o segundo grau ignora ou descarta o trabalho do juiz de

primeiro grau pela mera discordância pessoal, embora tecnicamente correta a decisão *a quo*.

Este breve ensaio pretende apresentar a ideia de que a sistemática adotada pelo novo CPC pressupõe reciprocidade entre as instâncias, para que cada uma funcione bem, dentro de sua especialidade: o segundo grau e tribunais superiores na de unificar o direito, o primeiro grau focado no seu mister de descobrir a verdade e gerir o processo. A sistemática do novo CPC rompe com a típica tradição romano-germânica (ou de *civil law*), de que bebeu nosso ordenamento até o presente, e arroja-o para uma posição intermediária ou híbrida⁽¹⁾ entre tal tradição e aquela dos países anglo-saxões, conhecida como *common law*. Lideranças da doutrina processual (muitas das quais influenciaram a própria redação do projeto do novo Código) há anos investigam o direito comparado e buscaram, no mesmo, soluções para os crônicos problemas de nosso processo. No entanto, quaisquer importações estão fadadas ao insucesso se não examinarem o ambiente de onde é extraído o instituto importado. Um transporte pela metade não logra os mesmos resultados que o instituto ensejava em sua origem, dada a sua desfiguração.

No caso dos precedentes vinculantes brasileiros, elencados no art. 927 do CPC de 2015, impõe-se examinar o contexto em que o *stare decisis* do *common law*, funciona em sua origem, qual seja, em conjunto com o profundo respeito às decisões de primeiro grau em matérias não sujeitas à uniformização de jurisprudência, através dos *standards* de revisão recursal (*standards of appellate review*). Tais *standards*, nos países de *common law*, são uma parte vital do sistema, o lado reverso da mesma moeda em que se encontram os precedentes vinculantes,

(1) VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe. *Considerações sobre a Lei n. 13.015/14: uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais*. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT da 4ª Região em 20.8.2015. Arquivada em vídeo na *intranet* da Escola Judicial, disponível em: <<http://ead.trt4.jus.br/course/view.php?id=1106>>. Acesso em: out. 2015.

complementando a estabilidade oriunda dos precedentes, emprestando estabilidade e força para as ordens e decisões judiciais de primeiro grau. Como abordaremos abaixo, nos países de *common law*, enquanto as cortes de primeiro grau respeitam as decisões dos colegiados recursais, debatendo-as, comparando-as com os fatos do caso concreto e as aplicando; as instâncias superiores em contrapartida se absterem, se autolimitam (*self-restrain*), evitando interferir nas decisões do juiz de primeiro grau em situações que não afetam a uniformização do direito, salvo se houver erro claro (*clear error*) quanto às conclusões de fato, ou arbitrariedade (*abuso of discretion*), em relação às decisões que envolvem discricionariedade judicial.

O presente artigo sugere a harmonia da valorização de certas modalidades de decisões de primeiro grau, com a nova sistemática de estabilidade jurisprudencial que decorre do CPC de 2015, bem como a viabilidade de sua implantação, mesmo sem outras alterações legislativas.

Inicialmente, examinaremos em nosso ordenamento a inexistência de norma expressa que regule o método de julgamento ou critérios (*standards*) para a reforma das decisões recorridas. Veremos que a ausência de quaisquer limites à reforma de recursos gera desperdício de tempo e energia do Judiciário, além de fomentar insegurança jurídica, procrastinação e sobrecarga. Proporemos a adoção de *standards* de revisão recursal como uma modalidade de valorização do primeiro grau, em harmonia com a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, Resolução n. 194/2014 do Conselho Nacional de Justiça — CNJ. Discutiremos o funcionamento dos *standards* de revisão recursal no direito comparado e sua possível operacionalização no sistema pátrio, inexistindo impedimento legal ou constitucional para a adoção de critérios de julgamento que restrinjam a reforma desnecessária de decisões de primeiro grau. Este breve trabalho não pretende exaurir tal complexo

tema, mas tão somente fomentar o debate acerca da busca da redução da litigiosidade e otimização do processo, à vista do novo sistema proposto pelo Código de Processo Civil de 2015.

Contexto atual — Panorama normativo e consequências práticas

1. Precedentes vinculantes e o lado reverso da mesma moeda — a preservação dos aspectos casuísticos da decisão recorrida salvo erro claro ou arbitrariedade

- a) Precedentes vinculantes do Brasil e nos Estados Unidos — trabalho hercúleo — foco dos tribunais nas questões de direito das decisões recorridas, valorizando as decisões de primeiro grau quanto às demais matérias

No sistema proposto pelo Código de Processo Civil de 2015, em que se prioriza a uniformidade dos julgados, demandando trabalho intenso do segundo grau em tal sentido, não mais convém que o segundo grau continue focando a maior parte de seu tempo e energia em aspectos casuísticos das decisões recorridas, como a valoração da prova, conclusões de fato, e as escolhas discricionárias do juiz de primeiro grau dentre opções facultadas pela lei.

Em tal senda, compara-se nossa realidade com o sistema americano, que inspirou a vinculação aos precedentes agora aqui implantada. Lá, o sistema de precedentes possui, como corolário lógico e indissociável, o foco do tribunal nas questões de direito dos recursos, fiscalizando a atividade do primeiro grau em matéria de fato ou discricionária apenas quanto a erros claros ou arbitrariedades. O foco nos precedentes pressupõe uma dose maior de confiança no primeiro grau para matérias de interesse mais restrito ao próprio caso. Tais tribunais priorizam os aspectos de interesse geral das decisões recorridas, analisando-as sob a ótica da criação ou uniformização de precedentes,

com instigantes debates que versam não apenas sobre a interpretação do direito existente, mas também sobre questões de interesse público e política judiciária.⁽²⁾ Outrossim, uma vez que a decisão de segundo grau lá tende a aderir ao direito existente, refinando-o, moldando-o ou mesmo o inovando, se examina também o “efeito agregado” (*aggregate effect*) de um precedente. Em tal senda, indaga-se se o fundamento determinante (*ratio decidendi* ou *holding*) de um determinado acórdão (*case* ou *opinion*) for aplicado a milhares de casos análogos, qual seria o efeito prático? Quais comportamentos sociais seriam encorajados ou inibidos? A regra de direito que surgiria do *ratio decidendi* proposto seria benéfica e prática? Ou traria mais transtorno e tumulto do que resultados úteis?

Adicionalmente, quando se unifica um precedente nos Estados Unidos, não se edita uma súmula. Aliás, a súmula é desconhecida e até mesmo inconcebível em tal sistema.⁽³⁾ É sempre editado um acórdão onde são debatidas, à luz dos fatos do caso concreto, todas as questões de interpretação jurídica e de política judiciária, às claras, expressamente. O julgador não está

preso apenas à hermenêutica da lei formal (*statute*), e não tem receio de registrar, dentre os fundamentos da decisão, questões meta-jurídicas, pragmáticas, políticas etc., sendo tais fundamentos considerados essenciais na criação de um precedente justo e socialmente eficaz. Aliás, tais considerações metajurídicas, se forem determinantes para conclusão do julgado (portanto, integrantes do *ratio decidendi* ou *holding*) também se tornam vinculantes, podendo ser citadas por advogados e juízes em casos futuros. Logo, o registro claro e honesto de todos os motivos que levaram a uma determinada decisão é necessário para: (1) permitir o conhecimento do real debate travado e o uso dos respectivos argumentos em casos futuros; (2) permitir que juízes da mesma corte ou cortes inferiores entendam a extensão e aplicação do precedente pacificado, facilitando sua aplicação em casos futuros; (3) alimentar o debate que irá uniformizar tal questão na instância superior, que não pode prescindir da reunião das melhores ponderações e argumentos sobre o tema, levantados pelas cortes inferiores.

A edição de acórdãos vinculantes pode eventualmente se tornar um problema, quando estes atingem número excessivo, podendo gerar confusão e dificuldade para se aferir quais precedentes vinculantes ainda estão em vigor (*good law*), quais foram superados (*overruled*) etc. Nos Estados Unidos, tais problemas têm sido enfrentados com a filtragem, pelos próprios tribunais, de quais precedentes serão publicados, bem como através de empresas privadas que, além de editarem repositórios de jurisprudência (*law reports*, hoje informatizados), possuem grupos de advogados que analisam as decisões publicadas, inclusive de primeiro grau, checando as citações a outras decisões (que são muitas, dada a praxe do *case law*), separando-as por questão jurídica (a mesma decisão pode conter vinte ou mais *legal issues*, ou questões de direito), alimentando mecanismos de busca informatizados que

(2) Debate que, quanto a assuntos novos ou de “primeira impressão” (*first impression*) se inicia no primeiro grau, já chegando em segundo grau com os argumentos de ambas as partes e aqueles acatados ou adicionados pelo juiz, que enriquecem a discussão em sede recursal.

(3) Registra-se aqui a sugestão de que os regimentos internos de cada tribunal sejam revisados para que quando editada uma súmula, tal se dê com a prévia lavratura do acórdão onde debatidas todas as questões que levaram à edição da súmula, mesmo quando se utilize a faculdade do art. 926, § 1º, do CPC de 2015 (uniformização de jurisprudência), e não apenas nos casos dos arts. 976 (incidente de resolução de demandas repetitivas) ou 947 (incidente de assunção de competência). Ter as súmulas como autonomamente vinculantes — despidas do contexto fático onde surgiram — seria um equívoco, ofensivo ao art. 926, § 2º do novo CPC. O juiz diz o direito a partir da análise do caso concreto, não se confundindo com o legislador, que elabora a norma em abstrato. Ademais, a súmula, desvinculada dos fatos que lhe deram origem prejudica toda a dinâmica dos precedentes vinculantes, que dependem da análise dos subjacentes fatos para sua compreensão, aplicação e evolução.

podem evidenciar se um determinado ponto de direito (*issue*) de uma decisão vem sendo citado favorável ou desfavoravelmente,⁽⁴⁾ se ainda está em vigor, se teve seu alcance restringido ou ampliado por decisão superveniente etc.

No Brasil, presumivelmente para evitar tal excesso de precedentes vinculantes e sua vulgarização, (acertadamente) limitaram-se os precedentes vinculantes à lista do art. 927 do CPC de 2015.⁽⁵⁾ Assim, ao contrário do sistema americano, os julgados dos órgãos fracionários (*panels*) de um tribunal não vinculam os juízos dos graus inferiores no Brasil — o que tornaria impraticável a vinculação, dado que seriam milhões de precedentes vinculantes, muitas vezes conflitantes entre si. Afinal, re-manescendo precedentes contraditórios entre si, as partes poderiam continuar invocando precedentes da linha que lhe fosse mais conveniente, como é feito hoje, o que equivaleria a nenhuma vinculação.

Entretanto, mesmo considerada a simplificação do sistema de precedentes brasileiro, que limita o efeito vinculante aos precedentes já unificados em um tribunal, o relato acima mostra o quão incompatível esta nova vocação dos tribunais é com o rejugamento de todas

as peculiaridades do caso concreto, como se o acórdão fosse uma nova sentença, extrapolando a função de revisar eventuais erros claros ou arbitrariedades da decisão *a quo*. Dentro do hercúleo trabalho da maturação e unificação dos precedentes, inexistia espaço para a repetição do trabalho do primeiro grau, afastando o debate recursal das questões de direito a serem uniformizadas.

b) Na ausência de limites explícitos à reforma, rediscussão da prova e da justiça do julgado — desperdício e subversão de valores

As novas atribuições dos tribunais de segundo grau em matéria de precedentes, como visto, recomendam o foco em tal atividade e certo distanciamento dos aspectos mais casuísticos das decisões recorridas, preservando o decidido pelo juízo *a quo*, salvo se detectados erro claro ou arbitrariedade. A sistemática introduzida pelo novo CPC, portanto, demanda a especialização de funções de primeira e segunda instâncias. No entanto, ante o silêncio normativo quanto a graus, padrões ou limites à reforma, não é incomum que os tribunais ignorem decisões razoáveis dos juízes *a quo*, substituindo-as pelas que teriam prolatado, caso tivessem sido o juiz de primeiro grau da causa.⁽⁶⁾ Em tal contexto, as partes apelam simplesmente para ter uma segunda chance, não sendo necessário apontar erro de julgamento. Tal mecânica ignora o fato de que toda a aplicação do direito implica em algum nível de subjetividade e discricionariedade, e que a função dos tribunais é revisar, e não prolatar nova sentença, como já referiram Claus *et al.*:

“Em que pese ao irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito corporificado na sentença, alguns acórdãos parecem mais uma nova sentença do que um ato de revisão,

(4) Como citações favoráveis, pode-se identificar, e.g., a simples adoção do precedente, ou a sua extensão a casos análogos (*extending, analogizing*). Citações desfavoráveis, e.g., podem ser o reconhecimento de que um caso foi superado por lei superveniente (*superseded by statute*) ou por acórdão superveniente do mesmo tribunal ou de tribunal superior (*overruling*), ou que uma determinada corte deixou de aplicar um caso por entender que o precedente não tem relação com o caso diverso (*not following, distinguishing*) ou que os fatos concretos justificam o estabelecimento de uma exceção ao entendimento mais geral anteriormente firmado (*limiting, distinguishing*).

(5) (I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) os enunciados de súmula vinculante; (III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

(6) FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Fatos e Jurisprudência: Reflexões Iniciais. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6119>> e <<http://www.lavargas.com.br/fatos.html>>.

pois praticamente ignoram a decisão de primeiro grau; reescrevem a litiscontestação e examinam os fatos e a prova como se o tribunal fosse o primeiro destinatário da prova e do debate processual; como se o laborioso trabalho que resultou na sentença pudesse ser desconhecido. Tal atitude decorre de uma compreensão equivocada acerca do que seja a função revisora dos tribunais (objeto), equívoco que se comunica ao modo de proceder no julgamento do recurso (método).⁽⁷⁾

Em contraponto, na cultura jurídica norte-americana está sedimentado que a decisão de primeiro grau põe fim ao processo, salvo em caso de erro,⁽⁸⁾ e que a função dos tribunais não é repetir o mister da primeira instância, mas unificar o direito e corrigir erros graves.⁽⁹⁾

Por aqui, tanto o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) quanto o CPC/2015 são silentes acerca do método de revisão recursal, limitando-se a mencionar os efeitos devolutivo e suspensivo.⁽¹⁰⁾ Na Consolidação das Leis do

Trabalho (CLT), da mesma forma, inexistente critério objetivo que expressamente limite a reforma. Prevalecendo a tradicional tese de que o tribunal tem iguais poderes aos que o juiz originário tinha quando julgou a causa,⁽¹¹⁾ tal excessiva devolutibilidade permite não apenas a arguição de erro ou ilegalidade, mas a própria rediscussão da valoração da prova e da justiça do julgado.⁽¹²⁾ Não há, na tradição jurídica brasileira, uma presunção de que a decisão recorrida está correta.⁽¹³⁾ O tribunal tende a se considerar tão bem posicionado quanto o juiz originário para sopesar a prova, subestimando a importância do contato direto com a prova oral.⁽¹⁴⁾ Assim, a sentença de primeiro grau, exarada por membro de um dos três poderes da República, *ultima ratio* para a solução dos conflitos da sociedade brasileira, tem sido valorizada a menos que um ato administrativo, o qual é tido como dotado de *presunção de legitimidade*, como decorrência do poder de império estatal.⁽¹⁵⁾

Trata-se, no mínimo, de uma subversão de valores, além de um inadmissível desperdício da atividade jurisdicional de primeiro e segundo graus, como veremos abaixo.

2. O problema — Desvalorização das decisões de primeiro grau — Excessiva recorribilidade, sobrecarga, protelação, desperdício

No Brasil, a elevadíssima recorribilidade sobrecarrega todo o sistema. A ampla maioria das decisões de primeiro grau são objeto de

(7) CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro; FIOREZE, Ricardo; ROSSAL, Francisco R. de Araújo; MARTINS-COSTA, Ricardo; AMARAL, Márcio Lima do. A Função Revisora dos Tribunais: A Questão do Método do Julgamento dos Recursos de Natureza Ordinária. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, p. 179-80, 2010. Sobre o assunto ver também artigo dos mesmos autores "A Função Revisora dos Tribunais — A Questão da Valorização das Decisões de Primeiro Grau — Uma Proposta de *Lege Ferenda*: A Sentença Como Primeiro Voto no Colegiado." *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, n. 2, p. 597, jul./dez. 2010. Ver ainda CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Função Revisora dos Tribunais Diante da Sentença Razoável. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 40, p. 57, 2012.

(8) Não se apela, no processo civil americano, sem indicar os pontos de erro da decisão recorrida (*points of error*).

(9) ROSENN, Keith S. Brazil. *Legal Systems of the World: a Political, Social, and Cultural Encyclopedia*. v. 1, p. 191, 2002. Tal autor é um importante comparativista norte-americano, com várias publicações acerca do direito brasileiro. Para uma interessante visão comparativa do ordenamento brasileiro, sobretudo os entraves ao funcionamento da Justiça e da burocracia pública, bem como a distância entre o direito positivado e o efetivamente praticado, ver: ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998.

(10) CPC/2015, art. 1012, § 1º; CPC/1973, art. 520.

(11) SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 3, 7. ed., 1984. p. 110.

(12) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed., 2010. p. 887-893. No mesmo sentido BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 3. ed., 2005. p. 565; SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed., 2014. p. 804.

(13) ROSENN, Keith S. Civil Procedure in Brazil. *American Journal of Comparative Law*. v. 34, p. 508, 1986.

(14) *Idem*.

(15) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed., 2005. p. 98.

recurso, com elevada taxa de reforma. A ausência de limites mais estritos à reforma é um dos fatores que, dentre outros, leva a tal panorama. Em contraste, na justiça federal americana, de 375.870 processos ajuizados em 2013, 56.475 foram objeto de apelação (15%)⁽¹⁶⁾ e, dentre os mesmos, apenas 12-14% das apelações não criminais foram providas (menos que 2% do total).⁽¹⁷⁾

Até o presente, muitos foram os “culpa-dos” pela excessiva recorribilidade, como: a pleora de recursos permitida,⁽¹⁸⁾ o relativamente baixo custo para recorrer, a rara e insuficiente imposição das penalidades por má-fé processual,⁽¹⁹⁾ e notadamente, a falta de unidade da jurisprudência, permitindo a exploração pelo recorrente dos dissensos entre as cortes.⁽²⁰⁾ Corrigir este último problema é uma das principais bandeiras do novo CPC — dar força à jurisprudência, a fim de que as questões já pacificadas não sejam recorridas milhões de vezes, aumentando a segurança jurídica e descongestionando o fluxo dos processos nas cortes. No entanto, a valorização dos precedentes dos tribunais não basta. É igualmente necessária a valorização das decisões do juiz — linha de frente do Poder Judiciário, sua face mais visível perante o jurisdicionado. A redução de pleitos temerários e da excessiva recorribilidade passa necessariamente pela alteração do método de julgamento recursal onde, atualmente, inexistente qualquer inibição

ao descarte de conclusões de fato ou decisões de cunho discricionário corretas ou razoáveis.

O resultado que decorre da utilização desse método de apreciação do recurso só pode ser o incremento no número de reformas das sentenças de primeiro grau. E não pode ser diferente. O próprio método induz à reforma da sentença, porquanto não atenta para um pressuposto ínsito ao fenômeno jurídico: desconsidera que o caráter hermenêutico da aplicação do direito implica natural discricionariedade do juiz no julgamento da causa.⁽²¹⁾

Em que pese muitos julgadores de segundo grau partem de criteriosa análise da sentença para reformá-la, apenas se efetivamente encontrado erro, outros a ignoram como se inexistisse, decidindo como se prolatasse nova sentença, eventualmente sequer mencionando a sentença recorrida. Em tal hipótese, a confirmação da sentença é mera obra do acaso, ocorrendo apenas se coincidente a sentença com a conclusão a que independentemente chegou o órgão revisor.⁽²²⁾

Tal desvalorização das decisões de primeiro grau cria excessivos incentivos ao recurso. As partes sucumbentes enxergam no recurso uma elevada chance de êxito, com baixo custo ou risco.⁽²³⁾ Afinal, a mera discordância do juízo

(16) UNITED STATES COURTS. *Judicial Caseload Indicators*, 2013. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-caseload-indicators-judicial-business-2013>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

(17) UNITED STATES COURTS. *Judicial Business*, 2014. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics/table/b-5/judicial-business/2014/09/30>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

(18) CPC/2015, art. 994; CPC/1973, art. 496; CLT, art. 893.

(19) Cf. BARRAL, Welber; MACHADO, Rafael Bicca. *Civil Procedure and Arbitration*. In: *Introduction to Brazilian Law*, p. 183, 2011.

(20) Tal é historicamente um problema em nosso ordenamento, que vem sendo combatido com as últimas reformas no processo civil, as quais culminaram a edição do CPC/2015, bem como, no âmbito trabalhista, com a edição da Lei n. 13.015/2014.

(21) CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro; FIOREZE, Ricardo; ROSSAL, Francisco R. de Araújo; MARTINS-COSTA, Ricardo; AMARAL, Márcio Lima do. A Função Revisora dos Tribunais: A Questão do Método no Julgamento dos Recursos de Natureza Ordinária. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, p. 179-80, 2010. Disponível em: <http://legado.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n1.pdf>.

(22) De forma similar pensam: CLAUS, LORENZETTI, FIOREZE, ROSSAL, COSTA e AMARAL, *op. cit.*

(23) Na seara trabalhista, os autores estão geralmente acobertados pela gratuidade de justiça. Logo, ante a baixíssimo risco de penalização por recursos infundados e a elevada taxa de reversibilidade, tal equação sempre recomendará que se recorra. Do lado dos reclamados — salvo pelas condenações de pequena monta, onde o depósito recursal é suficiente desestímulo ao recurso temerário — a equação não é diferente: a elevada chance de êxito e o baixo custo ou risco encorajará que se recorra (quase) sempre, a despeito do quão correta ou razoável a sentença seja.

ad quem de uma decisão tecnicamente correta do juízo de origem, quanto à verdade dos fatos ou quanto ao exercício de discricionariedade (e.g., o arbitramento de uma indenização ou de uma multa processual), é o suficiente para a reforma.

Ademais, a repetição em sede recursal de trabalho similar ao do primeiro grau é matematicamente impossível. Se desembargadores constituem cerca de 14% da totalidade dos juízes no Brasil,⁽²⁴⁾ e considerando que a maioria das sentenças são objeto de recurso, como podem arcar com o mesmo trabalho que seis vezes mais colegas de primeiro grau esforçadamente desempenham? Com aumento de delegação a auxiliares? É desejável a produção em massa de decisões de segundo grau, com o desembargador gerindo uma grande equipe de assessores que repetiriam trabalho similar ao já feito por um juiz de primeiro grau? Ou o novo sistema positivado pelo CPC de 2015 pressupõe um desembargador preocupado com o refinamento e unificação do direito, e com o uso dos precedentes de forma consistente, lógica e harmônica, exercendo um trabalho de elevada reflexão em um número mais reduzido de acórdãos? É conveniente para a administração da justiça essa repetição em massa, no segundo grau, da mesma sistemática do primeiro grau, em termos de desperdício de recursos humanos? É conveniente para o jurisdicionado em termos de celeridade? A chance de acerto do segundo grau (nas matérias que dizem respeito exclusivamente ao caso concreto e não interessam à unificação de precedentes) é maior do que aquela do juiz de primeiro grau, que, e.g., observou pessoalmente a testemunha, ou que já sabe de outros processos em que determinada parte litigou de má-fé?

O novo CPC é uma oportunidade. Seus instrumentos possibilitam a compreensão da diferenciação de funções entre as instâncias.

(24) CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA — CNJ. *Justiça em Números*, p. 32, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>. Acesso em: 2 nov. 2015.

Retiram o foco do segundo grau da rotina, para que este assuma o papel de autoridade que depura e desenvolve o direito em sua região, atuando nos elementos mais concretos dos recursos apenas para corrigir erros ou excessos.

Uma das principais justificativas para o direito ao recurso é sua função de salvaguarda procedimental, a fim de proteger o jurisdicionado de decisões de primeiro grau equivocadas ou injustas.⁽²⁵⁾ Não faz sentido, entretanto, tentar atingir tal meta através de uma revisão recursal ilimitada, tão sujeita a erros quanto o julgamento de primeiro grau. Na lição de Mauro Cappelletti, “o excesso de garantias se volta contra o sistema”, já que a maior demora do processo, decorrente da alta recorribilidade, afeta desproporcionalmente os economicamente mais frágeis.⁽²⁶⁾ O excesso de salvaguardas do sistema prejudica justamente a quem deveria resguardar.

Ademais, a irrestrita revisão das conclusões de fato (*fact findings*) pelos tribunais, sem a necessária valorização das conclusões do juízo *a quo*, exclusivamente com base nos registros escritos da prova oral colhida, sacrifica a imediatidade do contato entre o juiz e a prova, já que o colegiado de um tribunal não tem como se colocar na posição do juiz singular, para coletar diretamente as mesmas impressões. Em tal sentido, referem Fraga e Vargas que:

“[...] essa transmigração é impossível. Por melhor que os registros de ata reproduzam os depoimentos de partes e testemunhas, jamais poderão transmitir a realidade complexa ocorrida na sala de audiência que somente o juiz, ‘*in loco*’ pode captar.”⁽²⁷⁾

(25) SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed., 2014. p. 804.

(26) CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. 1973, p. 278-79. Citado por CLAUS, Ben-Hur Silveira et al. A função revisora dos tribunais: a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, p. 186-89, 2010. Disponível em: <http://legado.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n1.pdf>.

(27) FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Fatos e Jurisprudência: Reflexões Iniciais. *Revista*

O mesmo raciocínio se aplica quanto a decisões de cunho discricionário, já que raramente a lei comporta apenas uma solução correta para o caso concreto. Aqui não se cogita do termo discricionariedade no sentido de estrito juízo de conveniência e oportunidade do direito administrativo, ou como sinônimo de diversidade de possíveis soluções hermenêuticas, matéria que é justamente o foco dos tribunais, segundo a sistemática do novo CPC. Referimo-nos às situações em que o direito está sedimentado e os fatos já qualificados juridicamente, mas ainda assim o direito permite ao julgador a escolha dentre mais de uma opção válida, conforme a ponderação das peculiaridades do caso concreto. Exemplos típicos são: o indeferimento de provas desnecessárias ou impertinentes, a fixação de penalidades processuais, arbitramento de indenizações ou mesmo de dados fáticos faltantes na prova (por exemplo, a jornada de trabalho média em meses para os quais não foram juntados os registros de ponto).

Vejamos como a situação é tratada no direito processual norte-americano.

II. *Standards* de Revisão Recursal (*Standards of Appellate Review*) no Direito Americano

No *common law*, tal problema é solucionado com o uso dos *standards* de revisão recursal (*standards of appellate review*). Os *standard of review* são uma característica indissociável do sistema de precedentes estáveis, já que não podem os tribunais se concentrar na tarefa de uniformização se refizerem o julgamento de primeiro grau, com todas as peculiaridades relevantes apenas para o caso concreto. Um *standard of review* é “o nível de deferência dado pela corte revisora à decisão ou ato de outro juízo”⁽²⁸⁾, uma régua que define a profundidade

da revisão recursal e aloca funções entre os atores judiciais.⁽²⁹⁾ Assim, a reversibilidade das decisões de primeiro grau é limitada por tais *standards*, demandando das cortes recursais o exercício de autolimitação (*self-restraint*) ao prolatar suas decisões.⁽³⁰⁾ O termo *standards* pode ser traduzido como “critérios,” “níveis” ou “padrões” (de revisão recursal). Utilizaremos neste artigo a palavra *standards* para facilitar a referência, bem como para evitar ambiguidades.

Leciona Peters que as razões para o uso dos *standards* de revisão recursal no sistema jurídico americano incluem o equilíbrio de poderes entre os juízes, a eficiência do judiciário, uniformidade (*consistency*) e segurança jurídica (*predictability*). O juízo de primeiro grau está em melhor posição para ser o gestor da lide, bem como para observar diretamente a prova e se pronunciar quanto à verdade dos fatos, enquanto que cabe ao juízo recursal verificar se o juízo *a quo* aplicou o direito corretamente.⁽³¹⁾ *Standards of review* fazem, salvo em questões de direito, com que a decisão *a quo* seja definitiva, salvo em caso de erro que cause efetivo prejuízo (*harmful error*), bem como evitam o desperdício de tempo e recursos da corte de apelação, prevenindo a repetição do trabalho do juízo *a quo*. Finalmente, os níveis de revisão recursal promovem a segurança jurídica, já que as partes têm uma visão realista quanto às chances de êxito de um recurso, desestimula recursos protelatórios, encorajando a conciliação.⁽³²⁾

Conforme Casey, Camara e Wright, os *standards* de revisão recursal estão longe de serem uma fórmula com precisão matemática.⁽³³⁾

Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6119>> e <<http://www.lavargas.com.br/fatos.html>>.

(28) SARGENT, Walter H. The Meaning of Standard of Review. *Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.01, 2014.

(29) GODBOLD, John C. Twenty Pages and Twenty Minutes: Effective Advocacy on Appeal. *Southwestern Law Journal*, v. 30, p. 810, 1976.

(30) PETERS, Amanda. The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review. *Lewis & Clark Law Review*, v. 13, p. 235, 2009.

(31) *Ibidem*, p. 235-42.

(32) *Idem*.

(33) CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit:

Muitas nuances de um espectro se subsumem a cada *standard*. Em geral, quatro termos principais dividem tal espectro de possibilidades nos Estados Unidos. Uma questão de direito passa por uma revisão *de novo*⁽³⁴⁾ (no sentido de nova, sem limitações), sem que a decisão recorrida, em tal parte, receba qualquer deferência ou presunção de acerto. Na revisão das conclusões de fato, só há reforma em caso de erro claro (*clear error*), se tal conclusão é “claramente errônea” (*clearly erroneous*).⁽³⁵⁾ A Suprema Corte americana já se manifestou sobre tal conceito, afirmando que “um achado [conclusão de fato] é ‘claramente errôneo’ quando, mesmo havendo alguma prova que o ampare, o conjunto da prova leva a corte revisora à firme convicção de que um erro foi cometido.”⁽³⁶⁾ Ainda mais deferência é dada às conclusões de fato emitidas por um júri, as quais são mantidas como regra, bastando que estejam amparadas em “prova substancial” (*substantial evidence*) — um “conjunto probatório que mentes razoáveis possam aceitar como adequado para amparar a conclusão.”⁽³⁷⁾ Finalmente, o nível de revisão recursal mais leniente é o da arbitrariedade, ou “abuso de discricionariedade” (*abuse of discretion*), geralmente utilizado para a revisão de questões processuais,⁽³⁸⁾ permitindo a reforma apenas

quando a decisão foge à razoabilidade ou é arbitrária.⁽³⁹⁾ Vejamos.

1. Questões de direito — *standard de revisão recursal de novo*

No sistema judiciário americano, as determinações quanto à matéria estritamente de direito do juízo *a quo* não recebem deferência da instância superior — *standard* de revisão recursal que é chamado *de novo*. Teoricamente seria um novo começo, onde o debate recomençaria do ponto inicial.⁽⁴⁰⁾ A corte revisora pode chegar a uma conclusão diferente sem particular deferência à decisão *a quo*,⁽⁴¹⁾ apreciando as questões de direito de forma independente, à vista da legislação e precedentes existentes, bem como unificando eventuais divergências.⁽⁴²⁾ Embora o termo *de novo* faça parecer que a matéria seria decidida como se não houvesse uma decisão anterior,⁽⁴³⁾ na praxe norte-americana uma corte de apelação nunca começa do zero. Inicia pela revisão cuidadosa do trabalho de primeiro grau,⁽⁴⁴⁾ não podendo ser “simplesmente ignorada a sua visão dos efeitos legais do conjunto de fatos que lhe foi submetido.”⁽⁴⁵⁾

Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 284-86, 2002.

(34) Aqui não se trata de tradução, em que pese a coincidência de grafia na língua portuguesa. “*De novo*” é o termo efetivamente utilizado no jargão jurídico norte-americano, trazido do latim.

(35) *Ibidem*.

(36) *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948): “A finding is ‘clearly erroneous’ when although there is evidence to support it, the reviewing court on the entire evidence is left with the definite and firm conviction that a mistake has been committed.”

(37) Conforme também manifestou a Suprema Corte americana, em *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 477 (1951): “such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion.”

(38) PETERS, Amanda. The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review. *Lewis & Clark Law Review*, v. 13, p. 243, 2009.

(39) CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 284-86, 2002.

(40) SARGENT, Walter H. The Meaning of Standard of Review. *Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.04, 2014.

(41) *Idem*.

(42) CHILDRESS, Steven Alan. Standards of Review Primer: Federal Civil Appeals. *Federal Rules Decisions*, v. 229, p. 274, 2005.

(43) “[...] as if it had not been heard before and no decision had been rendered.” CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 291, 2002.

(44) *Key Pharms. v. Hercon Labs.*, 161 F.3d 709, 713 (Fed. Cir. 1998), citado em CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 291, 2002.

(45) Conforme decisão da corte federal de apelação *US Court of Appeals for the Federal Circuit*, situada em Washington DC no caso *Fina Research, S.A. v.*

2. Conclusões de fato do juiz – standard de revisão recursal clearly erroneous

No processo civil federal norte-americano,⁽⁴⁶⁾ as “conclusões de fato, tanto as baseadas em prova oral ou quanto em outras provas, não deverão ser afastadas salvo se ‘claramente errôneas,’ e a corte revisora deverá dar a necessária consideração à oportunidade que o juízo de primeiro grau teve para examinar a credibilidade da testemunha,” conforme art. 52(a)(6) das Regras Federais de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*, doravante FRCP).⁽⁴⁷⁾ “Um achado [conclusão de fato] é ‘claramente errôneo’ quando, mesmo havendo alguma prova que o ampare, o conjunto da prova leva a corte revisora à firme convicção de que um erro foi cometido.”⁽⁴⁸⁾ A corte revisora não afasta a conclusão do juízo recorrido “simplesmente porque está convencida de que teria decidido o caso diferentemente.”⁽⁴⁹⁾ Se a

Baroid Ltd., 141 F.3d 1479, 1481 (Fed. Cir. 1998): “[T]he district court’s ‘view of the legal effect of the fact pattern before it is not to be lightly disregarded.’” Nos Estados Unidos existem 13 cortes de apelação federais, logo abaixo da *U.S. Supreme Court*. São 12 *U.S. Courts of Appeals* para os 12 “circuitos” regionais, que revisam a aplicação da lei pelas cortes federais de primeiro grau (*U.S. District Courts*, divididas nacionalmente em 94 “distritos”) dentro da respectiva área geográfica de tais “circuitos”. A décima terceira *Court of Appeals* está vinculada ao chamado *Federal Circuit*, com jurisdição em todo o território dos Estados Unidos e competência recursal para matérias especiais, como patentes, comércio internacional e grande parte das ações em face do governo federal. Em tal sentido ver: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

- (46) E também na maioria das normas processuais estaduais, que diferem pouco do processo federal.
- (47) “[f]indings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous, and the reviewing court must give due regard to the trial court’s opportunity to judge the witnesses’ credibility.” FRCP 52(a)(6).
- (48) “A finding is ‘clearly erroneous’ when although there is evidence to support it, the reviewing court on the entire evidence is left with the definite and firm conviction that a mistake has been committed.” *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948).
- (49) “[...] simply because it is convinced that it would have decided the case differently.” *Anderson v. Bessemer*

conclusão é razoável, a corte de apelação não pode revertê-la, embora convencida de que, se tivesse sido o juiz originário, teria sopesado a prova de forma diferente. Onde há duas visões admissíveis sobre o conjunto probatório, a escolha do juiz originário por uma delas não pode ser claramente errônea.⁽⁵⁰⁾

Tal se aplica inclusive a provas físicas ou documentais, não apenas à credibilidade de testemunhas. No entanto, se tem reconhecido que ainda mais deferência é devida, sob o *standard* “claramente errôneo”, às decisões de fato que envolvem a credibilidade de testemunhas.⁽⁵¹⁾

A pergunta ou teste para aplicação do *standard* “claramente errôneo”, não é se as conclusões de fato estavam corretas, mas sim se elas estavam claramente erradas. Para ter êxito recorrendo de conclusões fáticas, o recorrente teria de mostrar que a conclusão de fato recorrida “não tem qualquer ligação racional com o conjunto probatório, ou que o vasto peso da prova torna a conclusão certamente errada,”⁽⁵²⁾ o que é bastante raro na praxe americana.

3. Conclusões de fato do júri – standard de revisão recursal substantial evidence

Enquanto o *standard* de revisão “claramente errôneo” se aplica às conclusões de fato

City, 470 U.S. 564, 573-74 (1985), citado em SARGENT, Walter H. The Meaning of Standard of Review. *Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.04, 2014.

- (50) “[...] may not reverse it even though convinced that had it been sitting as the trier of fact, it would have weighed the evidence differently. Where there are two permissible views of the evidence, the factfinder’s choice between them cannot be clearly erroneous.” *Idem*.
- (51) *Idem*.
- (52) “[...] lack any rational connection to the record or that the vast weight of the evidence renders a finding certainly wrong. Such circumstances are rare.” CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 299, 2002. Ver *supra* notas 17-18, acerca de estatísticas que ilustram a relativa raridade com que são reformadas as decisões de primeiro grau nos Estados Unidos.

exaradas por um juiz, as conclusões de fato constantes de um veredito do júri são de reversibilidade ainda mais rara, submetidas ao *standard* chamado “prova substancial” (*substantial evidence*).⁽⁵³⁾ Embora inexista júri no processo civil brasileiro, a presente nota se faz útil para a compreensão do conjunto do sistema dos *standards of review*.

Uma conclusão de fato do júri não pode ser afastada, salvo se “inexistir amparo probatório legalmente suficiente para que um júri razoável chegue a tal conclusão,” o que se examina a partir de “toda a prova dos autos, dela extraindo todas as inferências razoáveis que favoreçam o veredito do júri, sem avaliar a credibilidade de testemunhas ou valorar a prova.”⁽⁵⁴⁾ Tal teste de suficiência da prova é chamado “prova substancial” (*substantial evidence*). A prova é “substancial” quando, sem crítica de sua credibilidade (tarefa exclusiva do júri), o conjunto probatório pode razoavelmente amparar a conclusão de fato do júri,⁽⁵⁵⁾ ou ao menos mentes razoáveis poderiam discordar. Se a prova que daria suporte ao veredito é irrisória, mera “centelha de prova,”⁽⁵⁶⁾ ou se nenhuma pessoa imparcial e razoável poderia aceitar a conclusão recorrida baseando-se em tal prova, então inexistente “prova substancial,” devendo haver a reforma.⁽⁵⁷⁾ Trata-se de salvaguarda para evitar sentenças baseadas em vereditos absurdos, sem suporte nas provas.

4. Questões mistas de direito e de fato — *standard de revisão recursal*

(53) *Ibidem*, p. 307.

(54) *Reeves v. Sanderson Plumbing Prods.*, 530 U.S. 133, 149-51 (2000), In: SARGENT, Walter H. *The Meaning of Standard of Review. Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.04, 2014.

(55) *Ver Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, 229 (1938), In: CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. *Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 308, 2002.

(56) “Scintilla of evidence.”

(57) CHILDRESS, Steven Alan. *Standards of Review Primer: Federal Civil Appeals. Federal Rules Decisions*, v. 229, p. 283, 2005.

conforme a preponderância da análise do direito ou do fato

Questões mistas de direito e de fato são “questões em que os fatos históricos são in-controvertidos ou já comprovados, o direito abstratamente aplicável não é controvertido, e o debate centra-se na subsunção dos fatos à hipótese legal ou, posto de outra forma, se a regra de direito, da forma como aplicada a tais fatos, foi ou não violada.”⁽⁵⁸⁾ Assim, a questão mista é o que resta controvertido após o estabelecimento da verdade dos fatos e da pertinente regra de direito em abstrato — a subsunção dos fatos do caso concreto à regra de direito.⁽⁵⁹⁾ Não há fórmula rígida sobre qual *standard* de revisão aplicar em tal caso, referindo a Suprema Corte que uma revisão recursal com mais deferência [à decisão *a quo*] nas questões mistas de direito e de fato é cabível quando se afigurar que a corte de primeiro grau está melhor posicionada que a corte recursal para decidir a questão ou quando um escrutínio mais aprofundado em nada contribuiria para aclarar a doutrina jurídica.”⁽⁶⁰⁾

Por exemplo, em casos que envolvem a aplicação da Oitava Emenda à Constituição americana,⁽⁶¹⁾ a aferição de excessividade de uma multa requer a aplicação de um conceito constitucional aos fatos concretos, o que é revisado sob o *standard* “de novo.”⁽⁶²⁾

(58) *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U.S. 273, 289 n.19 (1982).

(59) *United States v. McConney*, 728 F.2d 1195, 1200-02 (9th Cir. 1984) (en banc), In: SARGENT, Walter H. *The Meaning of Standard of Review. Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.04, 2014.

(60) *Salve Regina College v. Russell*, 499 U.S. 225, 233 (1991), In: SARGENT, Walter H. *The Meaning of Standard of Review. Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.04, 2014.

(61) “Não será exigida fiança excessiva, nem impostas multas excessivas, nem as punições cruéis ou incomuns” (*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*). Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

(62) *United States v. Bajakajian*, 524 U.S. 321, 337 n.10 (1998), In: CHILDRESS, Steven Alan. *Standards of*

Em contraste, frequentemente a aplicação do direito aos fatos se confunde com a própria descoberta dos fatos, protegida de excessiva reversibilidade das questões fáticas pelo art. 52(6)⁽⁶³⁾ das FRCP.⁽⁶⁴⁾

Assim, questões mistas de direito e fato devem ser revisadas *de novo*, sem as restrições da FRCP 52(a), quando os fatos são claros mas existe necessidade de aprimoramento ou uniformização do direito, ou quando, embora a regra jurídica seja clara em abstrato, há importantes desdobramentos de interesse público no caso concreto.⁽⁶⁵⁾ Do contrário, a questão mista deve ser revisada pelo standard “claramente errôneo” se a interpretação da regra jurídica é pacífica mas os fatos são complexos, onde o registro da prova nos autos pode não ter captado toda a complexidade da informação, inclusive quanto à credibilidade da prova, colocando o juízo de primeiro grau em melhor posição para apreciar tal aplicação da norma aos fatos.

5. Decisões discricionárias — standard de revisão recursal abuse of discretion

Ao decidir questões processuais — como: conflitos na fase de “descoberta” (*discovery*),⁽⁶⁶⁾

Review Primer: Federal Civil Appeals. *Federal Rules Decisions*, v. 229, p. 276, 2005.

- (63) “Conclusões de fato, tanto as baseadas em prova oral ou quanto em outras provas, não deverão ser afastadas salvo se claramente errôneas...” (“Findings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous, [...]”). FRCP 52(a)(6).
- (64) *Miller v. Fenton*, 474 U.S. 104 (1985), citado em CHILDRESS, Steven Alan. Standards of Review Primer: Federal Civil Appeals. *Federal Rules Decisions*, v. 229, p. 276, 2005.
- (65) CALLEROS, Charles Richard. Title VII and Rule 52(a): Standards of Appellate Review in Disparate Treatment Cases-Limiting the Reach of *Pullman-Standard v. Swint*. *Tulane Law Review*, v. 58, p. 425 (1983).
- (66) Descoberta (*discovery*), na instrução processual norte-americana, é a colheita preliminar de provas conduzida pelos próprios advogados, eventualmente supervisionada pelo juiz, de onde se origina a prova que será apresentada ao júri na audiência de julgamento (*trial*). Os advogados americanos possuem vastos poderes de instrução processual, sujeitos

fixação das datas e prazos para os principais eventos do processo (*trial schedule*), pedidos de adiamento ou dilação de prazos (*motion for continuance*), protestos antipreclusivos (*objections*), deferimento de obrigações de fazer ou não fazer (*equitable relief*) ou sanções processuais (*sanctions*) — geralmente não há apenas uma decisão correta possível. O juízo de primeiro grau tem uma gama de alternativas legítimas e os tribunais ordinariamente privilegiam (*defer to*) a decisão discricionária *a quo*, salvo se a mesma se encontrar fora do espectro permissível — quando então o juízo originário cometeu arbitrariedade (*abuse of discretion*).⁽⁶⁷⁾ A corte revisora não reforma tal decisão meramente porque, dentre as várias decisões defensáveis, teria efetuado escolha diversa daquela do julgador original. Para que tenha havido arbitrariedade, a corte de apelação deve ter a “definida e firme convicção de que a corte *a quo* cometeu um claro erro de julgamento na valoração dos fatores relevantes para a tomada da decisão recorrida.”⁽⁶⁸⁾

Uma corte de apelação norte-americana está predisposta a confirmar a decisão discricionária

eventuais abusos à penalização sumária pelo juiz da causa, por *contempt of court* (com prisão, multa, ou outros), sem prejuízo de sanções penais e disciplinares severas. Abordaremos mais aprofundadamente o tema em trabalho específico comparando o sistema processual americano e brasileiro.

- (67) SARGENT, Walter H. The Meaning of Standard of Review. *Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.04, 2014. SARGENT baseia tal parte de sua explanação em dois casos da Suprema Corte americana, *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club*, 427 U.S. 639, 642, (1976) (“the question is not whether the appellate court would have taken the same action; it is whether the trial court abused its discretion in doing so”) e *Pierce v. Underwood*, 487 U.S. 552, 559 n.1 (1988) (“It is especially common for issues involving what can broadly be labeled ‘supervision of litigation’ ... to be given abuse-of-discretion review”).
- (68) “[...] definite and firm conviction that the court below committed a clear error of judgment in the conclusion it reached upon a weighing of the relevant factors.” *In re Josephson*, 218 F.2d 174, 182 (1st Cir. 1954), In: SARGENT, Walter H. The Meaning of Standard of Review. *Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.04, 2014.

recorrida. O *standard* arbitrariedade decorre do raciocínio de que a escolha das opções discricionariamente admissíveis devem ser deixadas para o juízo de primeiro grau, que tem maior conhecimento das partes e dos acontecimentos do processo, bem como de que regras abstratas não podem prever a infinita variedade de situações que podem surgir, havendo um espectro com mais do que uma possibilidade correta.⁽⁶⁹⁾ Será reformada uma decisão discricionária quando não observada a ponderação de seus requisitos ou pressupostos (por exemplo, ao conceder uma liminar), ou quando baseada a decisão em um erro de direito ou de fato, ou ainda quando não explicitadas as razões para a decisão.⁽⁷⁰⁾ Enfim, a corte revisora não afere se a escolha do juízo *a quo* foi a melhor ou mais correta, apenas se foi abusiva ou arbitrária.

IV. Aplicação dos *Standards* de Revisão Recursal ao Processo Civil Brasileiro

1. Utilidade e funcionamento dos *standards* de revisão recursal para o aprimoramento do processo civil brasileiro

Para aferir a aplicabilidade dos *standards* de revisão recursal ao processo civil brasileiro, a primeira questão é se seriam úteis aos objetivos da lei processual, quais sejam, a obtenção de resultados justos, de forma célere, econômica e efetiva. A resposta é afirmativa.

Segundo o mestre Mauro Cappelletti, uma das principais deficiências dos sistemas jurídicos de *civil law* é o profundo desrespeito pelos juízos de primeira instância e a glorificação de tribunais recursais, um defeito não presente no sistema de direito comum anglo-saxão.⁽⁷¹⁾

(69) Ver CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 310, 2002.

(70) *Idem*.

(71) CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. 1973, p. 278-79. Citado por CLAUDIUS, Ben-Hur Silveira

O pragmatismo que fundamenta os *standards* de revisão americanos aumentaria o respeito pelos fatos apurados pelo juízo *a quo* e focaria os recursos principalmente em erros de direito. No sistema americano importa mais aferir se o juízo *a quo* efetivamente errou do que decidir novamente a lide individual das partes.

Ainda que os *standards* de revisão não sejam parte da cultura jurídica brasileira atual, foram criados para enfrentar problemas similares aos constatados no processo civil pátrio. Uma divisão mais racional de tarefas entre os juízos de primeiro e segundo graus, evitando o desperdício de esforços, seria bem-vinda no Brasil, onde a maior parte das sentenças são recorridas, sobrecarregando o Judiciário. O sistema judicial brasileiro também seria beneficiado com o reconhecimento de que o juízo de primeiro grau está em melhor posição para a aferição de credibilidade de testemunhas, e que sua proximidade das partes e procedimentos recomendam a valorização de suas conclusões de fato e escolhas discricionárias razoáveis.⁽⁷²⁾ Como ocorre nos Estados Unidos, a redução da reversibilidade de decisões razoáveis desencorajaria recursos de pouco fundamento e filtraria os recursos mais fortes ou relevantes, economizando precioso tempo do Judiciário, que poderiam ser direcionados para uma maior atenção, aprofundamento e cuidado no julgamento dos recursos remanescentes.

a. Interpretação das regras de direito aplicáveis — questões de direito

Quanto ao *standard* “de novo,” aplicado na revisão das questões de direito no processo civil americano, tal já é a praxe em geral no Brasil,

et al. A Função Revisora dos Tribunais: A Questão do Método no Julgamento dos Recursos de Natureza Ordinária. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v. 6, p. 186-89 (2010). Disponível em: <http://legado.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n1.pdf>.

(72) Ver CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, p. 310, 2002.

onde a revisão recursal se dá sem qualquer deferência à decisão de primeiro grau. Tal *standard* deve ser mantido em relação às questões de interpretação do direito. Privilegiar diversas, e possivelmente conflitantes, interpretações de uma regra de direito, mesmo que todas sejam individualmente razoáveis, naturalmente resultaria em inconsistência e insegurança jurídica quanto ao significado e alcance de tal regra. Partes em situação fática similar, sob a mesma regra, obteriam resultados conflitantes em diferentes juízos, gerando o descrédito do Judiciário. A divergência de possibilidades interpretativas é algo natural no direito e a revisão, através de recursos, serve justamente para uniformizar tais entendimentos, assegurando aplicação isonômica da lei. A unificação da jurisprudência reduz a insegurança quanto à interpretação e alcance das normas, uma das maiores causas de litigiosidade.⁽⁷³⁾ Por tal razão, a revisão irrestrita (*de novo*) das questões de direito se impõe como necessária à interpretação uniforme da legislação nacional, em harmonia com o vetor legislativo que tem aumentado os instrumentos de unificação da jurisprudência, culminando com a edição da Lei n. 13.015/14 e do novo Código de Processo Civil, cuja vinculação a precedentes coloca nosso sistema a meio caminho da tradição do *common law*.⁽⁷⁴⁾

b. Decisões que envolvem margem de discricionariedade

Em relação a decisões discricionárias, a mudança de método de julgamento é extremamente necessária. Já não há espaço para falácia napoleônica de que o legislador seria capaz de redigir uma norma completa a ponto de

abarcando todo o espectro de possíveis situações futuras, reduzindo o juiz à função de “boca da lei” (*bouche de la lois*), privando-lhe de qualquer atribuição criativa ou discricionária. No caso concreto existem diversas situações em que o juiz terá de escolher entre mais de uma solução permitida pelo direito. Em tal contexto, as cortes revisoras deveriam intervir o mínimo necessário, apenas para coibir abusos.⁽⁷⁵⁾ O *standard* de revisão “arbitrariedade” (*abuse of discretion*) acertadamente respeita tais escolhas legítimas.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça — CNJ, “92% dos quase 95 milhões de processos em tramitação no país estão na primeira instância, e o estoque de 67 milhões de processos pode subir a 78 milhões em 2020 se nenhuma medida for adotada.”⁽⁷⁶⁾ Assim, cabe ao juiz de primeiro grau a maior parte da responsabilidade pelo gerenciamento do estoque de processos e manutenção de razoável celeridade. Deve ser dado crédito, portanto, a suas decisões discricionárias, e.g. em matéria procedimental ou de aplicação de penalidades pela má-fé processual, baseadas em sua experiência quanto a medidas que garantam efetividade da jurisdição, celeridade e boa-fé, no processo que tramita na instância inicial.⁽⁷⁷⁾ Quando desembargadores substituem uma decisão discricionária correta do juízo *a quo* (descartando-a) por aquela que teriam adotado se fossem os juízes originários da causa, acabam por ferir o sistema judiciário como um todo, retirando-lhe efetividade. Tal decisão resulta da desnecessária repetição do trabalho do primeiro grau, bem como pela deslegitimação

(73) Ver HERZOG, Peter E.; KARLEN, Delmar Karlen. Attacks on judicial decisions. *International Encyclopedia of Comparative Law*, Civil Procedure v. 16, § 8.90, 1982.

(74) Em tal sentido VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe. *Considerações sobre a Lei n. 13.015/14: uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais*. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT da 4.ª Região em 20/08/2015. Arquivada em vídeo na *intranet* da Escola Judicial. Disponível em: <<http://ead.trt4.jus.br/course/view.php?id=1106>>. Acesso em: out. 2015.

(75) HERZOG, Peter E.; KARLEN, Delmar Karlen. Attacks on judicial decisions. *International Encyclopedia of Comparative Law*, Civil Procedure v. 16, § 8.104, 1982.

(76) CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Priorização de Justiça de primeiro grau é destaque em evento do CNJ*, 6 maio 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79282-priorizacao-de-justica-de-primeiro-grau-e-destaque-em-evento-do-cnj>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

(77) HERZOG, Peter E.; KARLEN, Delmar Karlen. Attacks on judicial decisions. *International Encyclopedia of Comparative Law*, Civil Procedure v. 16, § 8.104, 1982.

deste, esvaziando-se a sua credibilidade, transformando-o em mera instância de passagem, sem real autoridade.

Em contraponto, o Judiciário americano colhe grandes benefícios sistêmicos em termos de efetividade e de cumprimento espontâneo das normas em decorrência do respeito e temor inspirados pela força das decisões de primeiro grau — raramente reformadas, apenas em caso de arbitrariedade ou de alguma questão relevante para a uniformização jurisprudencial. Como já referido acima, nos Estados Unidos apenas 15% das sentenças são objeto de apelação⁽⁷⁸⁾ (e, dentre as apelações, apenas 12-14% das apelações não criminais são em média providas, ou seja, um índice de reforma inferior a 2% das sentenças⁽⁷⁹⁾). Tal reduzida quantidade de apelos permite aos tribunais americanos maior aprofundamento na análise das questões de direito, concentrando-se em sua função principal, utilizando eficientemente o caráter vinculante de suas decisões para aclarar, aprimorar ou corrigir o direito.

Da mesma forma, com as recentes reformas processuais, especialmente o novo Código de Processo Civil e o caráter vinculante de algumas modalidades de precedentes, os recursos humanos e materiais dos tribunais brasileiros estariam melhor empregados no refinamento do direito do que na repetição do trabalho realizado no primeiro grau que tenha repercussão restrita ao caso concreto individual, como é o caso das decisões de cunho discricionário.

c. Conclusões quanto à verdade dos fatos — questões de fato

Similarmente, as conclusões de fato não deveriam ser reformadas, salvo se “claramente

errôneas,” evitando-se a reforma quando o colegiado simplesmente se convenceu de que teria decidido de forma diversa, sem que seja demonstrado erro claro de julgamento. Em um sistema sobrecarregado, descartar as conclusões de fato razoáveis do primeiro grau é um desperdício de energia que o Judiciário não pode se dar ao luxo de perpetrar. Tal situação deslegitima o primeiro grau e sobrecarrega o segundo, sem que em contrapartida haja relevantes ganhos em termo de maior índice de acerto e justiça. Quem poderá afirmar com certeza que a verdade dos fatos é aquela encontrada pela turma de desembargadores e não aquela que foi objeto de reforma? Poder-se-ia alegar como fundamento para um corte revisional ilimitado a maior possibilidade de erro dos sobrecarregados juízes de primeiro grau do que de um colegiado de juízes mais experientes no segundo grau? Tal argumento é falho, já que o estímulo à recorribilidade decorrente de uma fácil reforma em segundo grau faz com que os desembargadores estejam tão ou mais assoberbados que a primeira instância, pressionados a montar equipes com múltiplos assessores a fim de dar conta de volume de trabalho desumano, equivalente ao desempenhado por seis vezes mais juízes na primeira instância.⁽⁸⁰⁾ Ademais, a revisão da prova testemunhal em segundo grau fica prejudicada pela falta de imediação com a testemunha, para fins de avaliação de credibilidade. Logo, uma conclusão de fato deveria ser reformada apenas quando “claramente errônea,” sem qualquer conexão racional com a prova dos autos considerada em seu conjunto.

d. Subsunção dos fatos ao direito — questão mista de direito e de fato

Embora um pouco mais complexa, também poderia ser aplicada ao processo civil brasileiro

(78) UNITED STATES COURTS, *Judicial Caseload Indicators*, 2013. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-caseload-indicators-judicial-business-2013>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

(79) UNITED STATES COURTS, *Judicial Business*, 2014. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics/table/b-5/judicial-business/2014/09/30>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

(80) Como mencionado acima, desembargadores constituem cerca de 14% da totalidade dos juízes no Brasil. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA — CNJ. *Justiça em Números*, p. 32, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>. Acesso em: 2 nov. 2015.

a sistemática relativa às chamadas questões mistas de direito e de fato, ou seja, envolvendo aplicação do direito aos fatos, após estes haverem sido estabelecidos cada qual conforme seu *standard* de revisão.⁽⁸¹⁾ Tais questões ensejariam a revisão *de novo* (irrestrita, como feita atualmente) quando houvesse utilidade do debate para a definição do alcance da norma em casos futuros, por exemplo, aferindo se a regra se aplica para um determinado tipo de situação fática. Por outro lado, deve ser aplicado o *standard* “erro claro” ou “claramente errôneo” quando a relevância do debate for restrita ao caso concreto, importando em análise mais casuística e intensivamente dependente dos fatos concretos à luz de conceitos legais já pacificados.⁽⁸²⁾

2. Possibilidade de aplicação dos standards de revisão recursal ao processo civil brasileiro?

Depois de debater a conveniência e funcionamento dos standards que limitam a revisão recursal para tornar o sistema pátrio mais racional e eficiente, resta saber se existe óbice à sua introdução no processo civil brasileiro. A resposta é negativa. Há ambiente favorável para inovações que atendam aos vetores axiológicos da efetividade e celeridade. Por outro lado, a inexistência de norma específica expressa não impede que a doutrina e jurisprudência desenvolvam uma forma de autolimitação da revisão recursal, em decorrência do novo sistema de precedentes, inexistindo óbice legal ou constitucional.

(81) Ver tópico III.4, acima.

(82) Se a aplicação do direito aos fatos fosse sempre revisada pelo *standard* “de novo,” reduziria desnecessariamente a possibilidade de valorização de decisões razoáveis do primeiro grau sem vantagens para a unificação do direito. O contrário também é verdadeiro. Usar o *standard* “claramente errôneo” para toda a aplicação do direito aos fatos faria tábula rasa do *standard* “de novo,” já que em todos os processos se faz necessária a subsunção dos fatos ao direito. Ademais, a manutenção de decisões conflitantes em questões mistas de direito e fato em assuntos relevantes para a uniformização de jurisprudência comprometeria a própria ideia de uniformização.

a. Harmonia com a tendência de reforma do sistema recursal no Brasil, parcialmente inspirada no direito comparado

No Brasil, há ambiente fértil para a implementação de inovações que promovam a melhoria do processo, especialmente quanto à racionalização dos recursos, que se proliferam em quantidades inviáveis, em detrimento da duração razoável do processo e efetividade da Justiça.

Os últimos vinte anos foram pródigos de alterações legislativas que tentaram limitar a excessiva recorribilidade e unificar a jurisprudência, e.g., para que o relator de um recurso pudesse negar seguimento ao mesmo se “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior,”⁽⁸³⁾ e mesmo autorizando-o a dar provimento monocraticamente ao recurso se a decisão recorrida contrariasse súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior.⁽⁸⁴⁾ Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 introduziu a *súmula vinculante*⁽⁸⁵⁾ e a *repercussão geral* para os recursos extraordinários⁽⁸⁶⁾

Não é diferente a situação no processo do trabalho, onde a busca pela celeridade sempre foi central. Recentemente, grande parte da disciplina dos recursos de revista foi alterada pela Lei n. 13.015, de 2014, para facilitar a missão do TST de unificação nacional da jurisprudência trabalhista. O TST deixou

(83) CPC 1973, art. 557, com redação dada pela Lei n. 9.139, de 1995 (grifo nosso).

(84) CPC 1973, art. 557, § 1-A com redação dada pela Lei n. 9.756, de 1998.

(85) CRFB 1988, art. 103-A, introduzido pela EC n. 45/2004. Trata-se do primeiro esboço brasileiro de precedente vinculante, notável desvio da tradição dos países de *civil law*, decorrente da constatação que as reformas processuais até então implementadas ainda estavam longe de lograr a “razoável duração do processo,” elevada à estatura de garantia constitucional por força da mesma emenda.

(86) CRFB 1988, art. 102, § 3º, introduzido pela EC n. 45/2004.

de julgar divergências entre Regionais, cujas respectivas turmas internamente divergirem entre si, podendo determinar o retorno dos autos ao respectivo Tribunal Regional a fim de que este proceda à uniformização da sua jurisprudência.⁽⁸⁷⁾ Adicionalmente, através do incidente de resolução de demandas repetitivas, como já ocorria no STF e STJ,⁽⁸⁸⁾ o TST passa a poder julgar um caso que exemplifica a controvérsia repetitiva, cuja decisão vincula a todos recursos de revista fundados em idêntica questão de direito.⁽⁸⁹⁾

Tais reformas foram mantidas ou aprofundadas no CPC/2015, que avançou ainda mais, rompendo parcialmente com a tradição romano-germânica. O novo CPC torna nosso ordenamento um híbrido entre o *civil law* e o *common law*,⁽⁹⁰⁾ à vista da ênfase nos precedentes vinculantes e instrumentos para a sua imposição. Tais reformas ilustram o esforço para corrigir falhas na administração da justiça, bem como evidenciam a abertura do sistema brasileiro para inovações inspiradas no direito comparado.⁽⁹¹⁾ Considerando o vetor das reformas, bem como a progressiva aproximação entre o ordenamento brasileiro e *common law*,⁽⁹²⁾ não há razões para supor que exista incompatibilidade dos *standards* de revisão recursal com o direito processual pátrio.

(87) Art. 896, § 4º da CLT.

(88) Art. 896-B da CLT.

(89) Art. 896-C da CLT.

(90) VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe. *Considerações sobre a Lei n. 13.015/14: uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais*. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT da 4ª Região em 20.8.2015. Arquivada em vídeo na *intranet* da Escola Judicial. Disponível em: <<http://ead.trt4.jus.br/course/view.php?id=1106>>. Acesso em: out. 2015.

(91) *E.g.*, Exposição de Motivos do CPC 2015, que em diversos momentos menciona a inspiração no direito comparado português, alemão, italiano e inglês. Ver *Exposição de Motivos*. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. 2010. p. 11-33. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

(92) Não apenas o brasileiro, trata-se de fenômeno mundial, com especial ênfase nos países da União Europeia, onde as cortes comunitárias forçam a convivência entre os dois sistemas.

b. Harmonia com a política nacional de valorização do primeiro grau do Conselho Nacional de Justiça e com as aspirações da Magistratura de primeiro grau

Além da harmonia com a tendência de reforma da lei processual, há também compatibilidade dos limites de revisão recursal com o vetor axiológico determinado pelo CNJ, através da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição.⁽⁹³⁾ Uma vez que 90% dos processos tramitam perante a primeira instância, o CNJ instituiu política visando “iniciativas voltadas ao aperfeiçoamento da qualidade, da celeridade, da eficiência e da efetividade dos serviços judiciários da primeira instância dos tribunais brasileiros.”⁽⁹⁴⁾

A mera equalização de orçamento e pessoal entre primeiro e segundo graus, sem que se combatam os desequilíbrios no próprio fluxo do processo, entretanto, não produzirá os resultados almejados. Uma técnica de julgamento dos recursos que evite a duplicidade de tarefas entre as instâncias é decisiva para otimizar tal fluxo, além de elevar a respeitabilidade das decisões do primeiro grau, auxiliando este na efetividade de seu trabalho. A maior previsibilidade de que uma razoável decisão será confirmada, caso recorrida, encoraja seu cumprimento espontâneo, diminuindo incidentes temerários, malícia processual, bem como desnecessárias anulações e retorno dos autos à origem, situações que conturbam e retardam o processo. Não é incomum que partes resistam ao cumprimento de ordens judiciais procrastinando seu cumprimento na expectativa de cassar a ordem e as *astreintes*, retroativamente, em sede recursal. Em contraste, nos Estados Unidos, *e.g.*, um juiz não necessita desperdiçar tempo reiterando ordens ou apreciando escusas infundadas, já que o descumprimento de ordens judiciais e

(93) CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA — CNJ. *Resolução n. 194 de 2014*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n194-26-05-2014-presidencia.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2015).

(94) *Idem*.

a malícia processual são punidos severamente (*contempt of court*), punições estas que são reformadas em sede recursal apenas em casos teratológicos. Os benefícios do prestígio das decisões do primeiro grau se faz sentir em todo o sistema. Ordens judiciais são cumpridas imediatamente, o processo flui melhor, a busca pela verdade é mais fácil, as partes e advogados em geral respeitam as regras. Enfim, a adoção dos *standards* de revisão garantiria melhorias na celeridade, eficiência e efetividade dos serviços judiciários de primeira instância, como preconiza a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição do CNJ.

Finalmente, registro que o presente tema tem sido recorrente no âmbito da Magistratura, no debate à função revisora dos tribunais, a quem não caberia o rejugamento dos processos, como se prolatassem nova sentença.⁽⁹⁵⁾ O tema foi inclusive objeto de uma das comissões temáticas⁽⁹⁶⁾ do XVI Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat), em 2012, resultando na aprovação de teses similares aos institutos de *common law* aqui debatidos.⁽⁹⁷⁾

(95) Ver CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro; FIOREZE, Ricardo; ROSSAL, Francisco R. de Araújo; MARTINS-COSTA, Ricardo; AMARAL, Márcio Lima do. A Função Revisora dos Tribunais: A Questão do Método no Julgamento dos Recursos de Natureza Ordinária. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, p. 161, 2010. Dos mesmos autores ver ainda A Função Revisora dos Tribunais – A Questão da Valorização das Decisões de Primeiro Grau – Uma Proposta de *Lege Ferenda*: A Sentença Como Primeiro Voto no Colegiado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, n. 2, p. 597, jul./dez. 2010; CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Função Revisora dos Tribunais Diante da Sentença Razoável. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 40, p. 57, 2012.

(96) Sob o título “Reconfiguração do Processo do Trabalho. Valorização Sistemática das Decisões do Juiz Originário.”

(97) E.g., “**VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES ORIGINÁRIAS. FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS** – Ementa – VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES ORIGINÁRIAS. FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS. RESPEITADA A CONVICÇÃO E A INDEPENDÊNCIA DE CADA JULGADOR, OS TRIBUNAIS DO TRABALHO VALORIZARÃO A AVALIAÇÃO DA PROVA ORAL FEITA PELO JUÍZO DE 1º GRAU. **A FALTA DE VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES DO**

c. Inexistência de impedimento legal ou constitucional ao uso de *standards* restritivos da revisão recursal no processo civil brasileiro

Não há princípio constitucional expresso ou implícito, nem norma infraconstitucional que impeça a adoção de critérios de autolimitação

JUIZ ORIGINÁRIO CONTRIBUI DECISIVAMENTE PARA A TAXA DE CONGESTIONAMENTO DOS TRIBUNAIS. O PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE INDUZ À PRESUNÇÃO DE QUE A AVALIAÇÃO DA PROVA ORAL PELO JUIZ DE 1º GRAU É ADEQUADA. DEVERÃO SER ADOTADAS MEDIDAS PARA VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES DE 1º GRAU.” (JOSÉ CARLOS KULZER, AMATRA 10 E AMATRA 4, grifos nossos); “**PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DO TRABALHO** – Ementa – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DO TRABALHO. 1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (ART. 422 DO CC) TEM PLENA APLICAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO, SERVINDO À RESSIGNIFICAÇÃO DE PROBLEMAS JURÍDICOLABORAIS TRADICIONALMENTE ASSENTADOS SOBRE BASES CONSERVADORAS OU POSITIVISTAS. 2. UMA VEZ QUE OS PRESSUPOSTOS ANALÍTICOS DA BOA-FÉ OBJETIVA ANALISAM-SE E DESCOBREM-SE CASUÍSTICAMENTE, À LUZ DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DE CADA LITÍGIO, COMO TAMBÉM À VISTA DAS INTERSECÇÕES ENTRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, **CONVÉM ASSENTAR JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DE QUE AS DECISÕES QUE EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO CALCADAS NOS PARADIGMAS DA BOA-FÉ OBJETIVA SEJAM MANTIDAS EM 2º GRAU, DESDE QUE RAZOÁVEIS.**” (AMATRA 15 e GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, grifos nossos); **VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU E CONSEQUENTE VALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO** – Ementa – VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU E CONSEQUENTE VALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 1. SENTENÇA JUDICIAL DE 1º GRAU; A LÓGICA DO RAZOÁVEL; VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA DO JUIZ DE 1º GRAU. 2. **LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO 2º GRAU NOS CASOS DE A SENTENÇA ESTAR AMPARADA EM JURISPRUDÊNCIA SUPERIOR (SEJA DO PRÓPRIO TRIBUNAL REVISANDO OU DE TRIBUNAL SUPERIOR AO DO REVISANDO) OU DE ESTAR FUNDAMENTADA DENTRO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL.** 3. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA IDEAL. 4. **DESESTÍMULO A RECURSO ESTILO “LOTÉRIA”.** 5. **A EFETIVA VALORIZAÇÃO DAS DECISÕES ORIGINÁRIAS, INCLUSIVE POR PARTE DE SEUS PARES (JULGADORES DE 2º GRAU), GARANTE MAIOR VALORIZAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO COMO UM TODO.** (RICARDO JAHN e Amatra 12, grifos nossos). Disponível em: <<http://amatra10.blogspot.com/p/artigos.html>> Acesso em: 9 dez. 2015.

(*self-restraint*) no julgamento de recursos pelos tribunais de segundo grau brasileiros.

Inicialmente, veja-se que os *standards* de revisão recursal não conflitam com a independência judicial. Como uma das garantias de um regime democrático, a independência judicial visa a proporcionar decisões judiciais livres de pressão, seja da sociedade organizada, a partir de grupos de interesses políticos ou econômicos, ou de outros juízes ou tribunais.⁽⁹⁸⁾ No Brasil, a independência judicial está positivada, e.g., no dever de decidir com independência,⁽⁹⁹⁾ na imunidade quanto ao conteúdo das decisões,⁽¹⁰⁰⁾ bem como nas garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.⁽¹⁰¹⁾ O estabelecimento de limites mínimos para a reforma de determinados tipos de decisões não introduz no sistema pressão ou influência indevida sobre o julgador, para que decida beneficiando uma parte ou outra, afetando sua independência de decidir, mas apenas limita o corte revisional, racionalizando a distribuição de tarefas entre primeiro e segundo graus. Aliás, todas as recentes reformas da disciplina dos recursos, inclusive as do novo CPC, militam no mesmo sentido.

Os standards de revisão recursal também não são obstaculizados pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Tal princípio simplesmente implica na possibilidade de revisão dos julgados por corte superior, não impedindo o estabelecimento de limites, como pressupostos

de admissibilidade (e.g., depósito recursal, inexistência de súmula em contrário etc.), ou mesmo a eliminação de certos recursos. Não se pode cogitar que os *standards* de revisão recursal conflitem com o princípio do duplo grau de jurisdição, quando tantas outras limitações à recorribilidade já provaram a relatividade de tal princípio. Aliás, os *standards* de revisão nem mesmo limitam a recorribilidade, mas apenas mudam a lógica do julgamento de tais recursos, presumindo o acerto de certos tipos de decisões, diminuindo a probabilidade de reforma.

Finalmente, nada há na legislação positivada que impeça a adoção de critérios mais rígidos para a reforma das decisões de primeiro grau. O *efeito devolutivo* significa apenas que a questão apelada é devolvida ao conhecimento do Judiciário, não impondo que a corte recursal rejulgue a matéria de forma ampla e irrestrita, como se fosse a primeira a julgá-la, descartando uma decisão razoável do juízo *a quo*. Similarmente, quando o art. 1.008 do CPC/2015 (art. 512 do CPC/1973) menciona que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso,” tal norma apenas indica que a decisão que passa a produzir efeitos é a da corte recursal, mesmo que o tribunal tenha confirmado a decisão *a quo*.⁽¹⁰²⁾ Tal dispositivo nada refere quanto aos critérios para a reforma da decisão *a quo*. A atual reversibilidade ilimitada da matéria recorrida não tem amparo no texto, mas sim foi inferida a partir do seu silêncio. No entanto, nada na legislação processual impede que se adote limite mais rígido à reforma em matéria fática ou discricionária, conforme critérios debatidos acima.

d. É necessária alteração legislativa para que se presumam corretas as decisões discricionárias e conclusões de fato do primeiro grau, limitando

(98) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves. A Defesa de sua Independência: Um Dever do Magistrado, *Revista de Direito do Trabalho*, Revista dos Tribunais, v. 123, p. 67, 2006.

(99) Lei Complementar n. 35, de 1979, art. 35. “São deveres do magistrado: I – cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício; [...]”.

(100) Lei Complementar n. 35, de 1979, art. 41. “Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.”

(101) CRFB 1988, art. 95.

(102) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed., 2010. p. 886.

o corte revisional dos recursos através dos *standards* “abuso de discricionariedade” e “claramente errôneo”?

Resta perquirir se, para a adoção dos limites à reforma aqui debatidos, seria essencial alterar a atual legislação. A resposta é negativa. Embora desejável, viabilizando aplicação desde já mais abrangente e uniforme, a alteração legislativa não é o único caminho viável. Há na doutrina, jurisprudência⁽¹⁰³⁾ e no direito comparado⁽¹⁰⁴⁾, grande papel a desempenhar.

Nada impede que se construa jurisprudencialmente a autolimitação (*self-restraint*) na revisão recursal, em uma interpretação sistemática do ordenamento, à luz da garantia constitucional da razoável duração do processo⁽¹⁰⁵⁾ e do novo regramento dos precedentes vinculantes inaugurado com o CPC de 2015. Aos juízes cabe preencher as lacunas do sistema para garantir a força normativa dos princípios constitucionais.⁽¹⁰⁶⁾ Uma análise sistemática da garantia da celeridade, da imediatidade entre quem colhe a prova e quem julga, da especialização do segundo grau na unificação de jurisprudência, bem como todo o exposto acima, autorizam a presunção de que apreciação das provas pelo juiz de primeira instância foi realizada de forma adequada.⁽¹⁰⁷⁾

(103) Como ocorreu no caso da *disregard doctrine*, ou *lifting the corporate veil*, entre nós conhecida como desconsideração da personalidade jurídica, que passou a ser utilizada, de forma incipiente, mesmo antes de sua positivação no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, em 1990.

(104) Observe-se que, no âmbito trabalhista, o direito comparado consta expressamente da CLT como critério de integração das normas trabalhistas, conforme art. 8º.

(105) CRFB art. 5, LXXVIII, incluído pela EC n. 45/2005.

(106) BARROSO, Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, p. 331, 356, 2012.

(107) Ver *supra* notas 96 e 97.

O mesmo raciocínio vale para as decisões discricionárias, presumindo-se o acerto da autoridade que está mais próxima dos acontecimentos do processo, conhecendo-os com mais minudência. A legislação processual permite certa margem de discricionariedade ao julgador, não se resolvendo todas as situações apenas na consulta literal de seu texto. Assim, permitir que a mera divergência (e não necessariamente erro ou arbitrariedade) provoque a reforma de uma decisão razoável resulta em inaceitável desperdício, violando o sistema que tem como norte os princípios da razoável duração do processo, economia processual e eficiência, e mais recentemente, a estabilidade da jurisprudência.

Logo, a presunção relativa de acerto das conclusões de fato e decisões discricionárias dos juízos de primeiro grau, em sede recursal, decorre do próprio sistema e não depende de alteração legislativa, ainda mais ante os novos instrumentos de unificação de jurisprudência positivadas na Lei n. 13.015/2014 e no CPC/2015. A adoção de *standards* ou limites à revisão recursal pela via jurisprudencial poderia se tornar vinculante a partir de sua pacificação em decisões elencadas como vinculantes no art. 927 do CPC de 2015.

Outras soluções possíveis seria a inclusão no regimento de cada Tribunal, ou em outra norma que minudencie os procedimentos internos no trâmite dos recursos. Finalmente, uma mudança legislativa, a médio prazo, seria a solução mais desejável, por seu alcance geral e maior tendência a produzir a almejada uniformidade de procedimento, tão necessária à redução da recorribilidade quanto a própria diminuição da reforma das razoáveis decisões de primeiro grau.

V. Considerações Finais

O respeito aos precedentes emanados de instâncias superiores, conforme sistemática maturada pelo novo CPC, deve ser uma via de mão dupla, com o correspondente respeito das instâncias superiores às decisões do primeiro

grau em matérias de fato ou discricionária. Deve haver reciprocidade entre as instâncias, para que cada uma funcione dentro de seu mister: os tribunais no de aprimorar e unificar o direito, o primeiro grau focado na descoberta da verdade e gestão do processo. Para tanto, é necessário que sejam observados limites à excessiva reforma das decisões de primeiro grau em matéria fática ou decisões envolvendo discricionariedade. Tais limites já existem nos países de *common law*, chamados de *standards* de revisão recursal.

Na praxe atual em nosso ordenamento, a ausência de limites à reforma das conclusões de fato ou decisões discricionárias razoáveis, permite que estas sejam descartadas pela mera divergência de opinião, ainda que corretas, sendo substituídas pela decisão que os membros do colegiado prolatariam se fossem os juízes originários – como uma nova sentença, não uma revisão para corrigir erros. A elevada taxa de reforma dos julgados de primeiro grau encoraja a recorribilidade, mesmo sob argumentos triviais, alongando o processo e transferindo o poder de decisão para os tribunais em matérias para as quais o julgador *a quo* estaria melhor posicionado. A repetição desnecessária do trabalho do primeiro grau em sede recursal é um luxo a que não pode se dedicar o sobrecarregado Judiciário brasileiro.

Os *standards* de revisão recursal, praticados nos países de *common law*, enfrentam tais problemas, promovendo uma divisão equilibrada de tarefas entre primeiro e segundo graus, valorizando as conclusões de fato e decisões discricionárias do juízo de primeiro grau, com diferentes níveis de deferência à decisão recorrida conforme o tipo de matéria. Uma questão de direito é revisada *de novo* (no sentido de nova análise, sem limitações), sem especial deferência já que a função precípua do segundo grau é justamente a unificação do direito. As conclusões de fato, entretanto, são reformadas apenas se “claramente errônea” (*clearly erroneous*), sem amparo na prova, não bastando para a reforma mera divergência de

opinião entre a corte revisora e o juízo *a quo*. Já a qualificação jurídica dos fatos à vista do direito (questão mista de direito e de fato) é analisada *de novo*, salvo quando tal qualificação dependa predominantemente das especificidades de cada caso concreto, sem relevância para o esclarecimento ou unificação do direito, em hipótese revisada pelo *standard* “claramente errôneo”. Finalmente, decisões envolvendo discricionariedade, notadamente em matéria processual, são reformadas apenas quando houver arbitrariedade (*abuse of discretion*), fora das opções facultadas pela lei.

Em que pese desejável a introdução de tais institutos pela via legislativa, ensejando maior uniformidade e segurança jurídica, pode-se também cogitar da introdução pela via jurisprudencial de tais critérios de julgamento, inclusive com apoio no direito comparado, ou mesmo a inserção nos regimentos dos tribunais. Inexistem normas legais ou constitucionais que impeçam o seu uso, antes, pelo contrário, estão em harmonia com os esforços das recentes reformas processuais, centradas na redução da excessiva recorribilidade e na unificação da jurisprudência, bem como com a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, Resolução 194 de 2014 do CNJ.

VI. Referências Bibliográfica

BARRAL, Welber; MACHADO, Rafael Bicca. Civil Procedure and Arbitration. *Introduction to Brazilian Law*, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, v. 10, p. 851, 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. 2005.

- CALLEROS, Charles Richard. Title VII and Rule 52(a): Standards of Appellate Review in Disparate Treatment Cases-Limiting the Reach of Pullman-Standard v. Swint. *Tulane Law Review*, v. 58, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, 1973.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed., 2005.
- CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of Appellate Review in the Federal Circuit: Substance and Semantics. *Federal Circuit Bar Journal*, v. 11, 2002.
- CHILDRESS, Steven Alan. Standards of Review Primer: Federal Civil Appeals. *Federal Rules Decisions*, v. 229, 2005.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Função Revisora dos Tribunais Diante da Sentença Razoável. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 40, 2012. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista_Electronica/2012/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%20n.%20132_2012.pdf>.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro; FIOREZE, Ricardo; ROSSAL, Francisco R. de Araújo; MARTINS-COSTA, Ricardo; AMARAL, Márcio Lima do. A Função Revisora dos Tribunais: A Questão do Método no Julgamento dos Recursos de Natureza Ordinária. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, n. 1, p. 161, 2010. Disp. em: <http://legado.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n1.pdf>.
- _____. A Função Revisora dos Tribunais — A Questão da Valorização das Decisões de Primeiro Grau — Uma Proposta de Lege Ferenda: A Sentença Como Primeiro Voto no Colegiado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, v. 6, n. 2, jul./dez. 2010.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA — CNJ. *Justiça em Números*, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>. Acesso em: 2 nov. 2015.
- _____. *Priorização de Justiça de primeiro grau é destaque em evento do CNJ*. 6 maio 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79282-priorizacao-de-justica-de-primeiro-grau-e-destaque-em-evento-do-cnj>>. Acesso em: 6 dez. 2015.
- _____. *Resolução n. 194 de 2014*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n194-26-05-2014-presidencia.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2015.
- FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Fatos e Jurisprudência: Reflexões Iniciais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6119>> e <<http://www.lavargas.com.br/fatos.html>>.
- GODBOLD, John C. Twenty Pages and Twenty Minutes: Effective Advocacy on Appeal. *Southwestern Law Journal*, v. 30, 1976.
- HERZOG, Peter E.; KARLEN, Delmar Karlen. Attacks on judicial decisions. *International Encyclopedia of Comparative Law*, Civil Procedure, v. 16, § 8.87, 1982.
- MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition*, 3. ed. 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed., 2010.
- PETERS, Amanda. The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review. *Lewis & Clark Law Review*, v. 13, 2009.
- ROSEN, Keith S. Brazil. *Legal Systems of the World: a Political, Social, and Cultural Encyclopedia*, v. 1, 2002.
- _____. Civil Procedure in Brazil. *American Journal of Comparative Law*, v. 34, 1986.
- _____. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 3, 7. ed., 1984.
- SARGENT, Walter H. The Meaning of Standard of Review. *Appellate Practice in Federal and State Courts*, § 3.01, 2014.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed., 2014.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves. A Defesa de sua Independência: Um Dever do Magistrado. *Revista de Direito do Trabalho*, Revista dos Tribunais, v. 123, 2006.
- UNITED STATES COURTS. *Judicial Business*, 2014. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics/table/b-5/judicial-business/2014/09/30>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

_____. *Judicial Caseload Indicators*, 2013. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-caseload-indicators-judicial-business-2013>>. Acesso em: 6 dez. 2015

VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe. *Considerações sobre a Lei n. 13.015/14*: uniformização da

jurisprudência dos Tribunais Regionais. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT da 4ª Região em 20.8.2015. Arquivada em vídeo na *intranet* da Escola Judicial. Disponível em: <<http://ead.trt4.jus.br/course/view.php?id=1106>>. Acesso em: out. 2015.

A estrutura da sentença trabalhista no novo Código de Processo Civil — uma análise constitucional da fundamentação das decisões

Fausto Siqueira Gaia^(*)

Resumo:

- O presente artigo tem por propósito analisar a existência de compatibilidade e, consequentemente, avaliar os espaços para a aplicação do art. 489 do novo Código de Processo Civil, promulgado pela Presidência da República em 16 de março de 2015, à fundamentação das sentenças proferidas na Justiça do Trabalho a partir da compreensão do direito processual como instrumento de realização do direito material subjacente. O estudo objetivará, a partir da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 15 e 489 do novo CPC e à luz dos princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, analisar os seus reflexos e as suas consequências na dinâmica do processo do trabalho, especialmente no procedimento de elaboração das sentenças trabalhistas.

Abstract:

- The scope of this article propose to analyze the existence of compatibility and hence evaluate the space for the application of Article 489 of the new Civil Procedure Code, promulgated by the president on March 16th, 2015, the reasoning of the judgments of the courts from work from the understanding of procedural law as the realization of the underlying substantive law instrument. The study will aim, from a systematic and teleological interpretation of Articles 15 and 489 of the new CPC in the light of procedural constitutional principles of contradictory, legal defense and reasons for decisions, analyze your reflexes and their consequences on the process dynamics work, especially in the preparation procedure of labor sentences.

Palavras-chave:

- Sentença — Fundamentação — Processo do Trabalho.

(*) Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais. Especialista em Direito do Trabalho. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Individual

e Processual do Trabalho da Faculdade de Direito de Vitória. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES).

Key-words:

- Sentence — Foundations — Labor process.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A aplicação do novo CPC ao processo do trabalho — o alcance da supletividade e da subsidiariedade
- 3. A fundamentação da sentença trabalhista
 - 3.1. A fundamentação como mecanismo de legitimação material das decisões judiciais
 - 3.2. Os princípios do contraditório e da ampla defesa
- 4. Celeridade processual — a leitura do processo do trabalho à luz do direito material do trabalho e a necessidade de ponderação de interesses
- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O advento do novo Código de Processo Civil, promulgado pela Presidência da República em 16 de março de 2015, e que entra em vigor um ano após a data de sua promulgação, traz aos operadores do direito diversas inquietudes e discussões acerca dos limites e da forma de aplicação às relações jurídico-processuais em curso.

No âmbito do direito processual do trabalho, novas dificuldades e desafios serão trazidos à discussão que já estão sendo travadas discussões, especialmente em razão da necessidade de compatibilizar a interpretação do art. 769 da CLT com o disposto no art. 15 do novo CPC, que tratam da aplicação do diploma processual civil às relações jurídico-processuais do trabalho.

Essa dificuldade de compatibilização recebe um toque especial a partir da visão instrumental do processo, compreendido como mecanismo para a garantia da efetividade do direito material subjacente⁽¹⁾. Nas relações trabalhistas, essa relação jurídica de direito material tem como atores principais, em regra, empregados

e empregadores, ou seja, elementos subjetivos que ocupam nessa relação posições jurídicas antagônicas, tanto de interesses em conflito, quanto na paridade de armas para a discussão em Juízo.

Além disso, subjacente à relação processual, o direito material discutido nas lides trabalhistas envolve parcelas de natureza alimentar, onde a celeridade para a sua realização serve como fio condutor da atividade jurisdicional.

O fenômeno da constitucionalização do direito processual — fruto de uma Constituição analítica e que traz em seu bojo princípios com elevada carga axiológica e textos de normas, que contemplam não apenas direitos mas também garantias fundamentais às relações processuais — exige do intérprete autêntico⁽²⁾ uma leitura principiológica-constitucional dos institutos do processo e de suas técnicas de realização de direitos substantivos.

A estrutura da sentença trabalhista, ponto culminante da atividade jurisdicional na fase de cognição do processo do trabalho, passa a sofrer importantes transformações à luz do art. 489 do CPC, especialmente no que diz

(1) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177.

(2) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 394.

respeito à fundamentação, rompendo com o paradigma⁽³⁾ de que sentença fundamentada seria aquela que trouxesse as razões de convencimento do órgão judicial responsável pela prolação da sentença e o enfrentamento dos argumentos relevantes trazidos em contraditório pelas partes.

A necessidade de exaurimento dos argumentos lançados pelas partes, a vedação à indicação do dispositivo de lei aplicável ou texto de súmula editada pelos Tribunais, ao caso concreto e à utilização de fundamentos genéricos aplicáveis a todo e qualquer caso concreto e o impedimento à inobservância de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pelas partes da demanda traz, com o novo Código de Processo Civil, novos desafios aos magistrados do trabalho na confecção das decisões.

Por outro lado, o caráter instrumental do processo, como meio de concretização do direito material, não é abandonado no novo diploma processual civil, permitindo a investigação no presente artigo, se o art. 489 do novo CPC seria aplicável ou não ao processo do trabalho, considerando tanto a natureza de direitos fundamentais de natureza alimentar dos direitos subjacentes em discussão na relação jurídico-processual e a necessidade pela celeridade processual, por um lado e, por outro, o exaurimento da fundamentação das sentenças como mecanismo de garantia de outras garantias fundamentais como o contraditório e a ampla defesa?

A partir da técnica de ponderação de interesses desenvolvida por Robert Alexy⁽⁴⁾ para a solução de conflitos aparentes entre

princípios e garantias constitucionais, será analisada a ponderação entre a fundamentação das decisões, como expressão da legitimidade do próprio Poder Judiciário, e a celeridade processual, tomando em consideração a relação jurídica material envolvendo direitos de natureza alimentar.

Em um primeiro momento, será feita a análise sobre o alcance do binômio supletividade-sub subsidiariedade positivado no art. 15 do novel diploma processual civil e os seus reflexos no processo do trabalho.

Após a delimitação do alcance da aplicação do novo CPC ao processo do trabalho no campo da fundamentação das sentenças, será realizada a análise constitucional sobre a garantia fundamental da fundamentação das decisões judiciais — entendida no nosso estudo como mecanismo de legitimação do próprio Poder Judiciário, bem como de outras garantias também elevadas pelo Poder Constituinte Originário, como cláusulas pétreas, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A análise da garantia da celeridade processual, tomando como elemento indissociável da atividade hermenêutica a necessidade de concretização de direitos fundamentais de natureza alimentar, permitirá juntamente com a aplicação da teoria da ponderação de interesses, na parte final do trabalho, definir o real alcance da aplicação no art. 489 do novo CPC ao processo do trabalho.

2. A aplicação do novo CPC ao processo do trabalho — o alcance da supletividade e da subsidiariedade

O novo Código de Processo Civil é alicerçado em diversos princípios gerais, que regulam tanto o comportamento das partes e dos advogados no processo, quanto delimitam a atividade jurisdicional.

Espelhado nos princípios da cooperação entre as partes em si, e entre estas e o Juiz⁽⁵⁾,

(3) O termo paradigma é tomado no presente trabalho em conformidade com o conceito apresentado por KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994. Na citada obra, paradigmas são definidos como “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

(4) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

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

da paridade de armas e do contraditório⁽⁶⁾, da duração razoável do processo⁽⁷⁾, da boa-fé processual⁽⁸⁾, da autonomia da vontade⁽⁹⁾ e da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade, da eficiência, e acima de tudo, da dignidade da pessoa humana⁽¹⁰⁾, o novo CPC é promulgado alicerçado na esperança de assegurar a efetividade e a celeridade na prestação jurisdicional.

Esse contexto principiológico no qual repousa o novo CPC — marcado pelo diálogo das fontes — permite ao intérprete autêntico nortear a atividade de concretização do texto das normas de direito processual ao caso concreto⁽¹¹⁾.

Essa necessidade de compreender o processo como meio de realização do direito material decorre da visão instrumental do processo, já desenvolvida por Dinamarco⁽¹²⁾ desde a égide do CPC de 1973, ganha maior destaque nas relações processuais do trabalho, onde o

direito material subjacente é normalmente composto por verbas de natureza alimentar, constituindo o mínimo existencial do trabalhador, necessário ao desenvolvimento da vida com dignidade.

Devem ser inseridas, nesse contexto, as possibilidades de interpretação do art. 15 do novo CPC, que expressamente amplia as hipóteses de aplicação do diploma processual ao processo do trabalho para além das situações positivadas no art. 769 da CLT, consagrando a sua supletividade e a sua subsidiariedade na aplicação aos processos trabalhistas, bem como aos processos eleitorais e administrativos.

No caso específico do direito processual do trabalho, a CLT disciplina desde 1943 a aplicação do CPC às situações onde o texto consolidado padece de omissão, ou seja, casos em que inexistente texto de norma jurídica que discipline a matéria em discussão, associado à necessidade de compatibilizar as normas do direito processual e material do trabalho. Essa atividade de compatibilização com as normas trabalhistas deve abranger, sobretudo, os princípios e as regras reitores do direito processual e material do trabalho.

A existência de omissão, portanto, já era reconhecida pelo legislador consolidado como requisito para a aplicação supletiva do direito processual civil ao processo do trabalho. Antes do novo CPC, a existência de lacunas, tanto aquelas oriundas do silêncio eloquente do legislador ordinário quanto em razão da ausência não intencional de disciplina jurídica, era elemento indispensável para a aplicação supletiva do direito processual comum.

O legislador do novo CPC foi além do que dispõe a CLT, não se cingindo apenas às situações em que exista lacunas. Além do caráter supletivo, que pressupõe a existência de lacunas no texto consolidado, restou positivado que a aplicação do novo diploma processual dar-se-á também de forma subsidiária, ou seja, independentemente da existência ou não de vácuos legislativos, de modo a complementar os regramentos processuais do trabalho.

(6) Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

(7) Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

(8) Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

(9) Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

(10) Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

(11) MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54.

(12) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177.

Assim, uma grande inquietude exsurge ao órgão julgador na Justiça do Trabalho: como compatibilizar a aplicação não apenas supletiva, mas sobretudo subsidiária do novo CPC ao art. 769 da CLT?

Embora, em um primeiro momento a tarefa possa se revelar tormentosa ao aplicador do direito, não se pode olvidar que a própria construção do novo CPC é fundamentada em diversos princípios, dentre eles o da eficiência, que deve nortear a atividade hermenêutica do intérprete autêntico⁽¹³⁾.

O caráter instrumental do processual deve assim ser compreendido à luz do princípio da eficiência. O processo civil não deve ser visto e compreendido como um fim em si mesmo, mas sobretudo como meio de realização do direito material. E essa realização do direito substantivo adjacente de forma mais eficiente, passa necessariamente pela forma de fundamentação das decisões judiciais.

A aplicação do novo CPC ao processo do trabalho deve compreender, portanto, não apenas situações em que exista lacuna do texto consolidado, mas também em casos concretos que demande do aplicador do direito utilizar técnicas processuais e instrumentos de forma supletiva que garantam a eficiência e a efetividade⁽¹⁴⁾ das decisões, que versam essencialmente sobre direitos com natureza jurídica alimentar.

O caráter alimentar das verbas trabalhistas permite ao intérprete autêntico tanto buscar, de forma subsidiária no novo CPC, instrumentos e técnicas que garantam a efetividade das decisões, quanto afastar a aplicação de determinados mecanismos que afastam ou dificultam a realização concreta do direito material.

O alcance da supletividade e da subsidiariedade do novo CPC não afastou a regra contida no art. 769 da CLT, já que a exigência de compatibilidade com as regras e os princípios norteadores do direito do trabalho é intrínseca à visão instrumental do processo do trabalho, que tem por escopo realizar materialmente direitos de natureza alimentar⁽¹⁵⁾.

Compreendemos, desse modo, que a existência de compatibilidade com os princípios gerais do direito material e processual do trabalho é condição indispensável para a aplicação, tanto supletiva quanto subsidiária, do novo processo civil à relação processual trabalhista.

3. A fundamentação da sentença trabalhista

3.1. A fundamentação como mecanismo de legitimação material das decisões judiciais

A exigência de fundamentação das decisões é instrumento constitucionalmente determinado com o objetivo essencial de assegurar, tanto às partes quanto aos terceiros juridicamente interessados ou não, transparência quanto aos motivos que levaram ao convencimento do órgão julgador.

Como já afirmado, essa garantia constitucional não deve ser vista como sendo adstrita às partes da demanda, já que inclusive pessoas estranhas ao processo têm o direito subjetivo de conhecer as razões e os fundamentos levados a cabo pelo órgão julgador na tomada de decisões.

Diante desse alcance da garantia constitucional da motivação das decisões, é possível extrair a conclusão de que o disposto no art. 93, IX da CRFB/88, objetiva, antes de mais nada,

(13) Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 394.

(14) Pozzolo, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: Carbonell, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo* (s). 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 190.

(15) Em sentido contrário, Edilton Meireles sustenta a revogação do art. 769 da CLT pelo art. 15 do novo CPC. MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 44.

imprimir às decisões judiciais a legitimidade material dentro do contexto do pós-positivismo jurídico⁽¹⁶⁾.

A legitimidade formal das decisões judiciais, ou seja, aquela que decorre simplesmente pelo fato da sentença ter sido proferida por um órgão constitucionalmente investido de Jurisdição, é insuficiente para tornar uma decisão legítima.

A legitimidade material, diferentemente da meramente formal, decorre do conteúdo do ato praticado pelo órgão jurisdicional. Não se quer com isso, cumpre salientar, reconhecer que apenas a exigência de fundamentação das decisões gera, por si só, o reconhecimento da legitimidade da decisão proferida pelo órgão julgador.

A legitimação da decisão judicial é um fenômeno complexo abarcando, além de elementos exteriores como a exigência de publicidade e de motivação da decisão, aspectos inegavelmente relevantes, também, o reconhecimento da integridade do próprio ordenamento jurídico e da jurisprudência construída e consolidada pelos Tribunais.

Nada há de mais frustrante, para a parte que busca o Poder Judiciário, ter a mesma situação jurídica decidida de forma diametralmente oposta por órgãos julgadores diversos. O papel da jurisprudência assume relevante contorno com o advento do novo CPC, já que é exigido do órgão judicante, para a fundamentação da sentença, a observância de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

Uma leitura mais apressada do dispositivo poderia gerar a conclusão equivocada de que o dispositivo estaria violando a garantia de independência funcional do Poder Judiciário e de seus órgãos. Na verdade, o que pretende o legislador ordinário, ao dispor sobre a vinculação das decisões às súmulas, jurisprudências

e precedentes, é exigir que o órgão judicante aponte o fundamento pelo qual acolheu ou não determinado preceito sumulado ou consolidado nos precedentes, sem que com isso de fale em engessamento da jurisprudência.

As partes, como já afirmado anteriormente, têm o direito subjetivo de conhecer o fundamento pelo qual determinada súmula foi ou não aplicada ao caso concreto, até mesmo para que possa, por dialeticidade, demonstrar o seu inconformismo em instância superior por meio dos recursos ou outros meios de impugnação das decisões.

A fundamentação das sentenças, portanto, não deve se limitar à mera invocação de súmula, enunciado de jurisprudência, precedentes de Tribunais ou mesmo de artigo de lei, sob pena de nulidade do ato processual praticado pelo órgão julgador. Tem o dever, o magistrado, na nova sistemática processual, de apontar os motivos pelos quais foram ou não aplicadas determinadas decisões ao caso concreto.

Como já defendemos, não haverá o engessamento da jurisprudência, que é construída a partir de teses debatidas de modo dialético desde o primeiro grau de jurisdição. Diante do caso concreto, deverá o juiz apontar o fundamento pelo qual determinado enunciado de jurisprudência, súmula ou precedente foi ou não aplicado e, se for o caso de não aplicação, seja por superação social ou inconformidade da interpretação legal, reportar os motivos que levaram a formação desse convencimento, até mesmo para permitir aos Tribunais, em instância recursal, revisar o entendimento anteriormente consolidado.

Essa sistemática de fundamentação em nada colide com os princípios norteadores do processo do trabalho, nem mesmo poderia implicar a sua ineficiência pelo retardo na prestação jurisdicional. Observa-se na exigência contida no texto do art. 489, V e VI do novo CPC, um mecanismo de legitimação material das próprias decisões, permitindo que as partes ou terceiros que venham a tomar conhecimento

(16) KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXVI, n. 116, p.269-290, dez. 2009.

da decisão, conheçam os fundamentos fáticos e jurídicos que levaram determinado órgão julgador seguir ou não determinado preceito de súmula, precedente ou jurisprudência consolidada, ampliando, dessa forma, o próprio sentimento de Justiça.

3.2. Os princípios do contraditório e da ampla defesa

Associadas diretamente à fundamentação das decisões, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa assumem um papel de destaque na nova sistemática do processo civil, assegurando às partes a possibilidade de manifestação prévia sobre matérias que são cognoscíveis de ofício pelo órgão julgador, como são exemplos as questões processuais preliminares.

Nelson Nery Júnior⁽¹⁷⁾, em obra específica sobre os princípios processuais positivados na Constituição, preceitua que o direito ao contraditório deve ser compreendido em duplo viés, tanto sendo compreendida como:

(...) a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da obrigação de noticiar (*Mitteilungsplicht*) e da obrigação de informar (*Informationsplicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações.

Diante desse conceito, que conjuga dois aspectos relacionados à publicidade dos atos processuais, é possível concluir que a garantia constitucional em análise está relacionada tanto à relação havida entre as partes da demanda quanto ao liame que estas mantêm com o órgão jurisdicional.

Assegurar o contraditório, portanto, significa mais do que dar ciência à parte contrária

dos atos processuais praticados pelo adversário, mas deve incluir também a garantia da ciência dos atos praticados pelo próprio juiz no processo.

Ao ser garantido às partes o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, dando-lhes ciência para manifestação sobre os atos praticados pelo adversário e pelo juiz no processo, e oportunidade para produção de provas, garante-se a própria segurança jurídica nas relações processuais.

Fica impedida a parte de alegar, nesse sentido, de ter sido surpreendida com uma decisão judicial na qual teve plena oportunidade de se manifestar, produzir as provas, realizar requerimentos, ou seja, praticar toda a gama de atos processuais que permitam a formação do convencimento do órgão julgador.

Além do aspecto relacionado à ciência bilateral dos atos praticados no processo, destaca Antônio do Passo Cabral⁽¹⁸⁾ que a garantia do contraditório deve ser compreendida também, de modo a representar no direito moderno, a expressão do dever de colaboração das partes com o próprio Juízo.

Nesse aspecto, ao se dar ciência dos atos processuais que são praticados, devem as partes, em uma atividade de contribuição com a Justiça, trazer todos os elementos que possam conter subsídios para o julgamento da demanda⁽¹⁹⁾.

O contraditório e a ampla defesa representam, a partir de todas as perspectivas apresentadas, mecanismos constitucionais de legitimação material da própria decisão judicial, pois permitem as partes, em cooperação na busca da decisão de mérito justa e efetiva,

(17) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 210-211.

(18) CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança, validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 207.

(19) Esse dever de colaboração das partes foi positivado no novo CPC, conforme disposição expressa do art. 6º, *verbis*: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

trazer aos autos elementos aptos a formar a convicção do juiz.

Quando se analisa a atuação do magistrado, de forma independente à existência de prévia provocação das partes, o exercício do contraditório e da ampla defesa deve ser plenamente assegurado, sob pena de possível caracterização de nulidade processual, se a abreviação do procedimento causar algum prejuízo a um dos demandantes.

A necessidade de comprovação da existência de prejuízo para a declaração de nulidade processual continua a ser positivada no novo CPC. Essa condicionante deve servir como vetor interpretativo do texto da norma contida no art. 489, IV do CPC, que exige do órgão julgador o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo pelas partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada.

A leitura mais apressada do dispositivo implicaria a constatação de contradições insanáveis internas do novo CPC, inclusive com possível reconhecimento de inconstitucionalidade face à garantia fundamental da duração razoável do processo.

Certamente, em havendo a possibilidade de interpretação conforme à Constituição, afastando aquela que colide com a lei maior, deve o intérprete autêntico se valer daquela que não ofenda o texto constitucional, em seus princípios e regras.

Não se quer com o novo CPC o simples esgotamento dos argumentos lançados pelas partes em dialeticismo. O próprio diploma processual vale-se da expressão “em tese”, que deve ser compreendida como sendo limitadora desse esgotamento de argumentos. Os argumentos que devem ser considerados pelo órgão julgador, devem ser apenas aqueles que poderiam afastar a conclusão alcançada pelo órgão julgador na prolação da sentença, ou seja, argumentos relevantes para o deslinde da controvérsia litigiosa.

Argumentos acidentais ou mesmo aqueles apresentados por aquela parte cuja decisão

lhe foi favorável, não necessitam de ser enfrentados pelo julgador, seja porque não guardam nexos diretos com a conclusão levada a cabo pelo órgão julgador, ou mesmo porque não haveria qualquer prejuízo capaz de ensejar a arguição de nulidade processual pela ausência de apreciação. Não haveria, assim, qualquer violação às garantias do contraditório e da ampla defesa o seu não enfrentamento pelo intérprete autêntico.

Ainda que se entendesse que mesmo os argumentos lançados pela parte cuja decisão lhe foi desfavorável, por nós chamados de “acidentais”, deveriam ser enfrentados pelo órgão julgador, não haveria que se falar em qualquer nulidade processual da sentença em primeiro grau de jurisdição proferida que não os atacasse.

A nova sistemática do CPC mantém o efeito devolutivo amplo do recurso para instância superior contra decisão, que resolve ou não o mérito da demanda, assegurando ao TRT, no caso dos recursos ordinários, ou aos TJs e ao TRF, nas apelações, a possibilidade de apreciação de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo aquelas que não tenham sido solucionadas pelo Juízo *a quo*.

As garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa funcionam como instrumentos protetivos da coletividade e do indivíduo contra eventuais arbitrariedades praticadas pelos órgãos judicantes.

Nessa senda, é construído o entendimento de que a ausência de interesse recursal à parte para a qual não foi gerado qualquer prejuízo com a decisão e a possibilidade de recurso — com efeito devolutivo amplo — às instâncias superiores ordinárias, para aqueles cuja decisão foi desfavorável, não podem servir de mote tendente à declaração de nulidade da decisão de primeiro grau de jurisdição, que não enfrentou todos os argumentos lançados pelas partes em contraditório.

Somente a partir dessa construção hermenêutica é possível compatibilizar o disposto no

art. 489, IV do novo CPC, à garantia fundamental da duração razoável do processo.

4. Celeridade processual — a leitura do processo do trabalho à luz do direito material do trabalho e a necessidade de ponderação de interesses

A principal preocupação do processo pós-moderno, e que inclusive vem sido trazido à tona nos debates nos meios acadêmicos, está relacionada à própria justiça da decisão, que passa, além da busca pela realização do direito material, em um provimento jurisdicional com celeridade, tal como preceituado no art. 6º do novo CPC.

Seguindo essa tendência, inclusive já reconhecida no plano internacional desde 1969, com o advento do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), internalizada pelo Brasil por meio do Decreto-legislativo n. 27/92, o constituinte derivado, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, elevou à categoria de garantia fundamental o princípio da duração razoável do processo, assegurando meios para a celeridade da sua tramitação.

Sobre essa garantia fundamental, Nelson Nery Junior⁽²⁰⁾ aponta que a mesma apresenta duplo aspecto. O primeiro deles está relacionado diretamente ao tempo do processo, desde a data do ajuizamento da demanda até o momento do trânsito em julgado e um segundo associado à adoção de mecanismos alternativos para a solução dos conflitos. No nosso objeto de estudo, ganha relevância o primeiro viés tratado pelo eminente processualista paulista.

O processo judicial justo, nas lições de Dinamarco⁽²¹⁾, é aquele “composto pela efetividade

de um mínimo de garantias de meios e de resultados”, com o objetivo final de alcançar o trinômio “qualidade-tempestividade-efetividade”.

Não se pode avaliar, portanto, a justiça do processo, sem se fazer a consideração na qualidade da decisão judicial, ou seja, uma decisão proferida despida de vícios processuais e de julgamento, no tempo dispendido entre o ajuizamento da demanda e a resposta estatal e, por fim, na realização prática do direito material à situação fática apresentada.

A preocupação do jurista no paradigma pós-positivista parte, portanto, além da busca da celeridade na prestação jurisdicional, também na necessidade de aproximação entre o direito e a realidade social, em rompimento com o modelo positivista clássico no qual o direito era interpretado de forma estanque, em verdadeira contradição interna.

Quando se analisa especificamente a efetividade do processo, é mirada a realização prática do direito material, com o menor dispêndio de recursos materiais e humanos possíveis. Essas considerações remetem-nos à preocupação já apresentada por Bedaque⁽²²⁾, de compreender o processo à luz do direito material, ou seja, preocupado com a sua efetividade, e não como um fim em si mesmo.

Essa compreensão é fundamental no estudo da fundamentação da sentença trabalhista. Como já apresentado anteriormente, a relação jurídica processual do trabalho é travada, em regra, por atores sociais que ostentam condições econômicas desiguais. Para o detentor do capital, a demora da prestação jurisdicional causa menores consequências para o seu negócio do que para o trabalhador, que discute nas lides trabalhistas verbas de natureza alimentar, ligadas ao seu próprio sustento e dignidade.

(20) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 319.

(21) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I, p. 115.

(22) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 13.

Ao se exigir do órgão julgador o exaurimento de todos os argumentos lançados pelas partes, ainda que acidentais e secundários, vai de encontro com a garantia da celeridade processual, sem contar que esse retardo na prestação jurisdicional implicará maior atraso na realização prática do direito material que possui natureza alimentar.

Nesse aspecto, além das considerações já tratadas quando nos referimos à relação entre as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, o sistema de nulidades e recursos, os aspectos da duração razoável, celeridade processual e da concepção do processo como instrumento de realização do direito material, devem ser tomados em consideração pelo intérprete autêntico ao compreender os limites de aplicação do art. 489, IV do novo CPC, ao processo do trabalho.

Assim, como compatibilizar as garantias das partes ao contraditório e à ampla defesa, manifestadas no inciso IV do art. 489 do novo CPC, com outra garantia de igual envergadura constitucional, qual seja, da duração razoável do processo?

O eventual conflito entre princípio e garantias constitucionais, como bem assevera Alexy⁽²³⁾, não implica reconhecer “nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”. Somente diante do caso concreto é possível estabelecer, portanto, qual princípio deverá prevalecer na sua aplicação.

No caso específico da sentença trabalhista, o ordenamento consolidado sempre teve a preocupação por assegurar a celeridade na prestação jurisdicional. Diversas são as manifestações da CLT nesse sentido como, por exemplo, realização de audiências unas de conciliação, instrução e julgamento, sistema de irrecurribilidade imediata de decisões interlocutórias, realização da fase de execução

ex-officio, dentre outras tantas técnicas e características que tornam o processo do trabalho tão peculiar em relação ao processo civil em geral.

No campo das sentenças trabalhistas, a própria sistemática da CLT caminha rumo a celeridade processual. No caso das decisões que resolvem ou não o mérito da demanda no rito sumaríssimo, ou seja, em demandas cujo valor atribuído à causa não ultrapassam a alçada de 40 salários-mínimos, o legislador ordinário estabeleceu expressamente que na fundamentação das decisões, o órgão julgador mencionará os elementos de convicção do Juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado a elaboração do relatório.

A celeridade, assim, é pedra angular no processo do trabalho. Com a aplicação do novo CPC de forma subsidiária e não apenas de forma supletiva, como é na sistemática do art. 769 da CLT, a interpretação que deve ser dada ao disposto no art. 489, IV do CPC, deve ser no sentido de assegurar às partes o conhecimento dos fundamentos da decisão, sem se olvidar com a celeridade processual.

Ponderando, assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa de um lado e a duração razoável do processo do outro, temos que, no processo do trabalho, em razão de estarem envolvidos direitos que possuem natureza alimentar e, dessa forma, relacionados diretamente à dignidade da pessoa humana, deve se empreender a interpretação no sentido de que na elaboração da sentença trabalhista, não está adstrito o magistrado a enfrentar todos os argumentos lançados pelas partes, bastando apenas apontar os elementos fáticos e jurídicos que motivaram a decisão.

Os argumentos lançados pelas partes que devem ser enfrentados resumem-se àqueles que, em tese, possam influir no deslinde da controvérsia, ou seja, os argumentos relevantes para o processo. Afastam-se, portanto, os argumentos acessórios e acidentais que são

(23) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

incapazes de alterar a conclusão lógica na atividade de concretização do direito material.

5. Considerações finais

O processo do trabalho possui diversas peculiaridades em relação ao processo civil, em razão de tratar de forma subjacente de relações de direito material, onde são partes sujeitos de direito que ocupam posições econômicas antagônicas, sem contar que a natureza desse direito envolvido possui natureza alimentar e, portanto, indisponível.

A aplicação do novo CPC ao processo do trabalho, ainda que de forma supletiva e subsidiária, não abandona uma das exigências do art. 769 da CLT, qual seja a da existência de compatibilidade com os princípios gerais e especiais do direito material e processual do trabalho.

A aplicação do CPC deve, assim, passar pela análise da compatibilização das suas técnicas processuais com os princípios do próprio processo do trabalho, que tem por escopo realizar de forma efetiva, direitos materiais de cunho alimentar e ligados à realização da dignidade do trabalhador.

A fundamentação das sentenças trabalhistas não demanda do intérprete autêntico o exaurimento de todos os argumentos lançados pelas partes, seja em razão do aspecto instrumental do processo em si, seja, sobretudo, em decorrência da existência de efeito devolutivo amplo, que devolve aos tribunais toda matéria analisada ou não durante a instrução processual.

Reconhecer a necessidade de enfrentamento de todas as teses apresentadas pelas partes representaria manifesta possibilidade de retardo na prestação jurisdicional, o que poderia comprometer a eficiência do processo e a efetividade do direito material discutido.

Por outro lado, a necessidade de fundamentação de sentença exige, para a própria garantia da legitimação material da decisão, que o órgão julgador aponte de forma clara às partes os fundamentos pelos quais levou a aplicação de determinado entendimento, ainda

que consubstanciado em súmulas, precedentes e jurisprudência.

Não se quer com isso reconhecer o engessamento jurisprudencial. Pelo contrário, temos a convicção de que a sistemática do novo CPC permite ao juiz de primeiro grau, em situações de superação do entendimento ou mesmo de não incidência ao caso concreto, deixar de aplicar determinada jurisprudência, permitindo inclusive uma futura revisão dos precedentes pelas instâncias superiores.

A nova sistemática do CPC para a fundamentação das sentenças merece uma leitura constitucional que reconheça, com base nas garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo, a sua aplicabilidade com as devidas adequações ao processo do trabalho.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança, validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo — hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXVI, n. 116, dez. 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. *In:*

MIESSA, Élisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. 4. ed. Madri: Editorial Trota, 2009.

O novo CPC e a independência judicial

Hugo Cavalcanti Melo Filho(*)

Resumo:

- O novo Código de Processo Civil (CPC) constitui ameaça à independência judicial. Não há democracia sem Poder Judiciário independente, interna e externamente. No Brasil, alterações constitucionais e legais promovidas nas últimas duas décadas, inclusive o novo CPC, criaram barreiras à liberdade ideológico-jurisdicional da magistratura. No novo CPC sobrelevam os arts. 489, 927 e 232. O primeiro, que trata do conteúdo da sentença, não terá aplicação no processo do trabalho, seja por ausência de lacuna, seja pela flagrante incompatibilidade principiológica dele com o processo do trabalho. Os arts. 927 e 932 são inconstitucionais, por afronta aos princípios da independência judicial, do livre convencimento do magistrado e, em última análise, do devido processo legal. São, portanto, diretamente ofensivos ao inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal. A aplicação de tais dispositivos também está interdita, porque inconventionais, não resistindo à aferição de adequação vertical com tratados internacionais sobre direitos humanos que erigem a independência judicial como um deles.

Abstract:

- The new Civil Procedure Code (CPC in Portuguese) is a threat to judicial independence. There can be no democracy without an independent judicial branch, both internally and externally. In Brazil, statutory and constitutional change in the last two decades, including the new CPC, caused hindrance to the ideological and jurisdictional freedom of magistrates. Articles 489, 927 and 232 should be stressed in the new CPC. The first, which refers to the sentence content, is not applicable to labor procedure law, both for lack of a legal gap and for its principiological incompatibility. Arts. 927 and 932 are unconstitutional, for violation of the principles of judicial independence and decision-making independence and, ultimately, of the due process guarantee. They are, therefore, in breach of art. 5, section LIV, of the Brazilian Constitution. Its enforcement is also forbidden because they are unconventional, that is, not vertically compatible with international treaties on human rights, which erect judicial independence as one of them.

(*) Juiz do Trabalho Titular da 12ª Vara do Trabalho do Recife. Professor Adjunto de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Pernambuco. Professor Titular da Faculdade Marista do Recife e da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Pernambuco. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Público e em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário promovidos pelo Instituto dos Magistrados de Pernambuco. Especialista em Direito

Constitucional pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre e Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Presidente da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho. Vice-presidente do Instituto Ítalo Brasileiro de Direito do Trabalho. Vice-presidente da Associação Luso-brasileira de Juristas do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Independência — Judicial — Democracia — Processo — Incompatibilidade — Inconstitucionalidade — Inconvencionalidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Independência Judicial
 - ▶ 2.1. O exercício da jurisdição de forma livre e isenta como condição favorável à democracia
 - ▶ 2.2. A dupla dimensão da independência judicial
- ▶ 3. O fetiche da segurança jurídica e da previsibilidade
 - ▶ 3.1. Judicialização da política e protagonismo do Poder Judiciário
 - ▶ 3.2. Interferência no Judiciário
 - ▶ 3.3. O Documento n. 319 do Banco Mundial
 - ▶ 3.4. Alterações no Brasil — verticalização
- ▶ 4. Mais uma etapa — o novo CPC
 - ▶ 4.1. Decisões fundamentadas com a opinião dos outros
 - ▶ 4.2. Meros observadores
 - ▶ 4.3. Relator algemado
- ▶ 5. Inviabilidade de aplicação do art. 489 ao processo do trabalho
 - ▶ 5.1. O problema da aplicação subsidiária e supletiva do CPC
 - ▶ 5.2. Conteúdo da sentença na CLT
- ▶ 6. Inconstitucionalidade dos arts. 927 e 932 do novo CPC
- ▶ 7. Inconvencionalidade dos dispositivos analisados
 - ▶ 7.1. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade
 - ▶ 7.2. Tratados internacionais sobre direitos humanos
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 que, em março de 2016, substituiu o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 1973), começou a ser gestada em 1º.10.09, data da criação da comissão destinada “a elaborar o anteprojeto de lei de um novo Código de Processo Civil”. O trabalho da comissão deu origem ao Projeto de Lei n. 8.046/10 (apensado ao PL n. 6.025/05).

Quatro anos depois, em 26 de março de 2014, a Câmara dos Deputados concluiu a votação do PL do Código de Processo Civil, com a aprovação da redação final. O texto foi enviado ao Senado, que daria o formato final do novo código.

Em 17.12.2014 houve a aprovação do texto final pelo Senado, que seguiu para a sanção. A presidente Dilma Rousseff sancionou o novo Código de Processo Civil em 16.3.2015, que

foi publicado no Diário Oficial da União do dia seguinte. As alterações entraram em vigor dentro de um ano, contado da publicação.

O propósito declarado dos idealizadores do novo CPC foi o de dar mais celeridade às ações judiciais, a partir da ideia central de que os tribunais devem dar a mesma resposta a demandas que tratam da mesma questão jurídica, permitindo que causas semelhantes tenham uma solução mais rápida.

Pessoalmente, não acredito que isso ocorrerá, tendo em vista diversos dispositivos com potencial de retardamento acentuado dos processos. Mas não é o meu propósito examinar, aqui, esta questão, ou mesmo mencionar os aspectos que considere positivos na nova norma.

Cuidarei, aqui, especificamente, das ameaças que o novo CPC oferece à independência judicial.

2. Independência judicial

2.1. O exercício da jurisdição de forma livre e isenta como condição favorável à democracia

A democracia é a melhor maneira de governar um Estado, por assegurar direitos essenciais, liberdades e igualdade política, valorizar a paz, a autodeterminação, o desenvolvimento humano⁽¹⁾. Para que a democracia exista é necessário um Poder Judiciário independente, interna e externamente.

A independência judicial, antes de ser um privilégio do juiz, constitui-se em valor de extrema importância para a democracia. Em qualquer lugar em que se assegure a total independência do Poder Judiciário é maior a probabilidade de um regular desenvolvimento do jogo democrático, com a efetiva proteção dos direitos fundamentais e o regular controle de todos os poderes públicos. Quanto menor a subordinação do Poder Judiciário ao Poder

Político, maior é o equilíbrio institucional e democrático (GOMES, 1997:39).

Formalmente, o reconhecimento da independência judicial como requisito para a democracia e a paz, segundo informa Dallari⁽²⁾, foi feito pela Organização das Nações Unidas, por decisão de 1994. A recomendação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, feita pela Resolução n. 1994/41, foi no sentido da criação do cargo de Relator Especial sobre independência do Poder Judiciário, para que se ensinasse um mecanismo de controle encarregado de acompanhar a questão da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, especialmente no que respeita aos juízes e advogados, e ao pessoal e auxiliares da justiça, assim como à natureza dos problemas que podem menoscabar essa independência e imparcialidade⁽³⁾.

Tal recomendação foi acolhida pelo Conselho Econômico e Social da ONU, que terminou por criar o cargo sugerido.

O Relatório de Desenvolvimento Humano 2002 alertou para a necessidade de se prevenir retrocessos nas regiões que se encaminharam para regimes democráticos e defende o aprofundamento dessas democracias. Sustenta que esses objetivos políticos somente serão alcançados se forem adotadas providências que vão além do fortalecimento das instituições democráticas, como eleições livres e justas. Propõe, entre outras medidas igualmente imprescindíveis — como partidos políticos amplos e representativos, meios de comunicação éticos e sem controle governamental ou corporativo —, a defesa da independência do Poder Judiciário.⁽⁴⁾

Percebe-se que a discussão sobre a independência judicial surge, recorrentemente,

(1) Consequências desejáveis da democracia indicadas por DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Unb, p. 50. 2001.

(2) DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, p. 44. 1996

(3) *Op. cit.*, m.p.

(4) Relatório sobre desenvolvimento humano 2002. Cf. <<http://www.unpd.org.br>>. Acesso em: 29 jul. 2002.

associada às questões de liberdade, democracia e justiça social. Porque o jogo democrático depende da existência de regras pré-estabelecidas e de um poder efetivamente autônomo para exigir o seu cumprimento.

A irrestrita independência e a imparcialidade em relação às partes e aos demais poderes estão na base da divisão dos poderes. Se a função do Judiciário é controlar os demais poderes e assegurar o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos, enquanto o Poder Político mantiver qualquer tipo de ingerência na elaboração ou execução da política judicial, como na seleção e nomeação de juízes, não se pode qualificar o Estado como democrático de Direito⁽⁵⁾.

Ressalte-se que a garantia do exercício dos direitos individuais e o controle da constitucionalidade das leis são funções precípuas do Judiciário.

Nessa linha, Prillaman desenvolve interessante raciocínio. Sustenta que nos países em processo de consolidação democrática de nada valerão os progressos nos variados planos institucionais, como regularização de eleições, por exemplo, se fracassar a tentativa de redução do espaço entre o papel que o judiciário deve desempenhar e o que ele efetivamente desempenha. O autor citado critica os estudiosos que sugerem a possibilidade de consolidação democrática pela simples regularização de algumas instituições e afirma que o exercício da função jurisdicional não tem sido por eles admitido como uma instituição formal, ao menos em um sentido positivo. Para ele, em vários casos estudados, a deficiente atuação das cortes e o consequente desgaste do estado de direito, têm produzido uma cidadania incompleta.⁽⁶⁾

(5) GOMES, Luiz Flavio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38. 1997.

(6) PRILLAMAN, William. *The Judiciary and democratic decay in Latin America: declining confidence in the rule of law* [O Judiciário e a decadência democrática na América Latina: declínio da confiança no estado de direito]. Westport: Praeger, p. 171-173. 2000. Tradução livre do autor.

Guillermo O'Donnell admite que em alguns Estados, indivíduos só são cidadãos em relação a uma instituição que funciona de maneira próxima ao que as regras formais prescrevem: eleições. A cidadania estaria restrita à condição de eleitor. Quanto à total cidadania, apenas os membros de uma minoria privilegiada a usufruem. Exatamente pela falta de acesso a julgamento justo pelas cortes, quando suas liberdades básicas são negadas.⁽⁷⁾

Com efeito, onde houver relativização da independência judicial — da liberdade e da isenção no exercício da jurisdição —, a democracia será precária, ou, no limite, possivelmente deixará de existir.

1.2. A dupla dimensão da independência judicial

Fique claro que a independência judicial pressupõe a independência interna e a independência externa do magistrado⁽⁸⁾. Para ser externamente independente, o magistrado não pode estar, no ato de julgar, sequer minimamente submetido ao Poder Político. Será tanto mais independente quanto menor for sua sujeição a interferências externas. Esta é o que se denomina independência política do juiz. A liberdade de exercer a jurisdição somente se subordinando às leis constitucionalmente válidas e à sua própria consciência. Internamente independente é o juiz que não se submete às pressões que têm origem dentro da própria estrutura do Judiciário. É o juiz funcionalmente independente, que, no exercício da atividade jurisdicional não se sujeita aos órgãos de administração das Cortes, às estruturas de governo da magistratura.

A questão da independência política ou externa está intimamente relacionada com os critérios de recrutamento de juízes, que não é

(7) O'DONNELL, Guillermo. (1996). Illusions about Consolidation. In *Journal of Democracy*, v. 7, n. 2, p. 34-51, abr. 1996 [s.l.: s.n.], p. 45. Tradução livre do autor.

(8) Neste sentido, por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

objeto deste exame⁽⁹⁾. Aqui, trata-se da independência funcional ou interna.

A estrutura piramidal em que se organiza o Judiciário desfavorece a independência interna. Este problema é reproduzido na relação entre todas as instâncias. Por exemplo, os Tribunais Regionais do Trabalho praticamente não têm autonomia em relação ao Tribunal Superior do Trabalho e submetem-se às determinações, muitas vezes estranhas à competência do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho.

O propósito de domínio extrapola a esfera administrativa. Há muito, o Tribunal Superior do Trabalho vem pugnando pela observância do pragmatismo jurídico, fundado na hierarquia e na disciplina judiciária. Em fevereiro de 2003, a Quarta Turma do TST, por um dos seus integrantes e com o apoio dos demais, pronunciou-se no sentido de não ser razoável que o juiz, ou o Tribunal Regional, conhecendo a posição e a orientação pacífica do TST, decida em sentido contrário. A tese defendida é a de que os juízes têm que decidir como decide o Tribunal Superior, ainda que tenha opinião contrária.

A ideia de hierarquia e disciplina repercute na relação entre os Tribunais Regionais e os juízes de primeira instância, uma vez que aqueles esperam destes o mesmo “pragmatismo judiciário”.

3. O fetiche da segurança jurídica e da previsibilidade

3.1. Judicialização da política e protagonismo do Poder Judiciário

A crise do sistema político, que se constitui em fenômeno universal, marca o momento histórico em que aparece com vigor o protagonismo social e político do Poder Judiciário,

coincidindo com o fenômeno da deslegitimação dos poderes políticos e da crise de crença na autoridade pública.

Segundo sustenta Kazuo Watanabe⁽¹⁰⁾, houve mudanças nos escopos da ação, do processo e da jurisdição, que passaram a constituir-se em conduto importante de participação política através do Judiciário e em instrumentos de racionalização do poder político econômico e social, e de mediação dos conflitos de interesses e tensões sociais.

Obtempera Werneck Vianna que, em torno do Poder Judiciário foi criada, então, uma nova arena pública, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos, e obrigando-o a assumir a condição de instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.⁽¹¹⁾

3.2. Interferência no Judiciário

Essa mudança verificada no Judiciário, naturalmente, não tem sido operada em águas tranquilas e sob um confortável consenso. Determinados setores passaram a insuflar o seu enfraquecimento, dirigidos por interesses políticos, econômicos e ideológicos.

Com efeito, diante da explosiva fermentação social, o ativismo judicial provoca uma reação de segmentos dos outros poderes e das corporações econômicas e, porque não dizer, de setores conservadores do próprio Judiciário, desacostumados, uns e outros, a conviver com essa situação.

(9) A propósito, Melo Filho, Hugo. *A independência judicial como fenômeno positivo para a democracia: uma análise da interferência do Poder Político no recrutamento dos juízes brasileiros*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 203 p. 2002, *passim*.

(10) Cf. Kazuo Watanabe, *apud* Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. *Democracia e Acesso à Justiça*. In: *Seminários Friedrich Naumann*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997. p. 8.

(11) VIANNA, Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

E ao constituir-se em obstáculo os planos de hegemonia política que não convivem com controle de legalidade, assume o Judiciário a condição de alvo de manobras fragilizantes, que pretendem viabilizar a subordinação do Judiciário ao poder político.

O que se quer é que o magistrado, de participante da elite político-administrativa, passe a ser um técnico-perito no ajustamento da lei ao fato social, transformando-se de “construtor da ordem” em garantidor das condições de previsibilidade — a “certeza jurídica” — necessárias à expansão da vida mercantil, conforme registra Werneck Vianna⁽¹²⁾.

Manifestação eloquente desse propósito é o Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial (braço financeiro do FMI e um dos principais instrumentos de execução de políticas na qualidade de órgão responsável pela liberação de financiamentos para projetos de sua autoria) — denominado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe — elementos para reforma”, de 1996. Nele é estabelecido o roteiro para as Reformas, a partir do ponto de vista dos interesses do capital internacional. Em meio a inúmeras observações, algumas pertinentes quanto ao diagnóstico, o Banco Mundial deixa claro o que espera do capital, no tocante ao desempenho do Poder Judiciário.

3.3. O Documento n. 319 do Banco Mundial

Em junho de 1996, o Banco Mundial publicou o seu Documento Técnico n. 319 — O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe — Elementos para Reforma⁽¹³⁾, produzido nos Estados Unidos, com suporte técnico de Malcolm D. Rowat e Sri-Ram Aiyer, e pesquisa de Manning Cabrol e Bryant Garth.

O trabalho propõe um programa para a reforma do judiciário, pondo em realce o que

entende ser “os principais fatores que afetam a qualidade desse serviço, sua morosidade e natureza monopolística”, e se preordena a auxiliar “governos, pesquisadores, meio jurídico, o *staff* do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário”.

O intuito declarado é o de aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, nos países da Região, dotando o Judiciário de “transparência e previsibilidade de decisões”, para fomentar “um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos”.

O que a agência financeira internacional pretendeu, na realidade, foi redesenhar as estruturas dos Poderes Judiciários da América Latina, a partir das premissas neoliberais, com o fito de adequá-las à prevalência do mercado sobre qualquer outro valor. Aspirava a um Poder Judiciário “eficaz e funcional” como elemento “relevante ao desenvolvimento econômico”, para, de forma previsível, garantir “os direitos individuais e a propriedade”. Portanto, “o intuito da reforma é promover o desenvolvimento econômico”.

Segundo Cláudio Baldino Maciel, o objetivo é a fragilização da “expressão institucional do Poder Judiciário, tornando-o menos operante nas garantias de direitos e liberdades, desde que estejam em jogo as necessidades do capital, sobretudo do capital internacional”⁽¹⁴⁾.

Na mesma linha de raciocínio, afirma o magistrado gaúcho que “o desenvolvimento econômico é, por certo, finalidade a ser obtida pelos governos. Mas não é, decididamente, tarefa do Judiciário. O Judiciário não produz e não deve produzir desenvolvimento econômico. O Judiciário produz e deve produzir justiça”⁽¹⁵⁾.

Os técnicos do Banco Mundial procuram deixar muito claro que a reforma do Judiciário

(12) *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

(13) *Documento Técnico n. 319*. 1. ed. Washington, D.C.: Banco Mundial, jun. 1996. Tradução de Sandro Eduardo Sardá.

(14) Cf. O juiz independente no Estado Democrático. In: *Cidadania e Justiça*, ano 4, n. 8. Rio de Janeiro: AMB, 2000.

(15) *Idem*.

faz parte de um processo de redefinição do estado, para reforçar o desenvolvimento econômico, com a “definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do Judiciário tem como alvo o aumento de eficiência (...) da justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado”. Mais claro, impossível.

Arrematam os autores do Documento n. 319: “A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado (...). A reforma econômica requer um bom funcionamento do Judiciário, o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente”.

Para retirar do Judiciário sua expressão político-institucional, o referido documento apresenta três providências principais: 1) o controle externo do Judiciário; 2) a prevalência jurisprudencial da cúpula do Judiciário; e 3) a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Todas desaguando no intuito último: a limitação da ação da base da magistratura, pela verticalização do Poder Judiciário, como forma de facilitar a implantação da estrutura neoliberal, a sobredeterminação econômica que a crise do capitalismo desorganizado⁽¹⁶⁾ impõe aos países periféricos.

No presente trabalho, o interesse estará centrado no problema do balizamento jurisprudencial compulsório pela cúpula do Judiciário.

Embora não faça recomendações específicas quanto a esta necessidade, em diversas passagens o Documento n. 319 deixa evidenciada a urgência em se estabelecer limitação ao exercício da função jurisdicional pela base da magistratura. Ampliação das Cortes Supremas e prevalência da jurisprudência sumulada destas sobre as decisões das instâncias inferiores são fatores sugeridos, para o atingimento da tão decantada previsibilidade jurídica:

(16) Credite-se a expressão a OFFE, Claus *apud* CÁRCOVA, Carlos. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTr, 1996. p. 152.

“A reforma econômica requer um bom funcionamento do **Judiciário**, o qual deve **interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente**.

“Além disso, o crescimento da integração econômica entre países e regiões demanda **um judiciário com padrões internacionais**. (...) Os países membros dos mercados comuns devem ter a certeza de que as leis serão aplicadas e interpretadas de acordo com **padrões regionais e internacionais**.

“Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa que deve existir: a) **previsibilidade nos resultados dos processos** (...).

“Os programas de reforma também podem incluir **alterações** nos procedimentos administrativos e **nos códigos de processo**, para aumentar a eficiência no processamento das demandas.

“As reformas processuais demandam uma **identificação dos procedimentos que obstruem a eficiência das Cortes e causam atrasos** (...) A **imposição de pressupostos recursais estritos** apresenta-se como uma opção.” (grifei)

3.4. Alterações no Brasil — verticalização

No Brasil, as alterações constitucionais e legais, promovidas nas últimas duas décadas, seguiram as linhas gerais desenhadas naquele documento técnico, consideradas como indispensáveis para os interesses dos investidores internacionais.

É nítida a feição que o poder político quer dar ao Judiciário brasileiro, em cujos contornos sobrelevam a questão da concentração do poder na cúpula do Judiciário, notadamente com a adoção de instrumentos como a súmula vinculante, a reclamação, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e a fixação de pressupostos recursais estritos e imposição de uniformização jurisprudencial, a partir das balizas das Cortes Superiores (do que é exemplo eloquente, na esfera processual trabalhista, a Lei n. 13.015 de 2014), decisões

com repercussão geral. Implantou-se, sem maiores escrúpulos, a verticalização do Judiciário, elemento impeditivo da formação de uma magistratura democrática no Brasil.

Todas as alterações promovidas, inclusive o novo CPC, causaram e continuarão causando o engessamento da liberdade ideológico-jurisdicional da magistratura, patrimônio que corre o risco de não ser preservado.

O propósito, no dizer de Cláudio Maciel, é a construção de “um Poder Judiciário verticalizado, com acentuação da disciplina interna e afrouxamento da possibilidade de disciplinamento difuso de condutas, sobretudo no que pertine ao controle de legalidade e da constitucionalidade de leis e atos administrativos dos demais poderes”⁽¹⁷⁾.

Com efeito, um processo em pleno desenvolvimento, tendente a suprimir, tanto quanto possível, a independência dos juízes, que só se constitui em independência porque está fundada na possibilidade de dizer-se o direito com base unicamente no sistema legal e na consciência dos julgadores.⁽¹⁸⁾

4. Mais uma etapa — o novo CPC

Não há como negar que o novo Código de Processo Civil se insere no processo de supressão da independência judicial. Não poderiam ser mais eloquentes as regras dos arts. 489, § 1º, 927 e 932 da norma, que serão examinadas a seguir.

4.1. Decisões fundamentadas com a opinião dos outros

O art. 489 do novo CPC, para além das improváveis disposições dos incisos IV e V do § 1º, que obrigam o juiz a enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador e a identificar os fundamentos determinantes do enunciado de súmula, e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles

fundamentos — aspectos que não serão examinados aqui, mas cujas consequências para a celeridade processual já se anteveem — avança, sem cerimônia, sobre a independência dos juízes de primeiro e segundo graus ao dispor:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(*omissis*)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(*omissis*)

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é que, nos termos da norma, só padecerá de ausência de fundamentação, a sentença que desconsiderar os precedentes ou súmulas que forem invocados pelas partes. A ausência de invocação desobrigaria o magistrado de seguir tais parâmetros jurisprudenciais, diferentemente do que ocorrerá, como será visto, nas hipóteses previstas nos arts. 927 e 932 do CPC, que impõem a observância do balizamento jurisprudencial de instâncias superiores aos magistrados de primeiro ou segundo graus, independentemente de referência pelas partes, o que se revela ainda mais grave.

De qualquer modo, ao impor a disciplina judiciária a este ponto, a norma tolhe, por completo, a independência funcional ou interna do julgador, transformando-o em mero repetidor de entendimentos consagrados pelas instâncias superiores.

4.2. Meros observadores

Devastadoras para a independência judicial são as regras dos arts. 927 e 932 do novo CPC.

Transcrevo o primeiro deles:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

(17) *Op. cit.*, p. 71.

(18) *Ibidem*, p. 73.

- II – os enunciados de súmula vinculante;
 - III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
- (omissis)

O nefasto alcance da norma dispensa maiores comentários. Se não constituem novidades as determinações dos incisos I e II (embora, quanto a este último, haja controvérsia), os incisos II a V impõem aos magistrados limitações gravíssimas à liberdade de interpretação das normas jurídicas e das provas, vinculando suas decisões não apenas aos enunciados e súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, pois obriga os juízes de primeiro grau, ainda por cima, à obediência e à orientação do Plenário ou do órgão Especial do Tribunal ao qual se vincularem.

Isto representa, obviamente, a eliminação de qualquer espaço de construção decisória por parte do juiz, em todos os temas contemplados pelos parâmetros jurisprudenciais mencionados.

4.3. Relator algemado

Os mesmos limites são impostos, no art. 932 do novo CPC, aos relatores dos feitos, em todos os Tribunais. Vale a transcrição:

Art. 932. Incumbe ao relator:
(omissis)

- IV – negar provimento a recurso que for contrário a:
 - a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- (omissis)

Então, monocraticamente, o Relator negará provimento a recurso cujas razões contrariem súmulas e precedentes do STF e dos Tribunais Superiores (os mesmos definidos no art. 927), e dará provimento, depois de recebidas as contrarrazões do recorrido, ao recurso de enfrentar decisão que contrarie estas mesmas balizas.

Ressalte-se que o art. 557 do atual CPC permite ao relator, monocraticamente, negar seguimento a recurso que contrarie a jurisprudência, decisão que poderá ser atacada por agravo de instrumento. Aqui, o novo CPC vai muito além, ao atribuir ao relator competência para negar ou dar provimento aos recursos.

5. Inviabilidade de aplicação do art. 489 ao processo do trabalho

5.1. O problema da aplicação subsidiária e supletiva do CPC

O novo CPC traz, em seu art. 15, uma disposição que tem gerado controvérsia entre os doutrinadores:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

A questão central está na distinção entre aplicação supletiva e subsidiária do direito processual civil ao processo do trabalho. A rigor, a

aplicação subsidiária não é motivo de maiores discussões, porque, há muito, admitida pelo art. 769 da CLT. Neste dispositivo, exige-se, para a aplicação subsidiária, a omissão da norma processual trabalhista e a compatibilidade da norma processual civil a ser aplicada com o processo do trabalho.

O problema está em que alguns doutrinadores têm manifestado a opinião de que tais requisitos seriam exigíveis, apenas, no caso de aplicação subsidiária, e não de aplicação supletiva. Quer dizer que, neste último caso, não haveria falar em aferição de compatibilidade das normas de processo civil com o processo do trabalho.

Diga-se, inicialmente, que as disposições do art. 15 do novo CPC, de acordo com o princípio da especialidade, não têm o condão de revogar os arts. 769 e 889 da CLT, simplesmente porque estes se constituem em normas especiais, específicas do processo do trabalho, e o novo CPC é norma geral.

Por outro lado, não faria sentido admitir a aplicação supletiva no novo CPC, portanto nos casos de incompletude da norma processual trabalhista, a despeito da incompatibilidade com os princípios que norteiam o processo do trabalho.

Assim, não há como negar razão ao professor Mauro Schiavi⁽¹⁹⁾:

O art. 15 do novel CPC não contraria os art. 769 e 889, da CLT. Ao contrário, com eles se harmoniza. Desse modo, conjugando-se o art. 15 do CPC com os arts. 769 e 889, da CLT, temos que o CPC se aplica ao processo do trabalho da seguinte forma: supletiva e subsidiariamente, nas omissões da legislação processual trabalhista, desde que compatível com os princípios e singularidades do processo trabalhista.

(19) *Novo Código de Processo Civil*: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Por último, há de se compreender, com o brilhante jurista Luciano Athayde Chaves, que não é suficiente a lacuna normativa que autorizam a aplicação subsidiária ou supletiva:

“Examinando uma série importante de classificações sobre o tema, concluiu Maria Helena Diniz pela síntese do problema das lacunas, a partir da dimensão do sistema jurídico (fatos, valores e normas), numa tríplice e didática classificação: lacunas normativas, axiológicas e ontológicas. As lacunas normativas estampam ausência de norma sobre determinado caso, conceito que se aproxima das lacunas primárias de Engisch. As lacunas ontológicas têm lugar mesmo quando presente uma norma jurídica a regular a situação ou caso concreto, desde que tal norma não estabeleça mais isomorfia ou correspondência com os fatos sociais, com o progresso técnico, que produziram o envelhecimento, ‘o ancilossamento da norma positiva’ em questão. As lacunas axiológicas também sucedem quando existe um dispositivo legal aplicável ao caso, mas se aplicado, ‘produzirá uma solução insatisfatória ou injusta.’”⁽²⁰⁾

5.2. Conteúdo da sentença na CLT

À luz das considerações feitas no tópico anterior é de ser examinada a aplicação do art. 489 do CPC ao processo do trabalho.

Diga-se, de pronto, que não há lacuna normativa no caso vertente, em face da disposição do art. 832 da CLT que, evidentemente, indica todos os elementos que devem conter a sentença trabalhista:

Art. 832 – Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

(20) CHAVES, Luciano Athayde. *Direito processual do trabalho*: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007. p. 68-69.

§ 2º A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

§ 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a **natureza jurídica das parcelas constantes da condenação** ou do acordo homologado, inclusive o limite de **responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária**, se for o caso.

(omissis) (grifei)

Na mesma linha, não se pode falar em ausência de isomorfia com os fatos sociais, a evidenciar lacuna ontológica, e, muito menos, admitir que o dispositivo do art. 489 do novo CPC produzirá solução mais satisfatória ou justa (lacuna axiológica) do que a norma do art. 832 da CLT, uma vez que, como já examinado, obriga o juiz a enfrentar argumentos irrelevantes, desde que deduzidos no processo, a identificar os fundamentos determinantes do enunciado de súmula e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, e, principalmente, atenta contra a independência dos juízes.

Ainda que lacuna houvesse, a incompatibilidade das disposições do art. 489 do novo CPC com os princípios que presidem o processo, em geral, e o processo do trabalho, em particular, é gritante, como, por exemplo, princípio da imparcialidade do juiz (independência judicial); princípio da motivação das decisões; princípio do devido processo legal (o tema será apreciado, detalhadamente, a seguir); princípio da razoabilidade da duração do processo; princípio do ativismo judicial; princípio da economia processual; princípio da simplificação procedimental; princípio da celeridade, da informalidade e simplicidade do processo do trabalho⁽²¹⁾.

Por todas as razões até aqui aduzidas, não é viável a aplicação do art. 489 do novo CPC ao processo do trabalho.

(21) Sigo, aqui, a classificação de CARVALHO FILHO, Renato Sabino. *Direito Processual do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 35-46.

6. Inconstitucionalidade dos arts. 927 e 932 do novo CPC

A independência judicial é estabelecida constitucionalmente em duas vertentes: objetivamente, relacionada ao Judiciário como Poder do Estado, como instituição, consoante art. 2º da Carta Magna; e subjetivamente, em relação aos membros do Poder Judiciário, os juízes.

No direito comparado, encontraremos Constituições (v.g, Alemanha e Itália) que afirmam, expressamente, o princípio da independência judicial, indicando que o juiz só está submetido ao Direito. No Brasil, a Constituição não a explicita na Carta Política.

A rigor, entre nós, o princípio da independência judicial foi hospedado pela Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, que impõe a independência judicial como um dos deveres do magistrado.

Isso não quer significar que a Constituição seja alheia à independência judicial. Ela decorre, implicitamente, da própria natureza da função judicial e se funda no princípio do devido processo legal, o que lhe atribui força de preceito constitucional.

Conforme leciona Isabella Carvalho⁽²²⁾, o princípio do livre convencimento do juiz — ou princípio da independência das decisões — confere ao magistrado liberdade para embasar suas decisões, dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada, cabendo ao mesmo, ainda, decidir a lide à luz das provas e argumentos colacionados durante a instrução processual.

“Assim, o princípio do livre convencimento do juiz não dispõe de uma solução apriorística para as situações, pois cada litígio, em particular, será resolvido pelo magistrado, segundo o seu entendimento, sem muitas barreiras ou rigorosos conselhos legais.

(22) CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. *A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz*. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Logo, a liberdade conferida ao magistrado constitui-se em premissa básica no sistema brasileiro, devendo o magistrado possuir extensa abertura para a formação do seu convencimento, interpretando a totalidade do ordenamento jurídico com ampla liberdade.”⁽²³⁾

Disso não destoa o Professor José Rogério Cruz e Tucci:

[...] sem a incumbência de ater-se a um esquema rígido ditado pela lei (sistema da prova legal), o juiz monocrático, bem como o órgão colegiado, ao realizar o exame crítico dos elementos probatórios, tem a faculdade de apreciá-los livremente, para chegar à solução que lhe parecer mais justa quanto à vertente fática.⁽²⁴⁾

De fato, cabe ao juiz formar o seu convencimento de forma livre e decidir segundo o seu convencimento, apreciando a prova com absoluta autonomia e, principalmente, dando à ordem jurídica a interpretação que lhe parecer adequada, com total independência. É dada ao juiz a liberdade para construir a solução do litígio, após se convencer quanto ao direito das partes.

Isto porque a persuasão racional está rigorosamente contida no princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Assim sendo, ao tolher-se a aplicação do livre convencimento motivado, estar-se-ia a ferir de morte o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e, em decorrência, o próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). É a razão porque a persuasão racional, nos moldes circunscritos pelo art. 131 do CPC e art. 93, inciso IX da CF, consiste num direito fundamental do cidadão.⁽²⁵⁾

Como visto anteriormente, a Organização das Nações Unidas (ONU) vem atuando no sentido de realçar a independência dos juizes, com destaque para dois documentos produzidos: *Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário* e *Princípios de Bangalore sobre a Conduta Judicial*.

Em relação ao primeiro texto, cumpre ressaltar o seguinte princípio: “os juizes devem decidir todos os casos que lhes sejam submetidos com imparcialidade, baseando-se nos fatos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições e sem quaisquer outras influências, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, sejam diretas ou indiretas, de qualquer setor ou por qualquer motivo”. Já em relação ao segundo, os seguintes: “a independência judicial é um pré-requisito do princípio da legalidade e uma garantia fundamental da existência de um julgamento justo. Em consequência disso, um juiz deverá defender e demonstrar a independência judicial tanto em seus aspectos individuais como institucionais; o juiz deverá exercer sua função judicial de forma independente, partindo de sua avaliação dos fatos e em virtude de uma compreensão consciente da lei, livre de qualquer influência externa, de induções, pressões, ameaças ou interferências, sejam diretas ou indiretas, provenientes de qualquer fonte ou por qualquer razão.”⁽²⁶⁾

Em arremate, a opinião de Isabella Carvalho: O magistrado é quem deve traçar a direção a seguir para a formação do seu convencimento, analisando caso a caso, já que o Direito não é uma ciência exata. Ele deve ter preservada a sua autonomia intelectual, evitando assim retirar-lhe o

(23) *Op. cit.*

(24) TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 16.

(25) MANOEL, Márcia dos Anjos. (2014) *O Princípio do livre convencimento motivado como consectário do devido processo legal no Estado democrático de direito*.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-do-livre-convencimento-motivado-como-consectario-do-devido-processo-legal-no-estado-democratico-de,50389.html>>. Acesso em: 12 dez. 15.

(26) Cf. LIMA JÚNIOR (Org.). *Independência dos Juizes no Brasil* — Aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Bagaço, 2005. p. 223-233.

seu entendimento, a sua aptidão de observação, o seu desempenho interpretativo, a sua função social, para que o mesmo tenha garantida toda a sua essência profissional. [...] a remoção de sua função jurisdicional, afronta de forma incalculável e danosa todo o sistema jurídico pátrio, principalmente o constitucional e o processual, restando como principais prejudicados os próprios jurisdicionados.⁽²⁷⁾

Assim é que ao impor aos magistrados a observância da jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos tribunais aos quais se vincula o magistrado, as disposições dos arts. 927 e 932 do CPC afrontam os princípios da independência judicial, do livre convencimento do magistrado e, em última análise, do devido processo legal, restando, pois, manifestamente inconstitucionais, por ofensa direta ao inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal.

7. Inconvencionalidade dos dispositivos analisados

Ainda que se não reconhecesse a inconstitucionalidade dos arts. 927 e 932 do novo CPC, a aplicação de tais dispositivos estaria interdita, uma vez que se revelam claramente inconvencionais, não resistindo, assim, à aferição de adequação vertical com tratados internacionais sobre direitos humanos que erigem a independência judicial como um deles.

Em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o status de supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos e trouxe à baila, como consequência inevitável, a discussão sobre o controle de convencionalidade das normas jurídicas em nosso país.

Prevaleceu, no julgamento, o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, que fora externado já em novembro de 2006, no sentido de que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos [Pacto

Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José da Costa Rica] lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna”⁽²⁸⁾.

7.1. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade

Valério Mazzuoli afirma que “o sistema brasileiro de controle da produção normativa doméstica também conta (especialmente depois da EC n. 45/04) com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis (para além do clássico controle de constitucionalidade) e ainda com um controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais”⁽²⁹⁾.

A rigor, de acordo com a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, o que passou a haver foi a necessidade de dupla compatibilidade vertical material, como propõe Luiz Flávio Gomes. Segundo ele, “toda lei ordinária, doravante, para ser válida, deve (então) contar com dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a CF/88, assim como com os tratados de direitos humanos. Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (CF/88 ou tratados), não vale (não conta com eficácia prática). A norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior (como diria o Min. Gilmar Mendes)”. Vê-se, pois, que, como corolário, impõe-se um duplo controle de verticalidade: o de constitucionalidade, pelo qual é aferida a compatibilidade do texto legal com a Constituição, e outro de convencionalidade, para o exame da compatibilidade da lei com os tratados de direitos humanos.

(28) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE n. 466.343*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Vários acessos.

(29) MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

(27) *Op. cit.*

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o controle de convencionalidade foi aplicado, pela primeira vez, no Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 26 de setembro de 2006⁽³⁰⁾.

No mesmo ano, a Corte ampliou a relevância do controle de convencionalidade, indicando a necessidade de os órgãos jurisdicionais nacionais promove-lo, de ofício, ao julgar o caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*⁽³¹⁾.

7.2. Tratados internacionais sobre direitos humanos

Para demonstrar a inconvenção das disposições dos arts. 927 e 932 do novo CPC, bastaria transcrever o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁽³²⁾:

Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal **independente** e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. [grifei]

Na mesma linha, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)⁽³³⁾:

Art. 8º Garantias judiciais

(30) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Diversos acessos.

(31) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Vários acessos.

(32) Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dereitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Vários acessos.

(33) Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/instrumentos>>. Vários acessos.

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por **um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, **trabalhista**, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Já restou demonstrado que os arts. 927 e 932 do novo CPC, uma vez observados, retirarão a independência judicial funcional ou interna, que consiste, em última análise, em o magistrado não sofrer qualquer influência ou sobredeterminação quanto ao conteúdo de suas decisões, garantindo-se-lhe formar o seu convencimento de forma livre e decidir segundo o seu convencimento, apreciando a prova com absoluta autonomia e, principalmente, dando à ordem jurídica a interpretação que lhe parecer adequada.

Então, dada a incompatibilidade da lei com os tratados de direitos humanos trazidos à baila, estes imporão a paralisação da eficácia da norma inferior, o novo Código de Processo Civil.

8. Considerações finais

O propósito deste trabalho foi demonstrar que o novo CPC, para além de diversos dispositivos com potencial de retardamento acentuado dos processos, constitui perigosa ameaça à independência judicial.

Ocorre que, para que a democracia exista — e, aqui se assume a democracia como a melhor maneira de governar um Estado — é necessário um Poder Judiciário independente, interna e externamente.

Para ser externamente independente, o magistrado não pode estar, no ato de julgar, sequer, minimamente submetido ao Poder Político. É de se assegurar ao juiz a liberdade de exercer a jurisdição somente se subordinando às leis constitucionalmente válidas e à sua própria consciência. Internamente independente é o juiz que não se submete às pressões que têm origem dentro da própria estrutura do Judiciário.

Mas o Poder Judiciário, ao se constituir em obstáculo aos determinados planos de hegemonia política, torna-se alvo de manobras fragilizantes, que pretendem viabilizar a subordinação do Judiciário ao poder político e a transformação do magistrado, de participante da elite político-administrativa, em um técnico-perito no ajustamento da lei ao fato social.

Manifestação eloquente desse propósito é o Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial, que estabelece o roteiro para as Reformas do Sistema Judicial na América Latina e no Caribe, a partir do ponto de vista dos interesses do capital internacional.

Embora não faça recomendações específicas quanto a esta necessidade, em diversas passagens, o Documento n. 319 deixa evidenciada a urgência em se estabelecer limitação ao exercício da função jurisdicional pela base da magistratura. A prevalência da jurisprudência sumulada das Cortes Superiores sobre as decisões das instâncias inferiores são fatores sugeridos.

No Brasil, as alterações constitucionais e legais promovidas nas últimas duas décadas, inclusive o novo CPC, seguiram as linhas gerais desenhadas naquele documento técnico, causaram o engessamento da liberdade ideológico-jurisdicional da magistratura, patrimônio que corre o risco de não ser preservado.

No que concerne a ameaças à independência judicial, sobrelevam, no novo Código, os arts. 489, 927 e 232. O primeiro, que trata do conteúdo da sentença, não terá aplicação no processo do trabalho, seja por ausência de lacuna normativa (art. 832 da CLT), ontológica ou axiológica, seja por sua flagrante incompatibilidade principiológica com o processo do trabalho.

Os arts. 927 e 932 do novo CPC, por seu turno, ao imporem a observância do balizamento jurisprudencial das Cortes Superiores e dos Tribunais aos quais se vincula o magistrado, pretende retirar-lhe a independência judicial funcional ou interna, que consiste, em última

análise, em o magistrado não sofrer qualquer influência ou sobredeterminação quanto ao conteúdo de suas decisões, garantindo-se-lhe formar o seu convencimento de forma livre e decidir segundo o seu convencimento, apreciando a prova com absoluta autonomia e, principalmente, dando à ordem jurídica a interpretação que lhe parecer adequada.

Esta feição dos artigos examinados termina por eivá-los de inconstitucionalidade, por afronta aos princípios da independência judicial, do livre convencimento do magistrado e, em última análise, do devido processo legal, restando, portanto, diretamente ofensivos ao inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal.

E ainda que se não reconheça a inconstitucionalidade dos arts. 927 e 932 do novo CPC, a aplicação de tais dispositivos está interdita, uma vez que se revelam claramente inconvenientes, não resistindo, assim, à aferição de adequação vertical com tratados internacionais sobre direitos humanos que erigem a independência judicial como um deles.

9. Referências bibliográficas

BANCO MUNDIAL. (1996). *Documento Técnico n. 319*. 1. ed. Washington D.C.: Banco Mundial, jun. 1996. Tradução de Sandro Eduardo Sardá.

BRASIL (1943). *Consolidação das Leis do Trabalho*.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF.

BRASIL (1973). Congresso Nacional. *Lei n. 5.869/73*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Vários acessos.

BRASIL (2015). Congresso Nacional. *Lei n. 13.105/15*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Vários acessos.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6.025/05. Ficha de tramitação*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Vários acessos.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 8.046/10. Ficha de tramitação*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Vários acessos.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE n. 466.343*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Vários acessos.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Direito, política e magistratura*. Trad. Rogério Coelho e Marcelo Coelho. São Paulo : LTr, 1996.

CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. (2008) *A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Democracia e Acesso à Justiça. Seminários Friedrich Naumann/IUPERJ* 5. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997.

CARVALHO FILHO, Renato Sabino. *Direito Processual do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2012.

CHAVES, Luciano Athayde. *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Diversos acessos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos . *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Vários acessos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dereitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Vários acessos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/instrumentos>>. Vários acessos.

DAHL, Robert Alan. . *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Luiz Flavio. *A questão do controle externo do Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli “versus” STF*. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

LIMA JÚNIOR (Org.). *Independência dos Juizes no Brasil — Aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: Bargaço, 2005.

MACIEL, Cláudio Baldino. O juiz independente no Estado Democrático. In: *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2000, v. 4, n. 8.

MANOEL, Márcia dos Anjos. *O Princípio do livre convencimento motivado como consectário do devido processo legal no Estado democrático de direito*. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-do-livre-convencimento-motivado-como-consecutario-do-devido-processo-legal-no-estado-democratico-de,50389.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O'DONNELL, Guillermo. Ilusions about Consolidation. In: *Journal of Democracy*, 1996, v. 7, n. 2, abr/1996, p. 34-51. [s.l:s.n].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório sobre desenvolvimento humano 2002*. 2002. Cf.: <<http://www.unpd.org.br>>. Acesso em: 29 jul. 2002.

PRILLAMAN, William. *The Judiciary and democratic decay in Latin America: declining confidence in the rule of law* [O Judiciário e a decadência democrática na América Latina: declínio da confiança no estado de direito]. Westport: Praeger, 2000.

SCHIAVI, Mauro. *Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho*. 2015. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

WERNECK VIANNA, Luiz et alii. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Breve ensaio^(*) em defesa da “fundamentação exauriente^(**)”

Patrícia V. de Medeiros Ribeiro^(***)

Resumo:

- ▶ Breve ensaio em defesa da “fundamentação exauriente” contida no art. 489 do novo CPC a partir da atual concepção de juridicidade e sua correlata racionalidade prática, bem como de seus novos pressupostos metodológicos.

Abstract:

- ▶ Short essay in defense of “exauriente reasons” in article 489 of the new CPC from the current conception of legality and its related practical rationality, as well as their new methodological assumptions.

Palavras-chave:

- ▶ Fundamentação exauriente — Novo CPC — Decisão judicial — Teoria da decisão — Racionalidade jurídica prática — Processo do trabalho.

Key-words:

- ▶ Exauriente reasons — New CPC — Court decision — Decision theory — Legal practice rationality — Procedural labor law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Intróito
- ▶ 2. O modelo processual cooperativo
- ▶ 3. A atual concepção de juridicidade e sua correlata racionalidade prática
- ▶ 4. Novos escopos: o do maior rendimento possível e o da decisão judicial atrelada à realidade fática subjacente à causa

(*) Reflexões preambulares para ensaio conclusivo a ser publicado em Obra Coletiva.

(**) Adotamos *exauriente* e não *exaustiva* como preferem alguns, pois *exaustivo* é a qualidade daquele que esgota ou se destina a esgotar, que abrange até os mínimos pormenores/ou é extremamente fatigante; já *exauriente* não possui essa segunda conotação pejorativa.

(***) Juíza Titular de Vara do Trabalho na Capital do Rio de Janeiro. Doutoranda em Ciências Jurídicas Filosóficas (“Teoria da Decisão”) pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Portugal. Especialista em Processo pela Universidade Clássica de Lisboa, Portugal. Professora Licenciada de Direito Processual Civil (Escola Judicial-EJ1). Sócia Honorária da Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

- ▶ 5. Possui novos pressupostos metodológicos — a superação da dicotomia *questão de fato x questão de direito* e o caso concreto como *prius* metódico
- ▶ 6. O princípio da boa-fé como norteador da interpretação da decisão judicial
- ▶ 7. Conclusão
- ▶ 8. Referências bibliográficas

“O Fundamento justifica uma conclusão racionalmente plausível, mas não me propõe uma solução ou tipo de solução, não me dispensando, assim, do esforço discursivo de a obter...”

Aroso Linhares⁽¹⁾

1. Intróito

Na contramão da grande maioria de meus colegas, tentarei por meio desse breve ensaio defender a aplicabilidade plena do art. 489 do novo CPC⁽²⁾, inclusive no processo do trabalho.

Inicialmente, impera lembrar que a redação inicial⁽³⁾ era menos minuciosa, mas já pressagiava a tão combatida “fundamentação analítica”: *“Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou*

princípios colidentes (Anteprojeto, parágrafo único, art. 477 do CPC)”.

Cremos que a interpretação do combatido dispositivo⁽⁴⁾ não pode dispensar a prévia análise de suas balizas, uma vez que o NCPC rompe com antigos paradigmas, pois: I) Adota um novo modelo processual: *o modelo processual cooperativo*; II) Acolhe a atual concepção de juridicidade e sua correlata racionalidade prática; III) Possui novos escopos: *o do maior rendimento possível e o da decisão judicial atrelada à realidade fática subjacente à causa*; IV) Possui novos pressupostos metodológicos: *a superação da dicotomia questão de fato x questão de direito e o caso concreto como prius*

(4) Estatui o artigo n. 489 do NCP (*omissis*) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

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

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

(1) Anotação pessoal extraída das orientações concedidas pelo Professor Doutor Aroso Linhares (Gabinete da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2009).

(2) Doravante referido como NCPC.

(3) (Anteprojeto do novo Código de Processo Civil Senado Federal, Brasília, 2010.) O novo CPC teve sua tramitação inicial quando da apresentação ao Congresso Nacional do *Anteprojeto* de novo Código de Processo Civil preparado por uma Comissão de Juristas instaurada em 30.9.2009. O texto final foi aprovado em 17 de dezembro de 2014 no Senado Federal e enviado à sanção presidencial em 24 de fevereiro de 2015, tendo sido sancionado em 16 de março de 2015 (sobre as passagens, alterações e comissões constituídas, *vide* NUNES, Dierle. *CPC Referenciado — Lei n. 13.105/2015*. Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

metódico; e V) Estabelece um balizador⁽⁵⁾: *O princípio da boa-fé como norteador da interpretação da decisão judicial.*

2. Adota um novo modelo processual — o modelo processual cooperativo

“Il processo, così, si caratterizza per la garanzia della effettiva possibilità che le parti hanno di partecipare all’incrocio delle attività mediante le quali ciascuna [...] offre all’altra (o dalle altre) ed al giudice i dati, le idee, le ragioni che ritiene meglio rappresentino i propri interessi ed interloquisce sui dati, le idee, le ragioni proveniente dall’altra (o delle altre parti), consentendo, in tal modo, al giudice di cogliere, nella dialettica delle parti contrapposte che si confrontano ed intervengono con iniziative di tipo assertivo, argomentativo e probatorio, gli elementi per il proprio convincimento. Così, la ricostruzione delle vicende si cui controverte e l’acquisizione probatoria sono la risultante di uno sforzo cooperativo comune.” (grifo nosso) Baldassare Pastore⁽⁶⁾.

A relação entre partes e juiz na *cognição, instrução e julgamento* da causa representa o norte do modelo processual adotado por um sistema judicial.

Um novo vislumbre eclodiu a partir dos anos cinquenta do século passado, ocasião em que revigoraram os estudos da lógica jurídica e foi revitalizado o *sentido problemático do direito*⁽⁷⁾.

O sistema processual⁽⁸⁾ que durante o liberalismo privilegiou o papel das partes e que,

após os grandes movimentos reformistas, implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz⁽⁹⁾, passa atualmente, a garantir um efetivo diálogo e uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais⁽¹⁰⁾.

Em outras palavras, em lugar de um processo inquisitório ou de um processo totalmente dominado pelas partes, esse novo modelo defende um atuar crítico, construtivo e participativo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo-se antes da decisão todas as suas razões⁽¹¹⁾. Trata-se da adoção do *modelo processual cooperativo*⁽¹²⁾,

externo de solucionar conflitos. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

(9) Realça PESSOA VAZ: “E embora a transição do processo liberal e privatístico que acaba de referir-se para o processo ‘social e publicístico’ do nosso tempo seja absolutamente manifesta e assuma, nos planos jurídico-político, cultural e dogmático, as proporções de uma autêntica ‘viragem ideológica’ do *Rechtsstaat* (Estado de Direito) para o *sozialer Rechtsstaat* (Estado Social de Direito), (...) levaram a doutrina e as legislações positivas a uma relativa imprecisão e inflexibilidade de conceitos técnicos e dogmáticos (...) pelo que, *apenas como ponto de partida técnico e metodológico* (...) são de assinalar e considerar ‘dois sistemas extremos’ e contrapostos consubstanciados nas duas alternativas lógicas e sistemáticas, típicas do supracitado *binômio ‘princípio dispositivo — princípio inquisitório’* (em sentido amplo e em sentido técnico).” PESSOA VAZ, Alexandre Mario. *Direito Processual Civil — do antigo ao Novo Código — novas tecnologias a serviço da justiça*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 316.

(10) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, n. 1.091, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-processo-justo-e-contraditorio-dinamico>>.

(11) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Ensaio destinado ao livro em homenagem à memória do Professor venezuelano José Rodríguez Urraca. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto276.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2004.

(12) Vem predominando hoje no apogeu do processo pós-moderno o que se convencionou chamar da *máxima cooperação*. Vislumbra-se hodiernamente uma participação colaborativa entre partes e juiz tanto na condução do processo como na obtenção de seu resultado.

(5) Ou um “salvo-conduto” para aqueles que se sentiram “prisioneiros das amarras” impostas pelo novo Código.

(6) PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica, un Aprocchio Ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 223-224.

(7) Exatamente quando eclodiram os conflitos de valoração e de princípios e mais fluidos se tornaram os conceitos. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A Garantia do Contraditório*, op. cit., p. 677

(8) Sistema Processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo

em substituição aos modelos *dispositivo e inquisitório/inquisitivo*.

O NCPC adotou tal modelo.

Sob esse novo paradigma, o diálogo judicial na *formação do juízo* se frutifica na cooperação das partes com o juiz e vice-versa, substituindo-se assim a posição de oposição e confronto entre os sujeitos processuais. Há um permanente concurso de atividades dos sujeitos processuais com ampla colaboração, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa.

O contraditório passa a ser compreendido de maneira renovada, cuja efetividade/observância não significa mais o simples debate das questões entre as partes, mas sim o real exercício do *direito de defesa para fins de construção do convencimento do juiz*.⁽¹³⁾ É o contraditório em sua *dimensão substancial*, o denominado *contraditório material*, guindado a elemento normativo estrutural da participação⁽¹⁴⁾.

Nessa perspectiva, o contraditório implica a utilização de um método dialético na busca da verdade processual, especializando internamente um modo de controle recíproco dos riscos e abusos processuais, contribuindo para legitimar o exercício da jurisdição perante a sociedade⁽¹⁵⁾.

A liberdade que era concedida ao juiz na escolha da norma aplicável independentemente da invocada pela parte, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não pode mais dispensar a prévia oitiva das partes. Conforme alerta Comoglio, antes de chegar a uma decisão *“della terza via”*, ou a uma *“sentenza a sorpresa”*, baseada em uma qualificação jurídica totalmente diferente da proposta e discutida pelas partes, deve o juiz permitir que

as partes dialoguem e discutam em um prévio contraditório perante ele.⁽¹⁶⁾

Desse modo, “o contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (FERRI, 1988. p. 781-782). Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício⁽¹⁷⁾”.

O diálogo judicial e a cooperação preconizados, transmudam-se, dentro dessa perspectiva, em verdadeira garantia de democratização do processo, a evitar que o poder do órgão judicial “redunde em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso⁽¹⁸⁾”.

É rechaçado, assim, o solipsismo.

3. Acolhe a atual concepção de juridicidade⁽¹⁹⁾ e sua correlata racionalidade prática

“Uma posição ou conclusão diz-se assim racional quando é sustentável pela referência a certos pressupostos, através de uma mediação estruturada de pensamento — quando deste

(13) CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 127

(14) Vide, a respeito, COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, p. 101, abr./jun. 1998.

(15) CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001., p. 127.

(16) Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. *Rivista di Diritto processuale*. Milano: Giuffrè, 1977. p. 70.

(17) THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

(18) Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e Processo de conhecimento. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, 1999. Também em OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A Garantia do Contraditório. *Genesis Revista de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 10, p. 667-680, out./dez.1998.

(19) Aquilo que faz algo ser jurídico.

modo manifesta a sua *razão de ser*. Por isso a antítese da *razão* têm-na na *intuição* e na *emoção*, enquanto atitudes vivenciadas sem medição pelo pensamento e o seu discurso e, portanto, também sem pressupostos de fundamentação ou justificação — que o mesmo é dizer, sem *validade* (ou pretensão de validade) transsubjectiva ou objectiva [...]” NEVES, Castanheira.⁽²⁰⁾

A adoção de uma teoria jurídica e sua correlata concepção de juridicidade tem sérias implicações na prática jurídica e nas posturas interpretativas que o juiz possa adotar diante de um caso em concreto, pois as teorias do direito tratam de *discursos sobre os fundamentos do direito*, vale dizer, sobre aquilo que faz algo ser jurídico, *i.e.*, *concepções de juridicidade*⁽²¹⁾.

A *ampliação da normatividade*⁽²²⁾, mormente em razão do reconhecimento da força normativa dos princípios⁽²³⁾, fez com que a

racionalidade jurídica que considerava o direito como um objeto a ser conhecido, deixasse de ser *teorética* (normativa-dogmática) e passasse a ser *prática*, seja de sentido substancial (hermenêutica e teleológica) ou prática de sentido procedimental (tópico-retórica e argumentativa), a considerar o direito como validade.

E essa nova racionalidade jurídica *prática*⁽²⁴⁾ (e não mais uma racionalidade lógica⁽²⁵⁾ — que se limita à compatibilidade — ou teorética⁽²⁶⁾ — que se realiza numa referência meramente objetiva), tem que ser realizada em uma atividade comunicativa, numa relação entre sujeitos conforme o *esquema sujeito/sujeito* e não conforme o esquema sujeito/objeto, pois o objeto não é mais passível de ser conhecido aprioristicamente e tampouco fora de seus referentes: só diante do caso concreto será possível determinar o *âmbito de sua relevância* jurídica⁽²⁷⁾. O objeto cognoscível (caso concreto/problema) somente conseguirá ser devidamente apreendido quando trazido pelos sujeitos em sua amplitude e numa relação entre sujeitos, conforme o *esquema sujeito/sujeito*,

efetivação dos princípios em sua máxima extensão possível; (c) os princípios não são aplicados na base do tudo ou nada, pois o seu cumprimento está condicionado à ocorrência dos pressupostos fáticos e jurídicos que permitam a sua otimização máxima. Acredito que esses pressupostos básicos são suficientes para os fins aqui propostos”.

(20) NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 34-35.

(21) BUSTAMANTE, Thomas. *Hermenêutica e Teorias da Argumentação*. Brasília: ENAMAT, 2014.

(22) O próprio NCPC não mais restringe a lei como referente único de normatividade/juridicidade: *v.g.*, art. 140: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do *ordenamento jurídico*” (grifo nosso). Assim também: “Ao aplicar o *ordenamento jurídico*, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (art. 8º), dentre outros.

(23) MARMELESTEIN, George, por todos, citando Humberto ÁVILA, in “A Difícil Arte de Ponderar o Imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores”. “Para os fins aqui pretendidos, basta utilizar alguns pressupostos menos polêmicos em torno da natureza dos princípios, que se incorporaram ao discurso jurídico brasileiro a partir das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ei-los: (a) os princípios, dado o seu caráter normativo, podem servir com fundamento das decisões judiciais; (b) os princípios são normas jurídicas que não descrevem uma situação fática ou prevêem uma consequência específica para o seu descumprimento, mas apenas indicam diretrizes axiológicas e teleológicas a serem seguidas, cabendo aos juristas se esforçarem para construir soluções concretas que proporcionem a

(24) O pensamento jurídico tem sido convocado a solucionar *problemas* práticos em uma atitude *prático-jurisprudencial*, vale dizer, entendendo-se o direito como problema de uma validade problemático-judicativamente realizada, e não como um objeto a ser conhecido dogmática ou analiticamente. NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, op.cit.*, p. 71.

(25) Racionalidade de pura discursividade.

(26) Racionalidade de um discurso de referência objetiva.

(27) Extraíndo-se daí o *caso jurídico concreto*: “É um “caso” porque nele se põe um problema, é “concreto” porque esse problema se põe numa certa situação e para ela; é “jurídico” porque desta emerge um *sentido jurídico* — o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela assume e para o qual ela se individualiza como situação (como o “dado” correlativo que oferece a âmbito e o conteúdo relevantes)” NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 162.

ou seja, numa troca comunitária e dialógico-dialética de argumentos⁽²⁸⁾, num discurso que visa a validade em sentido prático.

Nesse contexto vemos despontar um juiz, por um lado obrigado a decidir todo e qualquer caso face à proibição de *non liquet*⁽²⁹⁾ e, por outro, indiscutivelmente carente de referentes que apontem a direção a ser seguida num episódio principiológico/axiológico conflituoso ou lacunoso⁽³⁰⁾.

4. Possui novos escopos — o do maior rendimento possível e o da decisão judicial atrelada à realidade fática subjacente à causa

Segundo a Exposição de Motivos do Projeto do NCPC, sua elaboração se orientou precipuamente por cinco objetivos, dentre eles: “(...) 2) *criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa e (...) 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; (...)*”.⁽³¹⁾

Um dos escopos do novo código é, portanto, a solução do conflito como um todo, na esteia da concepção de *processo integral* (“*lide integral*”) tão decantado por Carnelutti. O notável jurista italiano defendia o “*princípio da unidade do processo em relação à lide*”, consoante o qual não se deveria admitir a existência de mais de um processo para a composição de uma lide, em razão da “economia de meios e obtenção de bons resultados”.⁽³²⁾

Tanto assim o é que, exemplificativamente, restou estipulado que as questões prejudiciais farão coisa julgada (mesmo sem requerimento específico da parte como era necessário no CPC de 73)⁽³³⁾.

Outro novo escopo é o de *criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa*.

E é exatamente no combatido parágrafo primeiro do art. 489 que há expressa referência ao “caso” (caso concreto ou causa). Explicitamente em quatro de seus seis incisos e implicitamente nos demais.⁽³⁴⁾

(28) NEVES, Antônio Castanheira, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 37

(29) E também em observância ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição. Vide: art. 126 do CPC brasileiro e art. 140 do NCPC.

(30) Lembra ALEXY que a necessidade de construção judicial se dá, portanto, por no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da própria linguagem do Direito, (2) a ocorrência de conflitos entre as normas, (3) a existência de casos que requeiram uma regulamentação jurídica, pois não se enquadram sob nenhuma norma preexistente, bem como (4) a necessidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie textualmente a normativa vigente. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. De Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 17.

(31) Consta ainda da exposição de motivos: “O novo sistema permite que cada processo *tenha maior rendimento possível*. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais. Com o objetivo de se dar maior *rendimento* a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia. Criaram-se

mecanismos para que, sendo a ação proposta com base em várias causas de pedir e sendo só uma levada em conta na decisão do 1º e do 2º grau, repetindo-se as decisões de procedência, caso o tribunal superior inverta a situação, retorne o processo ao 2º grau, para que as demais sejam apreciadas, até que, afinal, sejam todas decididas e seja, *efetivamente, posto fim à controvérsia*. O mesmo ocorre se se tratar de ação julgada improcedente em 1º e em 2º grau, como resultado de acolhimento de uma razão de defesa, quando haja mais de uma”.

(32) CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. v. 1. Tradução de Santiago Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1973 e CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Diritto Processuale Civile*. vol. 1, Padova: Cedam, 1936.

(33) Art. 503 do NCPC.

(34) I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua *relação com a causa* ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua *incidência no caso*;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Arrematamos assim com Ada Pellegrini Grinover⁽³⁵⁾: “Se todas essas hipóteses previstas por esse dispositivo pudessem ser reunidas sob um só lema, poder-se-ia afirmar que, de acordo com o novo CPC, não será considerada motivada decisão que deixa de considerar as peculiaridades do caso concreto, porque isso implica violação ao contraditório, na medida em que retira das partes informação relevante a respeito da formação do convencimento judicial”.

5. Possui novos pressupostos metodológicos — a superação da dicotomia *questão de fato x questão de direito* e o caso concreto como *prius* metódico

“Fora do caso concreto ou sem, pelo menos, o ter funcionalmente em vista, há especulação teórica que, mesmo iluminada, não é Direito.” Menezes Cordeiro⁽³⁶⁾

Como já é sabido, hodiernamente o processo de realização do direito não se exaure mais no clássico percurso entre a delimitação da norma e sua subsequente aplicação, vez que, muitas das vezes, diante de situações lacunosas ou antinômicas, resta impossível o esquema subsuntivo de interpretação e aplicação do Direito⁽³⁷⁾.

A metodologia jurídica correlata passa então, a caracterizar-se pela intencionalidade teleológica⁽³⁸⁾. A norma jurídica em análise, desse modo, passa a ser ajustada às exigências normativas do caso concreto. O *prius* metódico⁽³⁹⁾, destarte, deixa de localizar-se na norma, para se localizar no próprio caso⁽⁴⁰⁾.

Relembre-se que com o advento do *Código Civil brasileiro* de 2002, novos pressupostos metodológicos já tinham sido firmados. Foi aberto amplo espaço a uma desveladora atividade jurisprudencial em virtude da necessidade de “concreção”⁽⁴¹⁾ das normas polarizadas por valores que somente adquirem entidade na *experiência concreta da vida*⁽⁴²⁾.

Conforme pontua Kauffmann, caso e norma são somente a “matéria-prima” do processo metodológico, não sendo, sequer, possível fazê-los corresponder enquanto não forem trabalhados, por se situarem em planos categóricos diferentes. A norma pertence ao dever-ser definido de forma abstracta-geral; o caso, com os inúmeros factos, ao ser amorfo, não estruturado. A correspondência entre ambos só se torna possível após norma e caso terem sido, respectivamente, enriquecidos com empirismo e normatividade, de tal maneira que se

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de *distinção no caso* em julgamento ou a superação do entendimento.

(35) ADA PELLEGRINI GRINOVER et al. *Em defesa das inovações introduzidas pelo novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-14/defesa-inovacoes-introduzidas-cpc>>.

(36) CORDEIRO, Menezes. *Aplicação do Direito*. Enciclopédia POLIS, p. 1.053.

(37) Cfr. CORDEIRO, Menezes. *Aplicação do Direito*. Enciclopédia POLIS, p. 1.053, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto, Questão de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 422 e ss. FERNANDO JOSE BRONZE, Vária. In: *Boletim da Fac. de Direito Coimbra*, Coimbra, vol. LXXV, p. 725-726 e nota 25.

(38) SANTOS JUSTO. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 359.

(39) A respeito, nosso: Da Perspectiva Problemática Do Caso Concreto Como Prius Metodológico. *Revista EMATRA*, ano 4, n. 5, p. 169 e sgtes., 2003.

(40) Conforme MENEZES CORDEIRO *Aplicação*, *ib.id.*

(41) Para MIGUEL REALE, a concreção jurídica, ou concretude, significa a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar. REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 9.

(42) MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XV. E por isso, muitas das regras do novo Código, ainda que não alteradas substancialmente na sua literalidade, são diferentes, em seu significado e alcance, pela nova *anima* que as vivifica, centradas que estão na pessoa humana como “valor-fonte” de todos os demais valores, como assentara Reale. *ib. id.*

“correspondam”, devendo tal correspondência ser fundamentada argumentativamente⁽⁴³⁾.

Assim sendo, é imperioso delinear com precisão e amplitude as situações fáticas, sob pena de não vislumbrarmos a diferença na semelhança. Cada caso jurídico tem sua *ratio* própria, que pode tanto se enquadrar em um grupo de casos, como sobressair único.

Tradicionalmente, diferenciava-se a questão do que realmente aconteceu — a *questão de fato* — e a questão de como se qualificar o ocorrido conforme o ordenamento jurídico — a *questão de direito*⁽⁴⁴⁾. Contudo, hoje sequer é totalmente possível aquilatar o fato divorciado do juízo do direito, vez que fato e direito se interpenetram no caso *decidendo*.

Para ALVIM, Arruda⁽⁴⁵⁾ é, inclusive, indiscutível a tendência contemporânea da inviabilidade da distinção entre questão de fato e questão de direito, ao menos sob o ponto de vista ontológico.

Já afirmava Schapp, que a imagem de que a distinção entre questão de fato e questão de direito determina no direito processual uma separação, está errada. “O projeto jurídico da decisão se antecede à pergunta pelo fato. Engana a impressão de que a constatação de fatos e a apreciação jurídica se situariam equiparados lado a lado. A constatação de fatos está inserida na apreciação jurídica, ela possui apenas função auxiliar em relação com a apreciação jurídica. Pergunta-se pelos fatos no direito apenas por causa de seu sentido jurídico distinto. A ideia de que este sentido se

verificaria apenas por acréscimo e de que esta verificação do sentido poderia ser separada da constatação do próprio fato, somente pode ser caracterizada como uma simplificação deste contexto que justamente falha o ponto de vista fundamental”.⁽⁴⁶⁾

De acordo com o singular Taruffo, é exatamente através dessa complicada atividade de análise conjunta do fato e da norma que o juiz chega a “criar” o significado concreto da norma que lhe serve para individualizar e para alicerçar a decisão final⁽⁴⁷⁾.

Os fatos, por si só, não possuem significado, são as partes, conforme a leitura que fazem desses fatos, e o juiz, ao longo do *procedimento participativo*, que concederão significação aos fatos⁽⁴⁸⁾. “O mundo empírico, por ser exterior, deve ser trazido ao processo, não como um dado, mas como algo a ser investigado, confrontado e, portanto, construído; enfim, o sentido dos fatos, para a solução das controvérsias jurídicas é obtido ao longo da celebração dialética e contraditória do procedimento⁽⁴⁹⁾”.

Ressaltava Esser⁽⁵⁰⁾ que em casos limite, tais como normas em branco, o julgar não está adstrito à *fattispecie*⁽⁵¹⁾, e sim, completamente

(43) KAUFMANN, ARTHUR/ HASSEMER, Winfried, (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas (Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart)* Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 2002. p. 191.

(44) Afirma ELIO FAZZALARI: *a differenza del giudizio in diritto, ch'è come si è accennato deduttivo, quello di fatto è induttivo*. In: *Introduzione alla Giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1984.

(45) ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

(46) SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 40.

(47) TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LV, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.esmape.com.br/revista14/MICHELETARUFFO.htm>>.

(48) Em caso de ausência ou insuficiência legislativa não há como vislumbrar de plano e *a priori* a questão jurídica impiedente de produção probatória. Ao revés, exatamente por se confundirem fato e direito é que o “caso” carece de comprovação.. A individuação dos elementos que compõem o caso se entrelaça com a individuação do material jurídico em um processo de determinação progressiva que leva à decisão.

(49) CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, op.cit., p. 52.

(50) ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Camerino: Ed. Scientifiche Italiane, 1983. p. 55.

(51) *Fattispecie* ou tipo, terminologia empregada comumente no direito italiano é a conduta abstratamente prevista na norma jurídica como pressuposto de determinação

livre, devendo, portanto, o juiz apreender todas as circunstâncias consideráveis no caso concreto, pois ele não pratica aqui uma subsunção, e sim, exercita uma jurisprudência — no sentido mais puro do termo — do caso concreto.

Ensina NEVES, Castanheira⁽⁵²⁾ que a *questão de-facto*, enquanto momento metodológico da análise do caso jurídico, comporta dois outros momentos fundamentais: i) a determinação do âmbito de *relevância* jurídica e ii) a *comprovação* dos elementos específicos dessa relevância e seus efeitos; “[...] com o que a questão de-facto se nos revela também como uma questão jurídica: a questão da metodológico-jurídica determinação e comprovação de ‘dados’ do problema jurídico concreto⁽⁵³⁾.” Trata-se, portanto, nesse primeiro momento, da delimitação e determinação do âmbito e do conteúdo da relevância jurídica do caso na globalidade da situação em que ele se situa. Já o segundo momento é o da comprovação desse âmbito jurídico, ou seja, é fundamentalmente o problema da prova: da verdade jurídica enquanto verdade prática⁽⁵⁴⁾.

Verifica-se desse modo a obrigatoriedade da participação das partes na fixação da matéria fática e jurídica relevante e na consequente

consequência jurídica. Adara CARNELUTTI: La fattispecie non è il fatto, ma il concetto del fatto, cioè la sua rappresentazione come la fa la legge con le sue parole. CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei Rapporti tra Diritto e Processo. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, vol. XIV, p. 167, 1960.

(52) NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica [...]*, *op. cit.*, p. 163.

(53) *Loc. cit.*

(54) Voltando-se para a questão de direito, estabelece o brilhante jurista coimbreense que esta admite uma análise (de cunho didático-expositiva) a distinguir uma questão de direito em abstracto de uma questão de direito em concreto. A questão de direito em abstracto tem por objeto a determinação do critério jurídico apto a orientar e fundamentar a solução jurídica do caso, já a questão de direito em concreto diz respeito ao concreto juízo decisório (que se dará por mediação da norma — quando se encontrar no sistema jurídico pressuposto uma norma aplicável; ou por uma autônoma constituição normativa quando não houver. *Ibidem*, p. 176

possibilidade de demonstração da mesma. Uma vez que o julgamento do magistrado está atrelado às alegações e demonstrações das partes, é imperioso que estas tragam a juízo toda a disciplina jurídica apta a conformação do caso.

Logo, como pontua Comoglio⁽⁵⁵⁾, as partes devem ser deferidas todas as possibilidades de participação no *iter* de ajustamento da deliberação judicial, com vastas oportunidades de *influência no persuasão do magistrado*.

6. O princípio da boa-fé como norteador da interpretação da decisão judicial

Tal como restou estatuído pelo NCPC quanto à interpretação do pedido (art. 322, § 2º), também a decisão judicial deve ser interpretada em conformidade com o princípio da boa-fé⁽⁵⁶⁾ e mais, interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos (art. 489, § 3º).

Destarte, a grande batalha a ser travada não é a dificultosa/trabalhosa fundamentação exauriente. Esta é salutar, porquanto elucidadora e democrática. E mais, é legitimadora das decisões judiciais pois demonstra que não houve nem arbítrio, nem solipsismo. Não deve, pois, ser rechaçada de forma açodada pelos juízes que, premidos pela grande quantidade de processos a serem julgados, conferiram ao art. 489 do NCPC uma leitura reducionista e até reacionária⁽⁵⁷⁾.

O grande embate deve ser pela adoção plena do princípio da boa-fé processual de forma

(55) COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 68.

(56) A boa-fé é mencionada no NCPC em três dispositivos de relevo, quais sejam: 1) art. 5º como dever de todo e qualquer sujeito do processo; 2) art. 322, § 2º como princípio norteador da interpretação do pedido formulado; e 3) art. 489, § 3º como princípio norteador da interpretação das decisões judiciais.

(57) Não podemos olvidar que o livre convencimento motivado é herança de um código erigido na época da ditadura militar no Brasil. Nesse sentido, por todos, Lenio Streck, “Hermenêutica, Decisão Judicial e Contemporaneidade”, palestra proferida em 6 ago. 2013, Rio de Janeiro: EMERJ.

efetiva e eficaz. Não devendo ser feita, assim, tábula rasa de tão promissor cânone, pois além de norteador da própria interpretação, a boa-fé objetiva⁽⁵⁸⁾ é um modelo de conduta.

Exatamente nestes termos discorreu Gonçalves Santos: “o novo matiz impresso pela boa-fé objetiva no campo do Direito Processual Civil estabelece um modelo objetivo de conduta social marcado pela lealdade e probidade, que impera como *standard* jurídico para todos os que participam da relação jurídica processual. As garantias constitucionais processuais, expressão do Estado Democrático de Direito, são otimizadas por meio das balizas estabelecidas pela boa-fé objetiva como norma que rege a dialeticidade do contraditório marcado pela cooperação leal e proba⁽⁵⁹⁾.”

Afiança por sua vez Humberto Theodoro Jr.⁽⁶⁰⁾: “Essa moderna visão da atividade processual valorizada pela solidariedade decorrente dos valores éticos da boa-fé e lealdade, e do compromisso com o justo, dá maior dignidade ao processo, afastando-o do papel de simples sucessão fria de atos e documentos, para transformá-lo em algo palpitante de vida, de anseios, angústias e esperanças.

Dessa maneira, “o processo passa a congregar dois aspectos que se fundem: o plano técnico e o humano ou ético, não para criar normas, mas para desvendá-las, descobri-las, potenciá-las, aprimorá-las, interpretando-as

na linha dos escopos jurídicos, sociais e políticos do processo moderno, que informam o Estado Democrático de Direito. Neste passo a ética passa a representar um valor indispensável na busca da construção da justiça⁽⁶¹⁾”.

7. Conclusão

“Il giudizio riflette il confronto tra le parti coinvolte, richiando la valutazione e la scelta tra le diverse prospettazioni e ricostruzioni avanzate (TARUFFO). Qui matura la decisione, e ciò rimanda all'esercizio di quella che protremmo definire “phoresis dialogica” (CORTELLA). La decisione giudiziale nasce dal e non può espungere il, confronto tra punti di vista contrapposti, che si instaura entro la struttura dialettico-confutativa del dialogo processuale”. PASTORE⁽⁶²⁾

Partindo-se de todas as premissas acima delineadas, não vislumbramos outro remate que não seja a defesa da aplicação plena do art. 489 do NCPC.

Ora, os incisos do parágrafo primeiro nada mais fazem do que ressaltar, explícita ou implicitamente, que o caso concreto, enquanto problema jurídico, deve ser o *prius* metódico. Isto nada mais é que a adoção do novo escopo de que a decisão judicial reste atrelada à realidade fática subjacente à causa.

Especificamente quanto ao inciso mais atacado, o IV: “enfrentar todos os argumentos”, verificamos que este é na verdade o mais constitucional e democrático de todos, pois neste não se está a cuidar somente de referentes metodológicos, mas também, e principalmente, de garantias constitucionais, específica e precipuamente: a garantia ao *contraditório material*⁽⁶³⁾.

(58) Objetiva, pois não mais não se questiona a intenção, mas a compatibilidade do comportamento com a confiança razoavelmente depositada no agente, que tem o dever de atuar com a lealdade exigível de um homem médio, num específico momento, à vista dos valores prevalecentes na sociedade.

Outrossim, a compreensão da boa-fé objetiva no campo processual exige conhecimento de sua evolução no direito civil (v.g: abuso do direito, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* etc.). Como regra de conduta, o único “Da boa-fé no direito civil”, Coimbra: Almedina, 2001 de MENEZES CORDEIRO.

(59) “A Boa-fé Objetiva no Processo Civil — A Teoria dos Modelos de Miguel Reale Aplicada à Jurisprudência Brasileira Contemporânea”, Leide Maria Gonçalves Santos, Juruá, 2012

(60) Disponível em: <www.abdpc.org.br>.

(61) Disponível em: <www.abdpc.org.br>.

(62) PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica, un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffré, 1996. p. 262-263.

(63) Art. 5º, LV da CRFB: “— aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Observa a respeito PESSOA VAZ⁽⁶⁴⁾, seguindo as diretrizes de TARUFFO: “Se bem que da *obrigação constitucional de motivação* não derive um *específico dever do juiz* de tomar em consideração toda a *argumentação defensiva* proposta pelas partes, é todavia evidente que o *direito de defesa* — entendido como *direito de influir sobre a decisão (direito à prova, direito a ser ouvido sobre as questões relevantes, direito ao contraditório)* — tem um significado concreto só enquanto seja possível verificar se e como o juiz tenha tomado em conta as *defesas das partes* (...) Só com esta condição, de facto, é possível controlar se a decisão é ainda *fruto do contraditório* desenvolvido no decurso do processo, ou se é, somente, o resultado de uma escolha individual do juiz, com todos os *riscos de arbitrariedade* que esta comporta.”

O § 2º, por sua vez, nada mais faz do que trazer balizadores quando da adoção de teorias da argumentação: “*No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão*”. (grifei)

Como é sabido, às teorias da argumentação jurídica interessa compreender todos os possíveis argumentos utilizáveis para a *justificação* das decisões judiciais, principalmente nos casos difíceis, onde os instrumentos positivistas se demonstraram insatisfatórios. Contudo, nem sempre os juízes, aqui no Brasil, utilizam tais teorias em sua plena acepção⁽⁶⁵⁾, pois mesclam conceitos e teorias ou as importam indevidamente (trata-se do denominado “sincretismo metodológico”⁽⁶⁶⁾) ou do “Alexy a

Brasileira” ou ainda do “efeito katchanga⁽⁶⁷⁾”), razão pela qual as especificidades trazidas pelo parágrafo em comento (justificação do objeto, justificação dos critérios da ponderação, razões de interferência na norma afastada e premissas fáticas fundantes) são de grande valia, pois introduzem a temática de forma mais especificada⁽⁶⁸⁾.

Quanto à aplicabilidade no processo do trabalho, sem ingressar nas já corriqueiras menções à supletividade, subsidiariedade, omissão, lacuna axiológica etc., é imperioso lembrar que existe um eixo jurídico comum a todos os ramos de direito processual, qual

(67) MARMELESTEIN, George em *A Difícil Arte de Ponderar o Imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores*. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/doc/54427099/A-Difícil-Arte-de-Ponderar-o-Imponderavel>>, citando seu “Alexy à brasileira e o Jogo da Katchanga”, disponível em seu site pessoal.

(68) Reverbera nesse sentido MARMELESTEIN: “muitos juízes acabam desenvolvendo técnicas argumentativas que servem para todas as situações, mas, no fundo, não justificam nada. Criam-se *palavras mágicas* e *frases de efeito* que não passam de subterfúgios utilizados pela prática judicial para dar ao juiz uma possibilidade de “justificar” o julgado sem apresentar argumentações consistentes. “Julgo de tal modo porque essa é a solução mais *razoável*”. “Decido assim, pois é a solução mais compatível com *interesse público*”. “Determino isso, em razão dos *bons costumes*”. “Sentencio nesse sentido em nome do *bom senso*”. Essas expressões — *razoável*, *proporcional*, *bom senso*, *interesse público*, *bem comum*, *prudência*, *bons costumes* etc. — são como as previsões dos astrólogos: explicam tudo, justificando todo e qualquer resultado que se queira encontrar, e não há nada que possa refutá-las, já que seu conteúdo é aberto o suficiente para se amoldar a todas as situações, conforme os interesses pessoais de quem as cita. No fundo, tais expressões são meros placebos argumentativos auto-ministrados pelos juízes para aliviarem psicologicamente a angústia de não serem capazes de encontrar argumentos racionais para tudo.” George Marmelestein: também Juiz Federal e Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal., em *A Difícil Arte de Ponderar o Imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/54427099/A-Difícil-Arte-de-Ponderar-o-Imponderavel>>.

(64) PESSOA VAZ, Alexandre Mario; PESSOA VAZ, Alexandre Mario. *Direito Processual Civil — do antigo ao Novo Código — novas tecnologias a serviço da justiça*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 254.

(65) A respeito, STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

(66) AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630

seja, um sistema cuja estrutura engloba os princípios processuais constitucionais e seus institutos fundamentais. Tem-se hoje uma Teoria Geral do Processo calcada em uma base principiológica constitucional (contraditório dinâmico/material, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) que se sobrepôs, inclusive, à restritiva trilogia estrutural do processo (jurisdição, ação e processo). Assim sendo, não há como afastar *juridicamente* a aplicação do art. 489 do NCPC na seara trabalhista. Argumentos adstritos às cumulações objetivas comuns no processo trabalhista ou à simplicidade do mesmo, caem por terra diante da baliza do princípio da boa-fé na interpretação tanto do pedido e como da decisão judicial, bem como diante dos escopos maiores trazidos pelo NCPC. Caberá, pois, reiterarmos, aos juízes, utilizar tais balizas em prol da *máxima cooperação*.

Será necessário, portanto, sim, um permanente concurso de atividades dos sujeitos processuais com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, pois esta matéria, em verdade, diz respeito à própria *dignidade da pessoa humana* e dos *valores intrínsecos da democracia*. Valores que adquirem sua melhor demonstração precisamente no campo processual, através do princípio do contraditório. Ademais, em uma perspectiva jurídico-política, o contraditório material implica de fato, a utilização de um método dialético na busca da verdade que, ao especializar internamente um modo de controle recíproco dos riscos e abusos processuais, além de solucionar o conflito de interesses, também contribui para legitimar o exercício da jurisdição perante a sociedade⁽⁶⁹⁾.

Por conseguinte, conforme sempre ressalta o professor Castanheira Neves, é exatamente nessa *coparticipação constitutiva da função jurisdicional* que se manifesta sua mais profunda legitimação jurídico-democrática e, também,

sua independência⁽⁷⁰⁾. Independência esta, tão prestigiada e exigida por nós juízes.

“Sulla scena, davanti a me, non c'erano che due uomini: chi giudica e chi è giudicato. Due uomini, questo è il problema. Due Fratelli: questa è la soluzione.”⁽⁷¹⁾ (Francesco Carnellutti)

8. Referências bibliográficas

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, vol. 1, 1936.

_____. Perfil dei Rapporti tra Diritto e Processo. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, vol. XIV, 1960.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio, *Questão de Facto, Questão de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 90, p. 101, abr./jun. 1998.

ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Camerino: Ed. Scientifiche Italiane, 1983.

FAZZALARI, Elio. *Introduzione alla Giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1984.

FERNANDO JOSE BRONZE, «Vária». In: *Boletim da Fac. de Direito Coimbra*, Coimbra, 199, vol. LXXV, p. 725-726 e nota 25.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Em defesa das inovações introduzidas pelo novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-14/defesa-inovacoes-introduzidas-cpc>>.

(70) NEVES, CASTANHEIRA. Da jurisdição no actual Estado de Direito. In: *Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 186.

(71) CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “giudizio”. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, v. IV, p. 174, 1949.

(69) CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 127.

KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas (Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart)*. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 2002.

MARMELSTEIN, George. *A Difícil Arte de Ponderar o Imponderável*: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/54427099/A-Difícil-Arte-de-Ponderar-o-Imponderavel>>.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Aplicação do Direito*. Enciclopédia POLIS.

_____. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Ensaio destinado ao livro em homenagem à memória do Professor venezuelano José Rodríguez Urraca. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto276.htm>>.

_____. Efetividade e Processo de conhecimento. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, 1999.

_____. A Garantia do Contraditório. *Genesis Revista de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 10, out./dez. 1998.

PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica. un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996.

PESSOA VAZ, Alexandre Mario. *Direito Processual Civil — do antigo ao novo Código — novas tecnologias a serviço da justiça*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

REALE, Muguel. *O projeto do Código Civil — situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

SANTOS JUSTO. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LV, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.esmape.com.br/revista14/MICHELETARUFFO>>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo. In. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190 abr./jun. 2011.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O novo Código de Processo Civil e os recursos trabalhistas

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira^(*)

Resumo:

- ▶ O sistema recursal trabalhista brasileiro experimenta profunda alteração. O modelo normativo da CLT foi significativamente modificado pela Lei n. 13.015/2014, que dá margem a inúmeras dúvidas. A dificuldade aumenta potencialmente com a entrada em vigor do novo CPC (Lei n. 13.105/2015). Com uma linha orientada por valores não exatamente coincidentes com os da nova lei recursal trabalhista, haverá campo para muitas discussões a respeito da incidência das novas disposições processuais civis. O presente texto aborda as possíveis implicações do novo CPC no sistema recursal trabalhista, com a mediação da Constituição, que impõe acesso efetivo e célere aos direitos trabalhistas.

Abstract:

- ▶ The Brazilian labor appeal system is experiencing profound change. The normative model of CLT was significantly modified by Law n. 13.015/2014, which gives rise to many doubts. The difficulty increases potentially with the entry into force of the new CPC (Law n. 13.105/2015). With a line oriented by values do not exactly coincide with those of the new labor law appeal, there will be field for many discussions about the impact of the new civil procedure prescriptions. This paper discusses the possible implications of the new CPC in the labor appellate system, with the mediation of the Constitution, which requires effective and speedy access to labor rights.

Palavras-chave:

- ▶ Recursos trabalhistas — Alterações legislativas — Novo Código de Processo Civil.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Síntese das alterações promovidas pela Lei n. 13.015/2014
- ▶ 3. Síntese do sistema recursal previsto no novo CPC
- ▶ 4. Incidência das disposições do novo CPC ao sistema recursal trabalhista
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Doutor pela Universidade Complutense de Madri. Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal, UDF-Brasília, no Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Mestre pela Universidade de Brasília. Pesquisador colaborador do

Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Colíder do Grupo de Pesquisa da Faculdade de Direito da UNB "Trabalho, Constituição e Cidadania". Subprocurador Geral do Ministério Público do Trabalho.

1. Introdução

Por meio do presente texto, busca-se analisar a possível incidência do novo Código de Processo Civil no sistema recursal trabalhista. O cotejo da nova disciplina processual civil nessa matéria deve dar-se com as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, a partir das alterações promovidas pela Lei n. 13.015, de 21.7.2014.

Experimentamos um momento de grandes alterações no sistema recursal trabalhista, em que há um acentuado grau de incertezas acerca de sua aplicação e sentido, o que provavelmente dará espaços para prolongadas e intensas discussões.

Com o novo CPC (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), antes mesmo de completado o período de doze meses após a publicação para iniciar sua vigência, iniciou-se um processo de discussão e avaliação em torno dos diversos dispositivos que buscam conferir novo perfil e dinâmica ao processo civil brasileiro, que necessariamente terão impacto no âmbito do processo do trabalho.

Nesse contexto, a expectativa é que haja não apenas alteração de procedimentos na fase recursal, mas uma mudança de cultura, a fim de se implantar uma racionalidade que não apenas dê sentido ao trabalho das instâncias recursais, mas que sobretudo, seja capaz de propiciar respostas em termos de efetivação célere e adequada dos direitos previstos no ordenamento jurídico.

Pode-se dizer que estamos diante de três modelos normativos que possuem diretrizes distintas. O tradicional da CLT, que agora é substituído, baseava-se em lógica individualizada de resolução dos conflitos, o que provocou número excessivo de recursos submetidos aos tribunais, ensejando reações que sobrevalorizaram os aspectos processuais contra a admissibilidade dos recursos. O segundo modelo, implantado com a Lei n. 13.015/2014, se volta para a funcionalidade dos órgãos incumbidos de julgar os recursos, tendo como eixo a uniformização da jurisprudência no âmbito dos

tribunais regionais, cujo cumprimento deixa de ser tarefa do próprio tribunal regional, considerando mecanismos integrados ao recurso de revista que permitem a sua exigibilidade. No âmbito do TST, essa uniformidade é reforçada com alguns incidentes, com destaque para os recursos de revista repetitivos. A linha da Lei n. 13.015/2014, na perspectiva dos jurisdicionados, prestigia o valor da isonomia. Já no tocante ao acesso efetivo aos direitos, há um incremento das formalidades previsto para os recorrentes, sobrecarregando-os em exigências para o conhecimento do recurso de revista, porém nenhuma palavra foi dispensada para uma prática que se tornou comum no modelo anterior, em razão do elevado número de recursos, que é a decisão padronizada que deixa de enfrentar o questionamento posto, configurando denegação de justiça e de acesso aos direitos. O terceiro modelo normativo é o do novo CPC, que, entre as suas diversas mudanças, adota uma linha muito forte na uniformização das decisões judiciais e lhes confere enorme prestígio e normatividade, especialmente nos tribunais. Por outro lado, o novo CPC implanta uma lógica mais informal, que impulsiona o processo para a resolução do mérito, impondo ao magistrado o dever de fundamentação adequada ao questionamento posto, contra as práticas de denegação de justiça, além de propiciar o contraditório prévio às decisões que determinarão os rumos do processo.

Verifica-se, pois, que ambos modelos normativos, o da Lei n. 13.015/2014 e o do novo CPC, são orientados por valores relevantes para o acesso aos direitos pela via jurisdicional, mas que não são exatamente idênticos. A Lei n. 13.015/2014 já vem impondo significativas alterações procedimentais e provocando inúmeras dúvidas em torno do significado de suas disposições. A essa dificuldade, acrescenta-se uma nova ordem de problemas, que é justamente a aplicação do novo CPC, que, como já ressaltado, não possui idêntica linha de orientação da nova sistemática recursal trabalhista.

Essa discussão, em verdade, amplia a velha problematização em torno do nexa entre o processo do trabalho e o processo civil, disciplinado pelo art. 769 da CLT, que determina a aplicação subsidiária da legislação processual comum nos casos omissos, exceto no que for incompatível com as normas da CLT que tratam do processo do trabalho. A doutrina cuidou de estender o conceito de casos omissos, para nele incluir a previsão que não se apresenta atual (omissão ontológica) ou não mais adequada para propiciar a tutela perseguida (omissão axiológica). Se no passado o art. 769 da CLT serviu como cláusula de barreira para disposições de um processo comum marcado pelo caráter liberal e individualista, os avanços dos últimos tempos no processo civil, visando a tutela célere e efetiva, impõem a releitura do citado art. 769 para, em lugar de fechamento do processo do trabalho para o processo civil, determinar sua abertura, a fim de que o processo do trabalho possa cumprir sua função. A tendência atual é que as disposições normativas do processo civil mais atuais ou adequadas prevaleçam em relação as do processo do trabalho⁽¹⁾.

O art. 15 do novo CPC, que prevê a aplicação supletiva e subsidiária de suas disposições na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, facilita essa abertura, ao ampliar a incidência das disposições processuais civis no processo do trabalho, sem afetar a exigência de compatibilidade, como determina o art. 769 da CLT. Os princípios do direito processual do trabalho seriam totalmente descaracterizados, caso se extraísse o entendimento de aplicação automática do processo civil no processo do trabalho, sem a observância da tutela efetiva do patamar de direitos aplicável às relações de trabalho. Daí que a incidência das disposições normativas do novo CPC deve ser aferida em cada caso.

(1) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 101-111.

Além disso, a verificação de compatibilidade do processo civil com o processo do trabalho não é direta ou horizontalizada, mas passa necessariamente pela Constituição, em especial pelos princípios de proteção ao trabalho. Ou seja, trata-se de uma operação mediada pela Constituição e, portanto, verticalizada.

É inegável que o novo CPC irá alterar, com maior ou menor intensidade, o processo do trabalho. Na jurisprudência trabalhista, há vários dispositivos do processo civil que incidem no âmbito recursal trabalhista, como, só para mencionar alguns deles nesse sentido, o efeito devolutivo do recurso ordinário (Súmula n. 393 do TST), a exigência de fundamentar os recursos (Súmula n. 422 do TST), bem como o procedimento recursal abreviado (Súmula n. 435 do TST).

Não se pode deixar de destacar que a determinação da norma aplicável, tanto no campo do Direito do Trabalho quanto no do Processual do Trabalho, constitui uma tarefa que se localiza no campo principiológico, ou seja, sujeito a critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, cujo eixo é sempre o caso concreto.

O propósito de abstrair no intuito de precisar o conceito de normas *aplicadas supletiva e subsidiariamente*, mediante parâmetros rígidos, não parece ser a melhor opção metodológica para examinar as possíveis implicações do alcance do art. 15 do novo CPC.

Consequentemente, a partir de agora, parece necessário que na realização de qualquer estudo sobre os recursos trabalhistas seja levado em consideração o impacto das disposições normativas do direito processual comum, que interferirão no procedimento, alcance e efeitos desses recursos.

Nesse contexto, a ideia é destacar alguns pontos da possível aplicação dos novos dispositivos do CPC, sem pretensão de análise exaustiva ou de afirmações definitivas, embora a apresentação das propostas seja positiva sob o ponto de vista de suscitar dos debates. O estudo

vai focar apenas nas disposições gerais sobre os recursos, os recursos em espécie, bem como em alguns incidentes que terão repercussão direta na fase recursal. São os incidentes de assunção de competência e o de demandas repetitivas. Além disso, será abordada a figura do *amicus curiae*.

Antes, porém, será feito um apanhado das alterações feitas pela Lei n. 13.015/2014 para, ao final, examinar as possíveis disposições do novo CPC que incidirão no sistema recursal trabalhista.

2. Síntese das alterações promovidas pela Lei n. 13.015/2014⁽²⁾

A Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014, trouxe mudanças significativas no sistema recursal trabalhista, bem como incorporou na legislação entendimentos consolidados na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

A reforma dirigiu-se basicamente à tramitação dos recursos no TST e foi iniciada mediante proposta apresentada pelo próprio tribunal (Resolução n. 1.451, de 24.5.2011), com alterações de redação durante a tramitação do projeto, principalmente na Câmara dos Deputados.

Os dispositivos alterados da parte recursal da CLT foram os arts. 894, II, 896, 897-A e 899. Embora não tenha havido modificação no recurso ordinário, a reforma afeta a tramitação dos recursos nos tribunais regionais do trabalho, no tocante à uniformização de jurisprudência.

Os dispositivos da Lei n. 13.015/2014 buscam agilidade no julgamento dos recursos no TST, com a redução do número de feitos que chegam a esse tribunal, e com a uniformização da

jurisprudência nos tribunais trabalhistas. A tendência de objetivação apresenta-se clara, embora não tenha havido qualquer intento de atribuir efeito vinculativo às decisões dos magistrados na apreciação das demandas submetidas ao Poder Judiciário.

A redação atual do art. 894, II, da CLT, amplia as hipóteses de cabimento do recurso de embargos. Além da divergência entre turmas ou SDI, o novo texto inclui as decisões contrárias à súmula ou orientação jurisprudencial do TST ou súmula vinculante do STF. A alteração cumpre função esclarecedora, numa parte, ao dar respaldo ao que já vinha entendendo o TST acerca da admissibilidade de recurso de embargos por contrariedade à súmula ou orientação jurisprudencial⁽³⁾. Em relação à súmula vinculante do STF, sua previsão no novo texto decorre do próprio efeito vinculante previsto no art. 103-A da Constituição.

Foram incluídos três parágrafos ao art. 894, II, da CLT. O primeiro corresponde à aplicação do entendimento consolidado na Súmula n. 333 do TST, com adição da súmula do STF. A súmula não vinculante do STF não autoriza a interposição do recurso de embargos, mas é determinante do não cabimento desse recurso, ao dar respaldo à decisão da Turma do TST que a observa. O segundo aplica aos embargos o que já constava do § 5º do art. 896 da CLT, em relação ao recurso de revista, embargos e agravo de instrumento, que acabou não sendo incluído no texto aprovado, uma vez que o TST o deslocou para o art. 896-B no anteprojeto e no projeto aprovado adquiriu conteúdo distinto. É a possibilidade de o relator negar seguimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver de acordo com súmula do TST ou do STF e com interativa, atual e notória jurisprudência

(2) PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Recurso de revista e embargos por divergência. Salvador: JusPodivm, 2015; Primeiras impressões sobre a reforma recursal trabalhista – Lei n. 13.015, de 2014. *Revista LTr*, vol. 78, n. 9, set. 2014, 78-09/1061-1068.

(3) OJ-SDI1-219. RECURSO DE REVISTA OU DE EMBARGOS FUNDAMENTADO EM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TST (inserida em 2.4.2001) É válida, para efeito de conhecimento do recurso de revista ou de embargos, a invocação de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, desde que, das razões recursais, conste o seu número ou conteúdo.

do TST, bem como na hipótese de ausência de pressupostos extrínsecos de admissibilidade. O último parágrafo prevê o recurso de agravo no caso de decisão denegatória, no prazo de oito dias. O anteprojeto previa multa na hipótese de agravo manifestamente inadmissível ou infundado, mas o dispositivo foi suprimido no Congresso Nacional.

A reforma no recurso de revista (art. 896 da CLT) abrange a obrigatoriedade da uniformização da jurisprudência nos tribunais regionais do trabalho, que, se não foi providenciada anteriormente, será assegurada na tramitação do recurso de revista.

O art. 896 da CLT foi alterado na alínea “a” e acrescido de oito parágrafos. Além disso, incluíram-se os dispositivos correspondentes aos “art. 896-B” e “art. 896-C”, este último com dezessete parágrafos.

Em relação à alínea “a” do art. 896 da CLT, não houve modificação substancial, a não ser o cabimento do recurso de revista por contrariedade à súmula vinculante do STF, ao lado da súmula do TST.

No § 1º-A, são introduzidas exigências formais para o conhecimento do recurso de revista. São elas: a indicação do trecho da decisão recorrida que contém o prequestionamento; a apresentação da contrariedade, de forma explícita e fundamentada, a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que conflite com a decisão recorrida; e as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos da decisão recorrida, mediante demonstração analítica dos dispositivos de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial contrariados.

Os novos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT passam a tratar da uniformização da jurisprudência nos tribunais regionais do trabalho, que estarão obrigados a observá-la, nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I do Código de Processo Civil. Aliás, isso já constava da redação dada pela Lei n. 9.756, de 1998. O que muda, no caso, é o estabelecimento de

mecanismos para tornar a obrigatoriedade realidade.

O incidente de uniformização de jurisprudência poderá ser provocado de ofício, pelas partes ou pelo Ministério Público, hipótese em que o TST determinará o retorno dos autos ao tribunal de origem para as providências nesse sentido. Além disso, o incidente poderá ser determinado pelo Presidente do TRT, por ocasião do exame da admissibilidade do recurso de revista, ou pelo ministro relator no TST. As decisões que impuserem o retorno do feito ao regional para proceder à uniformização de jurisprudência são irrecorríveis.

Julgado o incidente pelo regional, apenas a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente, e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, é que viabiliza o conhecimento do recurso de revista por divergência.

O § 7º reproduz o anterior § 4º, que trata da atualidade da divergência. O único acréscimo é que não se considera atual a divergência ultrapassada por súmula do STF.

O § 8º refere-se à prova da divergência jurisprudencial, o que é importante, pois, até então, o tema estava a cargo da jurisprudência. Segundo o novo dispositivo, o ônus da prova do dissenso de julgados compete ao recorrente e será feita “mediante certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução do julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

O § 9º trata do cabimento do recurso de revista nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, mantendo a mesma redação do anterior § 6º, com inclusão da súmula vinculante do STF.

O § 10 prevê o cabimento do recurso de revista, “por violação à lei federal, por divergência jurisprudencial e por ofensa à Constituição

Federal nas execuções fiscais e nas controvérsias da fase de execução que envolvam a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), criada pela Lei n. 12.440, de 7 de julho de 2011”.

Já o § 11 contém importante garantia contra o formalismo exagerado, que inviabiliza o exame do mérito dos recursos de revista. No caso de recurso tempestivo, o defeito formal, não reputado grave, poderá ser desconsiderado ou sanado, julgando-se o mérito. Este dispositivo foi incluído na Câmara dos Deputados e baseou-se no projeto do novo CPC.

O § 12 parece estar solto, pois não esclarece qual decisão monocrática denegatória a que se refere. Ele também foi incluído na Câmara dos Deputados e não está bem conectado ao § 11, que não faz menção à decisão monocrática denegatória.

Da mesma forma, pouco claro é o § 13, incluído na Câmara dos Deputados, ao fazer menção ao julgamento a que se refere o § 3º. Este parágrafo trata da uniformização de jurisprudência pelos tribunais regionais do trabalho ao passo que o § 13 trata de matéria relevante que pode ser deslocada da seção especializada em dissídios individuais do TST para o Pleno.

A nova redação do art. 897-A, que trata dos embargos de declaração, acrescentou novos parágrafos ao *caput*. Na redação anterior, só havia o parágrafo único, que se converteu no § 1º, com igual redação. O § 2º prevê a possibilidade de concessão eventual de efeito modificativo em virtude da correção de vício na decisão embargada, desde que ouvida a parte contrária, no prazo de cinco dias, como já havia sido consagrado na jurisprudência dos tribunais⁽⁴⁾. O § 3º esclarece que os “embargos

de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes, salvo quando intempestivos, irregular a representação da parte ou ausente a sua assinatura”. Tal qual em relação ao agravo, o Congresso Nacional não aprovou o texto do anteprojeto que previa a aplicação de multa nos embargos de declaração manifestamente protelatórios.

Foi incluído, ainda, o § 8º no art. 899 da CLT, que dispensa a obrigatoriedade de efetuar o depósito recursal no agravo de instrumento interposto para destrancar recurso de revista “que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial”.

Os art. 896-B e 896-C tratam dos recursos de revista repetitivos e da possibilidade de o julgamento dos recursos múltiplos fundados em idêntica questão de direito, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros da seção ou das turmas do TST, deslocando-se o julgamento para a SDI ou o Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros. O requerimento deve ser de um dos Ministros que compõe a SDI.

O art. 896-C e todos os seus parágrafos foram acrescentados durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados. O deslocamento da competência da turma para a seção ou para o pleno inicia-se por provocação dos relatores aos presidentes da turma ou da seção (§ 1º), que comunicarão aos presidentes das turmas ou da seção, a fim de que possam afetar outros casos, de modo que o órgão julgador tenha uma noção geral da situação (§ 2º). O Presidente do TST oficiará os tribunais regionais para a suspensão dos casos idênticos até o julgamento do recurso representativo (§ 3º). Os tribunais regionais encaminharão um ou mais recursos representativos da controvérsia, suspendendo

contrária para se manifestar sobre os embargos de declaração opostos contra a sentença.

(4) OJ n. 142 da SBDI1 TST

I – É passível de nulidade decisão que acolhe embargos de declaração com efeito modificativo sem que seja concedida oportunidade de manifestação prévia à parte contrária.

II – Em decorrência do efeito devolutivo amplo concedido ao recurso ordinário, o item I não se aplica às hipóteses em que não se concede vista à parte

os demais até o julgamento pelo TST (§ 4º). O § 5º prevê a suspensão dos recursos de revista e dos embargos cujo objeto seja idêntico ao recurso repetitivo. A distribuição do recurso repetitivo será feita a ministro da SDI ou ao pleno e terá ministro revisor (§ 6º).

O § 7º prevê a possibilidade de o relator solicitar informações aos tribunais regionais, bem como a intervenção de pessoa, órgão ou entidade que tenham interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples (§ 8º).

Após essas providências, os autos serão encaminhados ao Ministério Público, que terá vista pelo prazo de quinze dias (§ 9º). Transcorrido esse prazo, o relatório será distribuído aos demais ministros e o processo incluído em pauta da SBDI ou do pleno, tendo preferência em relação aos demais feitos (§ 10º).

O julgamento do recurso com a respectiva publicação acarreta, para os recursos sobrestados, a denegação de seu seguimento, caso a decisão recorrida coincida com o resultado do julgamento no TST. Ou então, serão reexaminados, caso haja divergência entre a decisão recorrida e a decisão do TST. Se não houver alteração da decisão recorrida que destoe do entendimento no TST, aí sim, será apreciada a admissibilidade do recurso de revista (§§ 11 e 12).

Na hipótese de o recurso repetitivo contemplar matéria constitucional, eventual recurso extraordinário interposto terá prosseguimento, caso satisfeitos os seus pressupostos.

Aos recursos extraordinários, aplica-se o disposto no art. 543-B do CPC, em que serão encaminhados ao STF um ou mais recursos representativos da controvérsia e sobrestados os demais. Nesse caso, o Presidente do TST poderá oficiar os presidentes dos tribunais regionais, das turmas e da seção especializada do TST, para que suspendam os processos.

O § 16 prevê a possibilidade de demonstração de distinção das questões de fato e de direito, autorizando o afastamento da decisão do recurso repetitivo.

O § 17 trata da revisão da tese adotada no julgamento do recurso repetitivo, caso haja alteração da situação econômica, social ou jurídica, autorizando o tribunal a modular os efeitos da nova decisão que alterar a anterior.

O TST baixou o Ato 491, de 23.9.2014, por meio do qual o tribunal adotou uma espécie de regulamentação da Lei n. 13.015, de 2014, que foi parcialmente modificado pela Instrução Normativa n. 38/2015 (Resolução n. 201, de 10.11.2015).

3. Síntese do sistema recursal previsto no novo CPC.

A parte recursal do novo CPC inicia-se no Livro III, que trata “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões”, que, por sua vez, compreende dois Títulos, o I, que se refere à ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, e o Título II, que enumera os recursos. Houveram alterações promovidas pela Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, sobretudo no tocante ao recurso extraordinário e recurso especial.

Alguns aspectos acerca da ordem dos processos nos tribunais e os processos de competência originária merecem destaque. Vale notar que, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, dispositivos foram revogados ou tiveram a redação alterada. Para mencionar apenas algumas das mudanças, elas tratam da exigência de observância da ordem cronológica para proferir sentença e acórdão, passando a ser preferencial esse critério, da hipótese de cabimento da ação rescisória, da reclamação, e mais detalhadamente dos procedimentos dos recursos extraordinário e especial.

Nas versões anteriores da tramitação do projeto do novo CPC, havia previsão do denominado “precedente judicial”, que consistia no pronunciamento judicial que os juízes e tribunais deveriam seguir. O precedente judicial estava localizado fora do Livro III, mas acabou sendo integrado na parte que trata da uniformização da jurisprudência, em que há

menção ao termo precedente, mas não em capítulo à parte como antes (arts. 926 a 928 do novo CPC).

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e “mantê-la estável, íntegra e coerente”, editando enunciados de súmula que correspondam a jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos julgados precedentes à sua criação (art. 926, *caput*, §§ 1º e 2º, novo CPC).

Os juízes e tribunais observarão: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados da súmula do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927 do novo CPC).

Para a alteração de tese jurídica adotada em súmula ou julgamento de casos repetitivos poderão ser realizadas audiências públicas e contar com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que contribuam para a rediscussão da tese (art. 927, § 2º, do novo CPC).

Por ocasião da alteração da jurisprudência predominante do STF e dos tribunais superiores ou de julgamento de casos repetitivos, admite-se a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (art. 927, § 3º, do novo CPC).

A revisão de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos sujeita-se à “fundamentação adequada e específica”, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º, do novo CPC).

Os precedentes dos tribunais terão publicidade e serão organizados por questão jurídica decidida e divulgados preferencialmente na

rede mundial de computadores (art. 927, § 5º, do novo CPC).

Por último, esclarece-se que se considera julgamento de casos repetitivos: o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos, seja a questão de direito material ou processual (art. 928 do novo CPC).

O novo CPC ampliou a margem decisória do relator, conforme previsto no seu art. 932. A condução do processo no tribunal está a cargo do relator, incluindo-se em suas atribuições: a produção da prova e a homologação da autocomposição das partes, a apreciação do pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal. A previsão do procedimento abreviado de julgamento, pelo relator monocraticamente, foi igualmente ampliada. O relator não conhecerá do recurso inadmissível, prejudicado ou carente de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida, e não mais negará seguimento, como na redação anterior (art. 557, CPC). Além disso, o relator negará provimento a recurso que for contrário à súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão do STF ou do STJ proferido em julgamento de recursos repetitivos, bem como a tese adotada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Por último, após abrir prazo para apresentação de contrarrazões, quando for o caso, o relator dará provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária à súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão do STF ou STJ proferido em julgamento de recursos repetitivos, bem como a tese adotada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Também cabe ao relator decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originalmente perante o tribunal, determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso, e exercer outras atribuições previstas no regimento interno do tribunal.

Ainda dentro das atribuições do relator, o parágrafo único do art. 932 do novo CPC prevê que ele concederá prazo de cinco dias para o recorrente sanar vício ou complementar documentação exigível. De acordo com o *caput* do art. 933 do novo CPC, constatando o relator fato superveniente à decisão recorrida ou questão não suscitada até aquele momento que possa ser pronunciada de ofício e devam ser consideradas no julgamento, intimará as partes para que se manifestem em cinco dias. Se constatados em sessão, o julgamento será suspenso, para que as partes se manifestem especificamente (art. 933, § 1º, do novo CPC). Se tais ocorrências forem identificadas por ocasião de vista dos autos, estes serão encaminhados ao relator para as providências previstas no *caput* do citado art. (art. 933, § 2º, do novo CPC).

Na mesma linha de adoção de procedimento mais informal, com vistas ao exame do mérito recursal, o art. 938, § 1º, do novo CPC, prevê que o vício sanável poderá ser corrigido pela realização ou renovação do ato processual por determinação do relator, no próprio tribunal ou no primeiro grau, intimando-se as partes. O julgamento do recurso prosseguirá sempre que possível, após o cumprimento da diligência. Da mesma forma, se houver necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, a ser realizada no tribunal ou no primeiro grau de jurisdição. Após a conclusão da instrução, o recurso será julgado. Se não determinadas pelo relator, as medidas mencionadas nos §§ 1º e 2º do citado art. 938, poderão ser providenciadas pelo órgão competente para o julgamento do recurso (§ 4º).

Deve-se ressaltar o disposto no art. 76 do novo CPC, que prevê a possibilidade de concessão de prazo para regularização de representação na fase recursal (§ 2º do art. 76 do novo CPC).

Pelo art. 941, § 3º, do novo CPC, o voto vencido será necessariamente declarado, integrando o acórdão para todos os fins, inclusive de prequestionamento.

Outra inovação que merece destaque é a prevista no art. 942 do novo CPC. Se o resultado da apelação não for unânime, o julgamento prosseguirá em nova sessão a ser designada e com a presença de novos julgadores, convocados nos termos do regimento interno, em número que garanta a inversão do resultado inicial, assegurada às partes e a terceiros a possibilidade de sustentar oralmente perante os novos julgadores. O julgamento pode seguir na mesma sessão, com voto de outros julgadores que porventura componham o colegiado, podendo os que já tiverem votado, rever o voto anteriormente proferido.

Esse mesmo procedimento também se aplica na ação rescisória, se o resultado é a rescisão da sentença, que prosseguirá em órgão de maior composição, e no agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Por outro lado, ele não se aplica: no incidente de assunção de competência, no de resolução de demandas repetitivas, no julgamento da remessa necessária, nem nos julgamentos do plenário ou da corte especial dos tribunais.

O novo CPC estabelece que o acórdão deverá ser publicado no prazo de trinta dias contados do julgamento. Se isso não ocorrer, as notas taquigráficas substituirão o teor do acórdão, independentemente de revisão, para todos os fins legais, cabendo ao presidente do tribunal lavrar as conclusões e a ementa e mandar publicá-lo (art. 944 do novo CPC).

Havia inovado também o novo CPC ao prever, no art. 945, o julgamento por meio eletrônico dos recursos e das causas de competência originária que não admitem sustentação oral. Porém, referido dispositivo foi integralmente revogado.

O art. 947 do novo CPC prevê o incidente de assunção de competência. Referido incidente é admissível em julgamento de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária que envolvam relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem

repetição em diversos processos. O incidente poderá ser proposto pelo relator, de ofício ou a requerimento da parte, pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, e será julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, que o julgará, caso reconheça interesse público na assunção de competência (§§ 1º e 2º). O acórdão proferido vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, salvo se houver revisão de tese (§ 3º). Esse procedimento se aplica a feitos com relevante questão de direito em que seja conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (§ 4º).

Outro incidente previsto de forma inovadora no novo CPC é o de resolução de demandas repetitivas, a partir do art. 976. Tal incidente busca resguardar a isonomia e a segurança jurídica, na hipótese de repetição de processos com mesma questão de direito e pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal, na pendência de qualquer causa de sua competência.

A instauração do incidente pode dar-se: por iniciativa do relator ou órgão colegiado, por ofício; pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil que inclua, entre suas finalidades institucionais, a defesa do interesse objeto do incidente, por petição.

Se o Ministério Público não figurar como requerente, intervirá obrigatoriamente, devendo assumir a titularidade, no caso de desistência ou abandono do requerente.

A ausência de algum dos pressupostos para a admissibilidade do incidente não impede ser novamente suscitado, se presente o pressuposto antes ausente.

O incidente não é cabível se um tribunal superior tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Dar-se-á ampla divulgação e publicidade à instauração e ao julgamento do incidente, por meio de registro eletrônico no CNJ. Os

tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados, com informações das questões de direito objeto do incidente, comunicando ao CNJ para inclusão no cadastro. O mesmo procedimento deve ser observado no julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Com a admissão do incidente pelo órgão colegiado, o relator: determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região; requisitará informações a órgãos onde tramita processo em que se discute o tema objeto do incidente, para prestá-las no prazo de quinze dias; intimará o MP para, querendo, manifestar no prazo de quinze dias. Por razões de segurança jurídica, os legitimados para o incidente de demandas repetitivas, bem como a parte em processo em curso com questão jurídica objeto do incidente, poderão requerer a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a mesma questão jurídica. Cessa a suspensão dos processos se não forem interpostos os recursos especial ou extraordinário, contra a decisão proferida no incidente.

O interessado poderá requerer o prosseguimento ou a suspensão de seu processo se demonstrar a distinção de seu caso ou que está abrangido pelo incidente, mediante requerimento dirigido ao juízo onde tramita o processo. A decisão denegatória poderá ser impugnada por agravo de instrumento.

O relator instruirá o incidente, ouvindo as partes e interessados, inclusive entidades e órgãos, e determinará as diligências para elucidar a questão de direito controvertida, havendo manifestação do Ministério Público. Poderá ainda designar audiência pública, para ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

A tese jurídica resultante do julgamento do incidente será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre

idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território da competência do tribunal, ressalvada a revisão da tese jurídica. Caso não seja observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

O entendimento consagrado poderá ser revisto pelo próprio tribunal ou ser impugnada por recurso especial ou extraordinário, conforme o caso. Se houver exame do mérito pelo STF ou pelo STJ, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

O novo CPC institui o mecanismo da reclamação, prevista na Constituição para o STF e para o STJ. A reclamação pode ser utilizada pela parte interessada ou pelo Ministério Público para preservar a competência do tribunal ou garantir a autoridade das decisões do tribunal, bem como a observância de decisão ou precedente do STF no controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e acórdão procedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (arts. 988 a 993 do novo CPC).

A reclamação será proposta perante qualquer tribunal, antes do trânsito em julgado da decisão, mas após esgotar as instâncias ordinárias, no caso de acórdão em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, será julgada pelo órgão cuja competência se busca preservar ou autoridade se pretenda garantir. O relator: requisitará informações de quem praticou o ato atacado, que as prestará no prazo de dez dias, determinará a suspensão do processo ou do ato atacado, se for o caso, para evitar dano irreparável, e determinará a citação do beneficiário para contestar o pedido em quinze dias. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante. O Ministério Público terá vista, se não figurar como reclamante.

Se julgada procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão e adotará a medida para

solucionar a controvérsia. O cumprimento da nova decisão é imediato e o acórdão será lavrado posteriormente. No que couber, será aplicado o procedimento do mandado de segurança.

Deve-se fazer menção à previsão que está fora do Livro III, mas que afeta o procedimento recursal.

Trata-se da figura do *amicus curiae*, no art. 138 do novo CPC, consistente na possibilidade de o juiz ou relator, em matéria relevante e tema específico ou cuja controvérsia possua repercussão geral, determinar, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, ou de quem pretenda manifestar-se, “solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias de sua intimação.”

A intervenção do *amicus curiae* não altera a competência nem admite interposição de recursos, a não ser os embargos de declaração. O juiz ou relator definirá os poderes do *amicus curiae*. Poderá recorrer, contudo, da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Já no referente aos recursos, importa destacar na parte geral alguns dispositivos.

O prazo para a interposição do recurso conta-se da data da intimação da decisão. Se na audiência for proferida decisão, considera-se feita a intimação na data de sua realização. A data de interposição do recurso enviado pelo correio será a data da postagem. O prazo para os recursos fica unificado em 15 (quinze) dias, salvo embargos de declaração, cujo prazo permanece de 5 (cinco) dias. Os feriados locais serão comprovados pelo recorrente (art. 1003 do novo CPC). Alteração relevante, refere-se ao computo dos prazos em geral. De acordo com o art. 219 do novo CPC, os prazos em dias, fixado por lei ou pelo juiz, serão contados apenas os dias úteis. O parágrafo único estabelece que tal previsão aplica-se somente aos prazos processuais.

O preparo, inclusive porte de remessa e retorno, quando exigido, será comprovado no ato de interposição do recurso (art. 1.007 do novo CPC). Na linha do CPC anterior, a insuficiência de preparo pode ser suprida com o complemento do valor no prazo de cinco dias, que, se não providenciada, acarretará a deserção (art. 1.007, § 2º, do novo CPC). Já em relação à ausência de comprovação do recolhimento do preparo, a novidade é a possibilidade de recolhimento em dobro antes de ser considerado deserto o recurso (art. 1.007, § 4º, do novo CPC). Nessa última hipótese, de recolhimento em dobro, se houver insuficiência parcial do preparo ou do porte de remessa, não se admite a complementação (art. 1.007, § 5º, do novo CPC). No caso de justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, fixando o prazo de cinco dias para o recorrente efetuar o preparo (art. 1.007, § 6º, do novo CPC). O equívoco no preenchimento da guia de custas não enseja deserção, podendo o relator, no caso de dúvida, intimar o recorrente para sanar o vício em cinco dias (art. 1.007, § 7º, do novo CPC).

Em relação aos recursos em espécie, a apelação inicia com uma modificação substancial nas questões resolvidas na fase de conhecimento. No CPC anterior, foi criada a figura do agravo retido para evitar a preclusão das questões resolvidas e não impugnadas pelo agravo de instrumento. Estabeleceu-se, inclusive, a figura do agravo oral em audiência apresentado em seguida às decisões dos incidentes verificados por ocasião de sua realização.

Eliminou-se o agravo retido, assegurando-se que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se não comportarem agravo de instrumento, não incide a preclusão, devendo ser suscitadas em preliminar de eventual apelação ou contrarrazões, intimando-se, neste último caso, o recorrente para manifestar-se sobre elas. Nas versões anteriores do projeto, chegou-se a adotar figura que sempre foi utilizada no processo do trabalho: o protesto.

Porém, na redação final, optou-se pela não preclusão (art. 1.009, §§ 1º e 2º do novo CPC).

Outra modificação é que após o prazo para apresentar contrarrazões, o juiz remeterá os autos ao tribunal, independentemente de juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do novo CPC).

O novo CPC preservou o efeito suspensivo da apelação, como regra geral, enumerando os casos em que o efeito é meramente devolutivo (art. 1.012, do novo CPC). O pedido de efeito suspensivo, nesses casos, será dirigido ao tribunal, no período entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator prevento para o julgamento da apelação. Se já distribuída a apelação, o pedido de efeito suspensivo será dirigido ao relator (art. 1.012, §§ 2º e 3º, do novo CPC).

Em relação ao efeito devolutivo da apelação (art. 1.013 do novo CPC), foram mantidas as previsões do *caput*, §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC anterior, com pequena modificação de redação e o acréscimo de que as questões a serem apreciadas e julgadas pelo tribunal limitam-se ao capítulo impugnado. Já em relação ao § 3º, houve significativa ampliação, indicando o novo dispositivo que “se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito”, nas seguintes situações: reformar a sentença com base no art. 485, que enumera os casos em que o órgão jurisdicional não resolverá o mérito; decretar a nulidade da sentença, quando não seja congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; constatar omissão no exame dos pedidos, podendo julgá-los; decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. Quando reformar sentença que pronuncie a decadência ou prescrição, o tribunal prosseguirá no julgamento, examinando as demais questões, para resolver a matéria de fundo.

Por fim, no § 5º do art. 1.013 do novo CPC, esclarece-se que o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela antecipada é impugnável na apelação, merecendo

ressaltar que a sentença, neste caso, produz efeitos imediatos após a sua publicação, nos termos do art. 1.012 do novo CPC.

Na parte do agravo de instrumento, não há mais o agravo retido, como já mencionado, e o art. 1.015 do novo CPC enumera as decisões interlocutórias em que o recurso é cabível, além de outras previstas em lei. São elas: tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição da alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão da intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; e outros casos expressamente referidos em lei. Também cabe o agravo de instrumento das decisões interlocutórias na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário (art. 1.015, parágrafo único).

Da mesma forma que o CPC anterior, o agravo de instrumento é dirigido diretamente ao tribunal competente (art. 1.016 do novo CPC), sendo a petição instruída com os documentos obrigatórios e facultativos (art. 1.017 do novo CPC). Na falta de peça ou diante de qualquer vício que inviabilize a admissibilidade do agravo de instrumento, o relator deverá conceder o prazo de cinco dias para sanar o vício ou completar a documentação exigível (art. 1.017, § 3º, do novo CPC). O agravo de instrumento poderá ser interposto, no prazo previsto, por: protocolo realizado diretamente no tribunal competente para julgá-lo; realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias; postagem, sob registro com aviso de recebimento; transmissão de dados tipo fac-símile nos termos da lei, devendo a documentação ser juntada com os originais; e por outra forma

prevista na lei. No processo eletrônico, são dispensadas as peças obrigatórias (art. 1.017, §§ 2º e 4º, do novo CPC).

Cabe ao agravante juntar nos autos do processo: cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação de documentos que instruíram o recurso, no prazo de três dias a contar da interposição do recurso. A não observância da exigência, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento (art. 1.018 do novo CPC).

No tribunal, o agravo de instrumento será distribuído e o relator poderá atribuir efeito suspensivo ou deferir, total ou parcialmente, em antecipação de tutela à pretensão recursal, comunicando ao juiz a decisão. O agravado será intimado para responder no prazo de quinze dias, sendo facultada a juntada da documentação que entender necessária ao julgamento do recurso. Se for o caso de sua intervenção, o Ministério Público será intimado para manifestar (art. 1.019 do novo CPC) e o julgamento deverá ocorrer em prazo não superior a um mês da intimação do agravado (art. 1.020 do novo CPC).

O art. 1.021 do novo CPC trata do agravo interno contra decisão proferida pelo relator para o respectivo órgão colegiado, devendo ser observadas, para o seu processamento, as regras do regimento interno do tribunal. O agravante deve impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada, dirigindo a petição ao relator, que intimará o agravado para manifestar no prazo de quinze dias. Se não houver retratação, o recurso será levado a julgamento, com inclusão em pauta. O relator não poderá reproduzir os fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. Se o agravo interno for manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e cinco por cento do valor da causa atualizado, cujo

depósito é condição para a interposição de qualquer outro recurso, à exceção do beneficiário da gratuidade da justiça e da Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final.

Os embargos de declaração (art. 1.022 a 1.026 do novo CPC) seguem para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material. Optou-se por enumerar os casos de omissão, que são os seguintes: não manifestar sobre tese firmada no julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; utilizar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos que, em tese, sejam capazes de infirmar a conclusão do julgador; invocar precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar que o caso a eles se ajusta; e deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar distinção ou superação do entendimento.

O órgão jurisdicional intimará o embargado para manifestar no prazo de cinco dias se vislumbrar a possibilidade de modificação da decisão embargada. Os embargos opostos contra decisão do relator ou unipessoal serão decididos monocraticamente. O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno, se entender ser este o recurso cabível, intimando o recorrente para complementar as razões recursais em cinco dias, a fim de impugnar especificamente os fundamentos da decisão. Se modificada a decisão e o embargado houver interposto outro recurso contra a decisão originária, possui o direito de complementar ou alterar suas razões, nos limites da modificação, no prazo de quinze dias, contados da intimação da decisão dos embargos de declaração. A rejeição dos embargos ou a não alteração da conclusão do julgamento

anterior levam ao processamento e julgamento do recurso da outra parte, independentemente de ratificação.

O novo CPC incorpora o prequestionamento ficto no art. 1.025, ao considerar incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, mesmo que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, se o tribunal superior detectar erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Incluiu-se, também, a possibilidade de o juiz ou relator concederem efeito suspensivo à decisão, diante da probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Nos embargos manifestamente protelatórios, o embargante será condenado a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. Se reiterados, a multa será elevada até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito prévio da multa, exceto o beneficiário da justiça gratuita e a Fazenda Pública, que recolherão ao final.

No tocante aos recursos extraordinário e especial (art. 1.029 e ss do novo CPC) havia a previsão do recurso fundado em dissenso jurisprudencial, vedando a sua não admissão “com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção” (art. 1.029, § 2º, do novo CPC). Porém, esse dispositivo foi revogado.

O vício formal de recurso tempestivo não reputado grave poderá ser desconsiderado ou determinada sua correção pelo STF ou STJ (art. 1.029, § 3º, do novo CPC).

Inicialmente, o texto original previa que, após a intimação para apresentação de contrarrazões pelo recorrido, os autos seriam remetidos ao tribunal superior respectivo, independentemente do juízo de admissibilidade

(art. 1.030, parágrafo único, do novo CPC). Posteriormente, essa redação foi alterada para reintroduzir o juízo de admissibilidade do órgão perante o qual esses recursos são interpostos.

Admitido o recurso extraordinário ou especial, o STF ou o STJ “julgará a causa, aplicando o direito” (art. 1.034 do novo CPC). Relevante notar que a admissão desses recursos devolve ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos, se interpostos com base em um deles, e de todas as questões relevantes para a solução do capítulo impugnado.

Em relação à repercussão geral (art. 1.035 do novo CPC), uma vez reconhecida a sua existência, o relator no STF determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Poderão ser excluídos do sobrestamento, a requerimento do interessado, o recurso extraordinário intempestivo, ouvida a outra parte, cuja decisão denegatória pode ser impugnada por agravo. Negada a repercussão geral, os recursos extraordinários sobrestados terão o seguimento denegado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem. O recurso em que a repercussão geral for conhecida será julgado no prazo de um ano, com preferência sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réu preso e *habeas corpus*. A súmula da decisão sobre a repercussão geral será registrada em ata e publicada no diário oficial, valendo como acórdão.

Os recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.036) serão selecionados pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou tribunal regional federal, suspendendo-se o processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou na região, conforme o caso. O relator em tribunal superior também poderá selecionar recursos representativos da controvérsia, não se vinculando à escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem.

O relator no tribunal superior, selecionados os recursos, proferirá decisão de afetação, identificando com precisão a questão a ser submetida a julgamento, determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no território nacional sobre a questão. Além disso, poderá requisitar a todos os tribunais de justiça e tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia. Os recursos afetados serão julgados em um ano e terão preferência sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réu preso e *habeas corpus*.

O agravo em recurso especial e em recurso extraordinário caberá contra decisão que não admitir recurso extraordinário ou especial, salvo quando se referir a entendimento firmando em repercussão geral ou julgamento de recursos repetitivos.

Por fim, também relevante mencionar algumas alterações dos embargos de divergência (arts. 1.043 e 1.044 do novo CPC) em julgamento de recurso extraordinário ou especial e nas causas de competência originária de tribunal. Os embargos podem ser interpostos por divergência no mérito e entre um acórdão de mérito e outro que não o seja, embora tenha apreciado a controvérsia, desde que a divergência seja de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, ou da mesma turma, se sua composição foi alterada em mais da metade de seus membros. Além disso, a divergência apta à interposição dos embargos de divergência pode referir-se a direito material ou processual. Por fim, a interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para a interposição do recurso extraordinário por qualquer das partes.

4. Incidência das disposições do novo CPC ao sistema recursal trabalhista

O primeiro ponto em relação ao qual provavelmente prevalecerá o entendimento de aplicação do novo CPC refere-se à ampliação da margem do relator.

A Lei n. 13.015/2014 estendeu a possibilidade de julgamento abreviado pelo relator aos recursos de embargos, no tocante à denegação de seguimento, que já estava previsto no § 5º do art. 896 da CLT. Como já mencionado, esse parágrafo foi deslocado no anteprojeto encaminhado pelo TST para o art. 896-B, que recebeu redação distinta no Congresso Nacional. O texto aprovado acabou suprimindo tal previsão. Com efeito, na redação atual da CLT só há previsão expressa de o relator denegar seguimento ao recurso de embargos. Nenhum óbice porém foi levantado à possibilidade de julgamento abreviado mais amplo, como previsto no art. 557 do antigo CPC, inclusive, na aplicação de multa em razão da interposição do recurso de agravo infundado, como aliás é a jurisprudência do TST⁽⁵⁾.

A supressão do § 5º do art. 896 da CLT provavelmente não vai alterar esse quadro e as novas disposições do CPC serão aplicadas, com ampliação significativa das atribuições do relator, além do alargamento da margem para o julgamento abreviado, considerando que poderá não conhecer do recurso ou negar-lhe provimento.

É possível que surja questionamento a respeito da aplicação de multa no caso do agravo manifestamente incabível, bem como dos embargos de declaração protelatórios, considerando a supressão do projeto que resultou na Lei n. 13.015/2014, de todas as multas aplicáveis a recursos manifestamente protelatórios ou incabíveis. De qualquer forma, é provável que a jurisprudência do TST se firme no sentido da aplicação subsidiária do CPC, como já ocorria. Porém, deve-se observar que o relator não poderá reproduzir os fundamentos da decisão agravada para rejeitar as alegações do agravo. Já o entendimento de

que até a pessoa jurídica de direito pública está sujeita ao recolhimento da multa ali prevista para recorrer⁽⁶⁾, não está de acordo com o novo CPC, que, neste caso, é inquestionavelmente aplicável ao processo do trabalho.

Agora, a ampliação da margem do relator implica a adoção de providências expressamente previstas, como a abertura de prazo para sanar vícios ou complementar documentação exigível e a intimação das partes para manifestarem sobre questão que pode ser pronunciada de ofício, entre outras.

O novo CPC possui uma linha caracterizada pela maior instrumentalidade das formas e simplicidade. Na fase recursal, há uma opção clara no sentido de se chegar ao exame meritório, mediante a descon sideração ou correção de alguns vícios não reputados graves. Aliás, essa é a marca do processo do trabalho. Porém, no que se refere à Lei n. 13.015/2014, percebe-se uma ambiguidade nesse aspecto. De um lado, a parte incluída pelo Congresso Nacional, durante a tramitação do projeto, consagrou a simplicidade, ao determinar a possibilidade de descon siderar ou sanar as irregularidades não reputadas graves nos recursos tempestivos. De outro, houve um exagerado formalismo nas exigências do recurso de revista estabelecidas no art. 896, § 1º-A, que vai de encontro com a nova sistemática processual civil, bem como com os princípios do direito processual do trabalho. O TST vem propugnando a observância das novas formalidades, mas com imensa divergência entre os seus órgãos julgadores. A exigência de indicação do trecho recorrido que contenha o prequestionamento é objeto de leituras discrepantes. Alguns órgãos aceitam a indicação do número das folhas onde o trecho

(5) SUM-435 ART. 557 DO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 73 da SBDI-2 com nova redação) – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012 Aplica-se subsidiariamente ao processo do trabalho o art. 557 do Código de Processo Civil.

(6) OJ-SDI1-389 — MULTA PREVISTA NO ART. 557, § 2º, DO CPC. RECOLHIMENTO. PRESSUPOSTO RECURSAL. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. EXIGIBILIDADE. (DEJT divulgado em 9, 10 e 11.6.2010) Está a parte obrigada, sob pena de deserção, a recolher a multa aplicada com fundamento no § 2º do art. 557 do CPC, ainda que pessoa jurídica de direito público.

se encontra, enquanto outros exigem a transcrição. Em geral, não se aceita a transcrição integral do acórdão recorrido, a menos que seja sintético ao abordar as questões debatidas. Por outro lado, se o recorrente não destaca todos os trechos relevantes para o julgamento, o recurso não é conhecido. Há também controvérsia sobre a aceitação de transcrição da ementa. Em síntese, é absurdamente alto o número de recursos não conhecidos por não observância do art. 896, § 1º - A, sobre cujo teor os próprios órgãos do tribunal não se entendem.

Não é só no aspecto da simplicidade. A própria proposta uniformizadora, que impregna todo o novo CPC e a própria Lei n. 13.015/2014, fica severamente comprometida com o grau de exigências para o conhecimento do recurso de revista. A opção por ampliar o juízo de admissibilidade em detrimento do juízo de mérito, ao estabelecer uma série de condicionamentos para o recurso ser conhecido, esvazia o mérito recursal, reforçando a sistemática adotada pelo TST, que não é mais a utilizada no STF⁽⁷⁾. Esse excesso processual

configura denegação de acesso à justiça⁽⁸⁾. Além disso, o novo CPC, ao tratar do recurso especial e extraordinário, faz menção ao fato de que conhecido o recurso, deve ser aplicado o direito ao caso. Trata-se de nítida distinção entre admissibilidade e mérito recursal.

Dois aspectos que também contribuem para a celeridade e informalidade na tramitação dos recursos dizem respeito à integração do voto vencido ao acórdão e sua validade para fins de prequestionamento e a publicação do acórdão no prazo de trinta dias, que, se não tiver sido redigido, será substituído pelas notas taquigráficas, cabendo ao presidente do tribunal inserir as conclusões e ementa. Sem dúvida alguma, são previsões perfeitamente aplicáveis ao processo do trabalho.

Provavelmente, prevalecerá o entendimento de não aplicação no processo do trabalho da hipótese de julgamento não unânime da apelação, que acarretará o seu prosseguimento, para a possível inversão do resultado inicial. Esse mesmo procedimento se aplica à ação rescisória procedente e ao agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. Foi a maneira encontrada para inserir parte do procedimento antes previsto para os embargos infringentes.

Tal dilação da tramitação recursal, em princípio, seria de duvidosa utilidade no processo do trabalho, especialmente porque o valor perseguido no caso da apelação, que corresponde ao recurso ordinário, seria a unanimidade, independentemente do resultado e da matéria. Em relação ao agravo de instrumento, seu cabimento no processo do trabalho é bem mais restrito, limitando-se a atacar as decisões denegatórias de recursos para outros tribunais. Além do que, o recurso de embargos infringentes no TST permanece, de modo que o novo

(7) EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a — para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados — e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual

se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova. RE n. 298.694, DJ de 23.4.2004.

(8) PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Ação civil pública no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2014. ps. 47, 320 e ss.

procedimento não incidirá nas hipóteses em que ele é cabível. Portanto, tudo indica que tal previsão não encontrará acolhida nos tribunais trabalhistas.

Igualmente, seria de duvidosa aplicação no processo do trabalho a previsão de julgamento por meio eletrônico dos recursos e causas de competência originária que não admitem sustentação oral. Aliás, seria questionável a sua utilidade e constitucionalidade, na medida em que o art. 93, IX, da Constituição, prevê a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário. No âmbito trabalhista, a medida alcançaria sobretudo o TST, que possui número elevado de agravos de instrumento, para os quais não há sustentação oral. Mesmo assim, o julgamento dos agravos de instrumento, em que não há requerimento de preferência, se dá por meio de planilhas, o que propicia agilidade ao julgamento. Já nos tribunais regionais do trabalho, o número de recursos sem sustentação oral é bem mais reduzido. A alteração do procedimento para, em tese, lograr celeridade não é compatível com a publicidade assegurada constitucionalmente. Dessa forma, andou bem o legislador ordinário em revogar tal possibilidade.

O incidente de assunção de competência aplica-se para o julgamento de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária envolvendo relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos. Previsão similar já havia no art. 555, § 1º, do CPC, de assunção da competência em questões relevantes de direito, para prevenir ou compor divergências.

A Lei n. 13.015/2014 também faz menção à assunção da competência, embora não tenha ficado muito clara a hipótese de seu cabimento. É o § 13, incluído na Câmara dos Deputados, que alude ao julgamento a que se refere o § 3º do mesmo artigo. Este último parágrafo trata da uniformização de jurisprudência pelos tribunais regionais do trabalho, ao passo que o § 13 trata de matéria relevante que pode ser deslocada da Seção Especializada em Dissídios

Individuais do TST para o Pleno. Como incidente em recurso de revista, por se localizar no art. 896 e não 894, II, da CLT, deveria iniciar na Turma e não na Seção de Dissídios Individuais. Daí, seria possível cogitar a seguinte situação: o relator na Turma, em recurso de revista que resulte do incidente de uniformização da jurisprudência do TRT ou em matéria relevante, poderia provocar a Seção de Dissídios Individuais que, por sua vez, mediante a maioria de seus membros, deslocaria o julgamento do recurso para o Pleno. Em princípio, não há, na lei sancionada, indício de que tenha havido a modificação da competência para julgar esses casos, como foi expressamente previsto no incidente de recursos repetitivos, que estabelece a competência da SDI. Diante da dúvida acerca da redação do mencionado § 13, o TST, no art. 7º do ato 491, de 2014, acabou por restringir a assunção de competência ali prevista para os recursos que tramitam na SDI. Esse dispositivo, contudo, foi expressamente revogado pela Instrução Normativa n. 38/2015. De qualquer forma, fica a possibilidade de aplicação das disposições do novo Código de Processo Civil, sobre a assunção de competência, em qualquer recurso trabalhista, desde que presentes os pressupostos estabelecidos, observando-se que, havendo repetição da questão relevante e diversos processos, o incidente não será cabível.

O incidente que dará margem a muitas controvérsias, não só no processo do trabalho, é o de resolução de demandas repetitivas. Embora instaurado no tribunal, ele afeta os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou região. Caso admitido o incidente, a suspensão desses processos é determinada pelo relator. A tese jurídica resultante do julgamento do incidente será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que tramitam ou venham a tramitar no âmbito da competência do tribunal.

O problema desse incidente, cuja constitucionalidade é também duvidosa, é vincular os juízes de primeiro grau, antes mesmo de que

haja número significativo de decisões. Basta o risco de ofensa à isonomia ou à segurança jurídica pela repetição de processos com a mesma questão jurídica que será cabível. Trata-se de uma antecipação, ou mesmo avocatória pelo tribunal, que afeta radicalmente a função jurisdicional. A possibilidade de o tribunal se antecipar e proferir tese vinculativa a órgãos jurisdicionais distintos pode provocar inúmeras discussões. Não há na Constituição previsão nesse sentido, de que decisões dos tribunais em geral possam ser aplicadas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Algumas decisões do STF possuem, de fato, essas características, porém, justamente em razão de sua competência expressamente prevista, bem como dos instrumentos existentes no texto constitucional para o referido tribunal realizar sua missão.

Fora as hipóteses expressamente previstas, deve ser resguardada a garantia prevista no art. 5º, II, da Constituição, no sentido de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A vinculação do juiz de primeiro grau à tese acolhida pelo tribunal na resolução das demandas repetitivas resulta na obrigatoriedade de condutas no plano geral por ato do poder Judiciário e não do Legislativo.

Além disso, o processo do trabalho possui uma peculiaridade, que é a cumulação objetiva. Em geral, as reclamações trabalhistas contêm vários pedidos, o que dificulta a extração de questões jurídicas comuns aos casos que tramitam na justiça do trabalho. Ainda que a tentativa se desse, haveria uma suspensão de feitos, para tratar de apenas alguns pontos em discussão nos diversos processos, o que poderia acarretar grande confusão processual. Portanto, caso ultrapassada a discussão acerca da constitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, na forma como prevista no novo CPC, ela em nada contribui para proporcionar maior racionalidade às decisões da justiça do trabalho. Numa interpretação

conforme à Constituição, deve-se entender que a tese consagrada no incidente possui efeito apenas indicativo e não vinculativo.

O novo CPC institui a figura do *amicus curiae*, que consiste na possibilidade de o juiz relator, em matéria relevante e tema específico ou na controvérsia que possua repercussão geral, determinar a manifestação no processo de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada com representatividade adequada.

Ela vem sendo utilizada com frequência no STF e a partir do novo CPC será também possível em outros tribunais. A Lei n. 13.015/2014, no § 8º do art. 896-C, prevê a participação de pessoa, órgão ou entidade que tenham interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples. Esse parágrafo integra a disciplina do incidente de recursos repetitivos no recurso de revista.

O novo CPC estabelece que os juízes e tribunais seguirão as decisões do STF na ADI e ADC, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e as decisões em resolução de recursos extraordinário e especial repetitivos, as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Como já mencionado, não é admissível a interpretação de que se atribuiu efeito vinculante por lei a decisões que, segundo a Constituição, não as detêm. Em relação às decisões em ADI e ADC, bem como aos enunciados da súmula vinculante, não há nenhum problema em estabelecer previsão nesse sentido. Porém, em relação às demais decisões dos tribunais, o novo CPC extrapola. A determinação de sentido dos marcos normativos, de cima para baixo, constitui afronta aos princípios democráticos. O poder do magistrado de adotar contraponto de vista é fundamental na dinâmica jurídica, embora seja possível estabelecer limites em momento

posterior. A eliminação do dissenso na base, por meio da antecipação dos julgamentos pelos tribunais, não assegura, repita-se, racionalidade às decisões judiciais.

Daí que a adoção da reclamação como instrumento geral, que resguarda a competência e autoridade das decisões de todos os tribunais, seja também questionável. Em relação ao acórdão em incidente de casos repetitivos ou no de assunção de competência, é de questionável constitucionalidade o efeito vinculativo, bem como a reclamação que o assegura.

Por fim, há a previsão de distinção das situações, o que permite não seguir o precedente, bem como de sua revisão, com alteração das súmulas ou não, dos tribunais. A decisão que altera o entendimento dominante poderá ter os seus efeitos modulados. As mesmas possibilidades (distinção e modulação dos efeitos) foram reconhecidas para o TST na Lei n. 13.015/2014, no julgamento do incidente de recursos de revista repetitivos.

No que se refere aos recursos em geral, aplica-se a regra de interposição pelo correio, considerando como data de sua ocorrência a da postagem. Já em relação ao preparo, não parece ser possível o recolhimento em dobro antes de ser considerado deserto, em razão das peculiaridades do processo do trabalho. Da mesma forma, não se aplica a possibilidade de suprir a insuficiência de preparo.⁽⁹⁾ Porém, perfeitamente cabível a possibilidade de sanar o vício em caso de equívoco no preenchimento das guias, bem como a complementação da documentação obrigatória no agravo de instrumento, além da possibilidade de regularização da representação na fase recursal, até mesmo em razão do novo § 11 do art. 896 da CLT. Da mesma forma, apresenta-se desproporcional o não conhecimento do recurso por diferença

de centavos no preparo, como prevê a OJ n. 140 da SBDI-1. Já em relação ao cômputo dos prazos processuais, entre eles os recursais, é possível que haja resistência a sua aceitação no processo do trabalho, em razão de disposições expressas sobre contagem de prazos, mas que não traria prejuízos em termos de celeridade, considerando o acréscimo de alguns dias para a prática dos atos. A uniformidade da contagem dos prazos em todos os órgãos do Judiciário possui reflexos no exercício da advocacia e o aumento de poucos dias não justifica a sua rejeição.

Na parte dos recursos em espécie, a primeira alteração que cabe verificar a compatibilidade com o processo do trabalho é a remessa ao tribunal do recurso de apelação, após o prazo para apresentação das contrarrazões, independentemente de juízo de admissibilidade. Em relação ao recurso ordinário, parece conveniente a adoção do novo procedimento, considerando a jurisprudência restritiva do TST em relação ao não cabimento de recurso de revista contra acórdão regional em agravo de instrumento⁽¹⁰⁾.

A ampliação da disciplina do efeito devolutivo da apelação deverá incidir também para o recurso ordinário, embora o TST não tenha zelado pelo rigor conceitual que se extrai do art. 515 do CPC anterior, ao tratar não apenas do efeito devolutivo em profundidade, mas também em extensão, além de referir-se à disposição que trata das questões suscitadas e discutidas, como se o fizesse em relação aos fundamentos⁽¹¹⁾.

(9) Ver a propósito comentário à OJ n. 140 da SDI-1 do TST. MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST*. Comentadas e organizadas por assunto. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 894. Ver também MIESSA, Élisson. *Recursos trabalhistas*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 122.

(10) Súmula n. 218 do TST — RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (mantida) — Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É incabível recurso de revista interposto de acórdão regional prolatado em agravo de instrumento.

(11) Súmula n. 393 do TST — RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. ART. 515, § 1º, DO CPC (redação alterada pelo Tribunal Pleno na sessão realizada em 16.11.2010) — Res. n. 169/2010, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.11.2010.

O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC,

Acerca do agravo de instrumento, o processo do trabalho possui especificidades, tendo em conta que referido recurso, como já tratado, aplica-se apenas à decisão que denega seguimento a recurso para outro tribunal.

Porém, alguns problemas procedimentais vêm ocorrendo em razão de sua não previsão para as decisões interlocutórias que concedem ou negam a tutela antecipada. Nesses casos, o remédio previsto é o mandado de segurança, quando concedida⁽¹²⁾, devendo ser a via também para quando é negada, a despeito da dubiedade da jurisprudência nesse aspecto⁽¹³⁾.

A impetração de mandado de segurança na espécie tem feito com que a matéria seja

transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC.

- (12) Súmula n. 414 do TST — MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 50, 51, 58, 86 e 139 da SBDI-2) — Res. 1n. 37/2005, DJ 22, 23 e 24.8.2005

I — A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso. (ex-OJ n. 51 da SBDI-2 — inserida em 20.9.2000)

II — No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. (ex-OJs ns. 50 e 58 da SBDI-2 — inseridas em 20.9.2000)

III — A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar). (ex-Ojs da SBDI-2 ns. 86 — inserida em 13.3.2002 — e 139 — DJ 4.5.2004)

- (13) Súmula 418 do TST — MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 120 e 141 da SBDI-2) — Res. n. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.8.2005.

A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança. (ex-Ojs da SBDI-2 ns. 120 — DJ 11.8.2003 — e 141 — DJ 4.5.2004)

apreciada por órgão distinto do que julgará o eventual recurso interposto da sentença, acarretando desvios procedimentais e antecipação de posições. Daí que, de *lege ferenda*, melhor seria a ampliação do agravo de instrumento, para que tenha cabimento na hipótese, substituindo o mandado de segurança que, inclusive, vem sendo admitido, na maioria dos casos, como sucedâneo recursal.

Deve ser aplicado ao agravo de instrumento no processo do trabalho o dispositivo do novo CPC que prevê o protocolo em outras localidades, além do tribunal que julgará o agravo, bem como a postagem e o envio fac-símile. Da mesma forma, o que determina a concessão de prazo para a juntada de peças ou correção de outros vícios. Aliás, a CLT não contém dispositivo que impeça a interposição do agravo de instrumento contra a denegação de seguimento do recurso ordinário diretamente no tribunal. Essa previsão existe expressamente apenas para o recurso de revista (art. 896, § 1º, CLT).

Sobre os embargos de declaração, a enumeração das hipóteses de omissão contribui para afastar algumas alegações comuns ao seu não acolhimento pelo Judiciário. A conversão dos embargos de declaração em agravo propiciará a abertura de prazo para a apresentação das razões que impugnam a decisão agravada. Assim como no agravo, os dispositivos que previam a aplicação de multa por embargos de declaração manifestamente protelatórios, bem como por sua reiteração, darão ensejo a intensa discussão, considerando que, como já comentado, a multa estava prevista no anteprojeto encaminhado pelo TST, mas que foi retirada durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional que resultou na Lei n. 13.015/2014. De qualquer forma, como a matéria é infraconstitucional, é o TST que determinará a interpretação prevalecente.

As mencionadas alterações nos embargos de divergência (arts. 1.043 e 1.044 do novo CPC) em julgamento de recurso extraordinário

ou especial e nas causas de competência originária de tribunal podem ter influência na jurisprudência do TST sobre os embargos para a SDI1. Os embargos, no novo CPC, podem ser interpostos por divergência no mérito, entre um acórdão de mérito e outro que não o seja, embora tenha apreciado a controvérsia, desde que a divergência seja de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, ou da mesma turma, se sua composição foi alterada em mais da metade de seus membros. Além disso, a divergência apta à interposição do recurso pode referir-se a direito material ou processual.

As novas disposições reforçam o entendimento de que não mais pode prosperar as restrições da SDI1 ao recurso de embargos por contrariedade à súmula ou orientação jurisprudencial de direito processual.

O próprio art. 894, II, da CLT, não dá espaços para o entendimento, atualmente prevalecente. A jurisprudência assim se firmou, conforme se verifica no trecho da ementa a seguir transcrita:

(...) RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA NÃO CONHECIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 126 DO TST PELA TURMA. SÚMULA DE CARÁTER PROCESSUAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. SÚMULAS NS. 296, ITEM I, E 337, ITEM III, DO TST. O conhecimento do recurso de embargos, de acordo com a nova redação do art. 894 da CLT, dada pela Lei n. 11.496/2007, restringe-se à demonstração de divergência jurisprudencial entre Turmas do TST, entre essas e as Subseções de Dissídios Individuais ou de confronto com súmula desta Corte. Assim, imprópria a indicação de ofensa a preceito de lei ou da Constituição Federal para viabilizar os embargos à SBDI-1, razão pela qual é liminarmente rejeitada a alegação de violação dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Ademais, o conhecimento do recurso de embargos por contrariedade à Súmula n. 126 do TST é, em princípio, incompatível com a nova função exclusivamente uniformizadora desta SBDI-1, prevista no art. 894

da CLT. O que, na verdade, pretende a parte embargante é que esta Subseção profira decisão revisora e infringente daquela prolatada por uma das Turmas desta Corte, em que não se conheceu do seu recurso de revista ante o óbice da Súmula n. 126 do TST. No entanto, somente por violação do art. 896 da CLT, seria possível o conhecimento de embargos quando se fundassem esses em má aplicação de súmula de Direito Processual, como a Súmula n. 126 do TST, indicada como contrariada pelo ora embargante. Não cabem mais embargos por violação de dispositivos de lei, e, ante a vigência da Lei n. 11.496/2007, não se pode, via de regra, conhecer dos embargos por contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial de conteúdo processual, invocadas como óbice ao conhecimento do recurso de revista, haja vista a atual e exclusiva função uniformizadora da jurisprudência trabalhista da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST. (...) (E-ED-RR – 118300-85.2006.5.17.0009, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29.5.2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 6.6.2014)

Como se percebe na ementa acima, esse posicionamento surgiu com a alteração promovida pela Lei n. 11.496, de 2007, que restringiu o cabimento do recurso de embargos apenas à hipótese de divergência jurisprudencial. O TST entendeu que o conhecimento do recurso por contrariedade à súmula ou orientação jurisprudencial em matéria processual seria o mesmo que conhecê-lo por violação ao art. 896 da CLT. Observa-se que na redação anterior do art. 894, II, da CLT, não havia menção expressa à contrariedade a súmula e orientação jurisprudencial, de modo que a admissibilidade apenas na hipótese de contrariedade de súmula e OJ de direito material, não era de todo incompatível com o texto. Ainda assim, a SDI1 passou a afastar esse entendimento em casos específicos, pelos quais admitiu o conhecimento por contrariedade à súmula de direito processual⁽¹⁴⁾.

(14) Como exemplo cita-se o E-ED-RR 142200-62.2000.5.01.007

Com a redação autorizando expressamente o recurso de embargos por contrariedade à súmula e orientação jurisprudencial, sem ressalvas, deve-se entender que o processo de uniformização é amplo, alcançando toda a jurisprudência do tribunal, independentemente de a decisão contrariar súmula ou orientação jurisprudencial de direito material ou processual. O fato de que em algumas situações o conhecimento do recurso produzir o mesmo efeito da violação ao art. 896 da CLT, parece ser totalmente irrelevante diante da redação introduzida pela Lei n. 13.015/2014.

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO ORGÂNICA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE CONTRARIEDADE À SÚMULA N. 126 DO TST. Hipótese em que a Turma transcreve a decisão regional consubstanciada em apenas dois parágrafos. O primeiro explicando a impossibilidade de alteração da sentença, na qual pronunciada apenas a prescrição parcial da pretensão relativa à inclusão da compensação orgânica na parte variável da remuneração obreira. E o segundo, com registro expresso de que a parcela 'compensação orgânica' jamais deixou de ser paga pela recorrente, não se tratando de ato único. Nesse último, o Colegiado, inclusive, após grifo sublinhando tal assertiva regional. Após esses registros, a Turma conclui restar evidenciada a contrariedade à Súmula 294 do TST, consignando que a compensação orgânica — *foi suprimida pela reclamada em julho de 1991, [...] conforme registrado na sentença, à fl. 171.* O Colegiado pronunciou, então, a prescrição total da pretensão. Ao julgar os embargos declaratórios obreiros, assevera que — *o acórdão embargado tomou por base os pressupostos fáticos descritos na decisão do Regional —*, e conclui que — *não foi contrariada, pois, a Súmula n. 126 —* do TST. A situação enquadra-se na circunstância excepcional em que esta Subseção Especializada tem admitido o conhecimento do recurso de embargos regido pela Lei n. 11.496/2007, por contrariedade à súmula de natureza processual, qual seja, quando do conteúdo da própria decisão da Turma, se verifica afirmação ou manifestação que diverge do teor da súmula indicada como mal aplicada pela parte. (E-RR 45100-37.2000.5.09.0669, relator Ministro Vantuil Abdala, DEJT de 13/3/2009). Imperioso destacar que a decisão embargada diverge da jurisprudência desta Corte pacificada na Súmula n. 126. Afinal, asseverado que o verbete não foi contrariado porque o fundamento decisório tomou por base os pressupostos fáticos descritos na decisão regional e, ao mesmo tempo, atribuída à sentença assertiva frontalmente contrária ao que consta da transcrição regional, tudo podendo ser constatado da própria decisão recorrida. Recurso de embargos conhecido e provido.

Nesse aspecto, o novo CPC ao prever a possibilidade de configuração do dissenso em matéria processual, reforça a necessidade de ampliação das hipóteses de conhecimento do recurso de embargos, repita-se, independentemente de a decisão contrariar súmula ou orientação jurisprudencial de direito processual.

Por fim, é também aplicável ao processo do trabalho a previsão de que o recurso de embargos de divergência interrompe o prazo para interposição do recurso extraordinário. Por ausência de previsão nesse sentido, passou-se a adotar, no TST, a prática de interposição simultânea do recurso de embargos e do recurso extraordinário.

5. Considerações finais

O sistema recursal trabalhista passa por um momento de profunda alteração, iniciada pela Lei n. 13.015/2014 e complementada pelo novo Código de Processo Civil. No atual contexto, vive-se um quadro de grande incerteza e expectativa acerca da interpretação e aplicação das novas disposições normativas, bem como de seu reflexo na tramitação dos recursos e na racionalidade das decisões dos tribunais trabalhistas.

O art. 769 da CLT segue sendo o ponto de conexão entre processo do trabalho e processo civil, não mais como cláusula de fechamento, como em outros tempos, mas de abertura, reforçada pelo art. 15 do novo CPC. Os avanços do processo civil devem ser levados em conta para suprir as lacunas da legislação processual trabalhista, incluindo-se as lacunas ontológicas e axiológicas. A incidência das disposições normativas do novo CPC no processo do trabalho deve ser examinada caso a caso, mediante a aferição de sua compatibilidade e ser mediada pela Constituição.

Tanto na Lei n. 13.015/2014, quanto no novo CPC, adotou-se uma linha em direção à objetivação dos recursos nos tribunais, o que pode ser positivo se houver uma mudança de cultura para a aceitação ampla das ações

coletivas. A resolução das questões repetitivas na saída em perspectiva coletiva pressupõe uma abertura para que os problemas possam ser levados ao Poder Judiciário, também coletivamente.

Em relação às exigências formais aplicadas aos recursos, a Lei n. 13.015/2014 é extremamente rigorosa, enquanto o novo CPC prevê maior informalidade para se chegar ao mérito recursal.

Porém, em várias partes do novo CPC houve a atribuição de caráter vinculativo a decisões de tribunais em relação a outros órgãos, o que se apresenta de duvidosa constitucionalidade.

De pelo menos três mecanismos criados pelo novo CPC, que são os precedentes, a reclamação e o incidente de resolução de demandas repetitivas, extrai-se o atributo da obrigatoriedade de decisões judiciais sem previsão constitucional, o que viola o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Constituição.

Não fosse o vício de inconstitucionalidade desses mecanismos, há grande dificuldade de estabelecer a perseguida resolução em bloco dos feitos na Justiça do Trabalho, considerando a cumulação de pedidos que é bastante frequente neste âmbito.

Por outro lado, não há dúvida de que os instrumentos visando superar os dissensos jurisprudenciais nos próprios tribunais cumprem função relevante para o acesso à justiça,

propiciando isonomia, segurança jurídica e confiança.

As contradições e dúvidas que se apresentam no sistema recursal trabalhista, a partir das novas disposições incluídas pela Lei n. 13.015/2014 e do novo CPC, devem ser enfrentadas pelos órgãos do judiciário trabalhista, ainda que num primeiro momento dificulte a celeridade tão almejada. Com o tempo, a própria jurisprudência se encarregará de superar os diversos impasses criados pela nova sistemática.

6. Referências bibliográficas

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST*. Comentadas e organizadas por assunto. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Recursos trabalhistas*. Salvador: JusPodivm, 2014.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Recurso de revista e embargos por divergência. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Primeiras impressões sobre a reforma recursal trabalhista — Lei n. 13.015, de 2014. *Revista LTr*, vol. 78, n. 9, set. 2014, 78-09/1061-1068.

_____. *Ação civil pública no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2014.

Da recepção do sistema de precedentes do CPC/2015 ao fortalecimento das ações coletivas rumo a uma tutela jurisdicional eficaz — encontros e desencontros dos sistemas de resolução de litigância de massa no Brasil^(*)

Sérgio Cabral dos Reis^(**)

Resumo:

- O presente artigo tem o objetivo de demonstrar que o sistema de precedentes deve ser analisado em conjunto com o microssistema das ações coletivas. Isso porque os dois modelos prestigiam ações temáticas e de qualidade, aumentando a previsibilidade das decisões, o que faz reduzir o número de demandas no Poder Judiciário. Se o sistema de precedentes foi privilegiado no CPC/2015, o mesmo não se pode dizer das ações coletivas. Diante disso, o Congresso Nacional deve retomar o debate sobre o aperfeiçoamento da tutela dos direitos por intermédio das ações coletivas, para impedir a multiplicação de

(*) Trabalho apresentado como parte integrante da avaliação da disciplina “Jurisdição & Processo”, ministrada pelos Professores Doutores Eduardo de Avelar Lamy e Pedro Miranda de Oliveira, no curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Publicado, anteriormente, como capítulo de livro, de acordo com os seguintes dados: REIS, Sérgio Cabral dos. Da Recepção do Sistema de Precedentes do CPC/2015 ao Fortalecimento das Ações Coletivas Rumo a uma Tutela Jurisdicional Eficaz: Encontros e Desencontros dos Sistemas de Resolução de Litigância de Massa no Brasil. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Coords.). *Repercussões do Novo CPC: Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4, p. 509-541. Artigo elaborado em 1º de agosto de 2015, como parte integrante da avaliação da disciplina “Jurisdição & Processo”, ministrada pelos Professores Doutores Eduardo de Avelar Lamy e Pedro Miranda de Oliveira, no curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Publicado, anteriormente, como capítulo de livro, de acordo com os seguintes dados: REIS, Sérgio Cabral dos.

Da Recepção do Sistema de Precedentes do CPC/2015 ao Fortalecimento das Ações Coletivas Rumo a uma Tutela Jurisdicional Eficaz: Encontros e Desencontros dos Sistemas de Resolução de Litigância de Massa no Brasil. *Repercussões do Novo CPC: Processo do Trabalho*. Coordenadores Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4, p. 509-541.

(**) Doutorando em Direito pela UFSC. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (PR). Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Professor efetivo da UEPB. Professor da graduação e da pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Vice-diretor e professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor convidado da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Pernambuco (ESMATRA VI). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (FESMIP). Ex-juiz do trabalho no Paraná e em Sergipe. Juiz do Trabalho na Paraíba.

demandas na primeira instância e efetuar a remoção do ilícito que gera a litigiosidade repetitiva.

Abstract:

- This article aims to show that the precedent system should be analyzed together with the microsystem of collective actions. The two models prestige thematic and quality lawsuits, increasing the predictability of decisions, which does reduce the number of cases on the judiciary. If the precedent system was privileged in 2015 Civil Procedure Code, the same cannot be said about the collective actions. Thus, the Congress must resume the debate on the improvement of collective actions to prevent the multiplication of demands in the first instance and remove the illicit act that generates repetitive litigation.

Palavras-chave:

- Litigância de massa — Precedentes — Ações coletivas — Função social do processo.

Key-words:

- Repetitive litigation — Precedents — Collective actions — Social function of the legal process.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Da aproximação entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*
- 3. Litigância repetitiva na perspectiva do CPC/2015 e fortalecimento da magistratura
- 4. Do paradoxo aparente — abertura do sistema *x* respeito aos precedentes dos tribunais de vértice
- 5. Da necessidade de ampliação do enfoque nas ações coletivas — a solução da litigiosidade na raiz social do problema
- 6. Considerações finais
- 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Com a promulgação do CPC/2015, há, inegavelmente, um fortalecimento do sistema de resolução de causas repetitivas. Mas, será que esse sistema, por si, revela-se suficiente, para tornar o processo civil brasileiro eficaz? Em outras palavras, será que, pelo menos no plano dos textos normativos ou da dogmática jurídica, o sistema de precedentes criado pelo CPC/2015 já se revela como um avanço suficiente como modelo racional convergente para uma prestação jurisdicional efetiva? O que isto significa: “processo efetivo”? Será

que o atual sistema de ações coletivas, aliado à sistemática do CPC/2015, é adequado, para que se atinja esse objetivo, ou, caso se responda negativamente, deve-se pensar em uma reforma da legislação, principalmente da ação civil pública? São sobre essas questões que se pretende refletir neste modesto artigo, enfatizando, em um primeiro momento, os aspectos doutrinários e conceituais relativos à nova roupagem do sistema de precedentes, para, em seguida e principalmente, apontar se o mesmo é suficiente, para solucionar a problemática das questões de massa que paulatinamente vem hipertrofiando o Poder Judiciário.

2. Da aproximação entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*

Embora não seja uma informação recorrente no senso comum, é certo que o avanço e o aprofundamento do Direito Processual pressupõem “o estudo de sua história, o conhecimento de suas fontes, para a investigação da origem e finalidade dos seus respectivos institutos”⁽¹⁾. Deve-se abandonar a falsa ideia de que o passado jurídico não tem algo que possa ensinar ao presente; pelo contrário, apesar de analisar contextos distintos, a História do Direito, aproximando o saber jurídico das inovações ocorridas nas outras ciências sociais, tem a função de explicar e problematizar criticamente as rupturas e transformações que ocorrem na contemporaneidade⁽²⁾. É o que vem ocorrendo com o novo CPC (Lei n. 13.105/2015), inegavelmente uma manifestação legislativa da experiência e do diálogo entre os sistemas jurídicos brasileiro e anglo-americano, o qual tem por escopo buscar um processo civil mais efetivo.

É fato que o sistema jurídico brasileiro tem recebido influência das tradições do modelo anglo-americano. Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier⁽³⁾, em ambos os sistemas, *Civil Law* e *Common Law*, embora por caminhos diferentes, vem-se procurando, historicamente, criar um ambiente social e juridicamente previsível. Ao contrário do que ocorreu na história do *Civil Law*, esse fato ocorreu, no *Common Law*, sem grandes e significativas rupturas com o passado.

No *Civil Law*, por influência da Revolução Francesa, a racionalidade deveria resultar da

aplicação da lei, fonte da vontade da classe emergente (burguesia), que estava insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza). A aplicação da lei nada mais deveria ser do que a subsunção lógica dos fatos à literalidade do dispositivo legal aplicável. A complexidade das sociedades contemporâneas e as Constituições democráticas, somadas ao acesso real à justiça de grupos, até então marginalizados, demonstram que essa postura formalista não converge para um modelo adequado de prestação jurisdicional, especialmente pelo aumento dos chamados *hard cases*. Nestes casos, a exemplo do que se verifica nos pleitos envolvendo a judicialização de direitos sociais (saúde, educação etc.), impõe-se ao juiz a necessidade de inovar, mas não a partir do zero. Não se trata de inventar, mas, em atitude flagrantemente democrática, de criar o direito de forma harmônica com o sistema jurídico.

Essa preocupação com a coerência e a consistência é comum aos dois sistemas jurídicos, *Civil Law* e *Common Law*. A diferença é que, neste último, por influência da doutrina do *stare decisis*, melhor explicada adiante, e pela preocupação dos juízes com a sua reputação, há uma cultura de respeito ao passado, ao sistema de precedentes, apresentando-se, assim, como um sistema mais seguro e previsível. No *Civil Law*, especialmente no Brasil, o que se tem visto é o contrário, pois, mesmo nos tribunais superiores, os seus precedentes não são respeitados pelos seus órgãos fracionários, além do fato de não ser rara a ocorrência de mudança brusca da orientação dominante. Todos esses fatos, certamente, contribuem para desacreditar o Poder Judiciário do *Civil Law* perante a sociedade.

Conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni⁽⁴⁾, o *Civil Law* e o *Common Law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios.

(1) CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013. p. 23.

(2) FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 3. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 17-24.

(3) Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 19-40.

(4) Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 21-99.

Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por esse fato, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar dos juizes, ou supor que estes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. O juiz inglês, nesse contexto, embora submetido ao *Common Law*, tinha certa liberdade, para interpretar a legislação, que era escassa nos primórdios, fato que, todavia, não se verifica atualmente.

Na França revolucionária, os juizes não eram isentos, pois ainda eram beneficiados por privilégios concedidos no Antigo Regime. Pretendia-se, assim, substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembleia Soberana, sendo natural que a função judicial, nessa perspectiva, por intermédio de postura meramente intelectual de descoberta de direitos, devesse ter um caráter meramente declaratório da vontade da lei, que representava a luta contra o arbítrio e a afirmação dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. Essa perspectiva, inclusive, teve reflexos no peculiar sistema de controle de constitucionalidade da França do século XX. Por tais razões, ao contrário da perspectiva inglesa, o juiz francês encontrava-se rigidamente subordinado ao Parlamento, e a codificação deveria ser clara, coerente e completa, evitando-se ao máximo uma indesejável atividade judicial criativa.

Ao contrário da Inglaterra, procurava-se, na França da Revolução, impedir que o juiz pensasse. Impõe-se perceber que, no *Common Law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário. Nesse ponto, o que o difere do *Civil Law* é a respeitabilidade ao passado, por intermédio das decisões judiciais. Ainda que a constatação tenha demorado a se consolidar, as democracias do *Civil Law*, especialmente em termos de constitucionalismo e de direitos fundamentais, já perceberam que a mera interpretação da lei não é suficiente para o alcance da isonomia e da

segurança jurídica, sendo relevante caminhar em direção à experiência do *Common Law*.

Impõe-se registrar, todavia, com base na lição de Michele Taruffo⁽⁵⁾, que não é possível realizar grandes comparações entre as tradições do *Common Law* e *Civil Law*, pois, entre os países aderentes ao primeiro modelo, já existem diferenças significativas, a exemplo do desaparecimento do júri civil na Inglaterra e a sua manutenção em número de casos consideráveis nos Estados Unidos. De igual modo, observa-se que, na Inglaterra, por conta das últimas reformas processuais, há uma preocupação com a descoberta da verdade no processo, ao contrário do que aparentemente ocorre na prática judicial dos Estados Unidos, apesar da existência de regulamentação legal (*Federal Rules of Evidence*).

Em outra perspectiva, observa-se que a postura mais ativa do juiz e o fato de os processos serem escritos, já não são características exclusivas do *Civil Law*, que, cumpre enfatizar, em decorrência das significativas mudanças ocorridas nos ordenamentos jurídicos nas últimas décadas, também não possui um modelo unitário de processo civil. O que se tem constatado, na realidade, é que tem havido diálogo entre as tradições do *Common Law* e *Civil Law*, por conta das consequências jurídicas da globalização, com as frequentes controvérsias transnacionais e a tendência à uniformização cultural, fortemente potencializada pela ideologia dos direitos humanos.

As duas tradições jurídicas, *Civil Law* e *Common Law*, mesmo em seus primórdios, apesar de diferenças em seus processos históricos de

(5) Cf. TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11-34; TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 181 p. 167-172, mar. 2010; TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, v. 36, p. 27-48, 2001.

formação, não estavam totalmente alheias às influências recíprocas. Apesar dessa constatação, como já se percebe, há diferenças básicas entre esses sistemas. Nos de direito de tradição romano-germânico, a lei formal é a fonte primeira do direito, e as decisões judiciais, tradicionalmente pelo menos, em relação aos casos futuros, têm força meramente persuasiva, ou seja, estabelecem apenas uma diretriz não obrigatória. Diferentemente, no sistema da *Common Law*, em regra, a decisão judicial constitui preceito *erga omnes*, norma que se impõe aos demais casos idênticos ou assemelhados, com força de lei. A diferença marcante entre os dois sistemas, portanto, é a doutrina de precedentes e o sistema de *stare decisis*, elementos característicos da tradição do *Common Law*⁽⁶⁾.

Mesmo regulado por lei, o ponto de partida é um precedente jurisprudencial⁽⁷⁾, havendo um inegável respeito às tradições, ao passado. Observe-se que, no sistema do *Common Law*, tradicionalmente as decisões judiciais constituem importante fonte de direito, inclusive com forte influência sobre o ensino jurídico⁽⁸⁾,

e essa tendência em seguir casos já decididos anteriormente é chamada de *stare decisis*⁽⁹⁾, sendo responsabilidade da Corte a determinação, nos casos subsequentes, dos limites da utilização de casos precedentes⁽¹⁰⁾. No sistema inglês, por exemplo, as decisões, mesmo as monocráticas, são normalmente extensas, sendo que a principal causa desta prolixidade é a parte da decisão em que se analisam julgados anteriores, com copiosas citações de trechos⁽¹¹⁾. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o sistema da *Common Law*, por ter uma cultura de procurar observar decisões idênticas para casos iguais ou análogos, tem mais condições de estabelecer os valores decorrentes da segurança jurídica e da isonomia.

(6) ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013. p. 214-223.

(7) MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: ZUFELAT, Camilo; YARSHELL, Luiz Flávio (Orgs.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 37-38.

(8) O ensino jurídico da tradição do *Common Law* é bastante peculiar, se comparado ao sistema romano-germânico. O método de ensino jurídico norte-americano, a partir da base teórica adquirida no primeiro ano da faculdade, dedica-se a exigir do estudante, sobretudo nos debates oralmente estabelecidos em sala de aula, a capacidade de analisar os casos de forma crítica, identificando os fatos jurídicos relevantes, para compreender como deve conhecer e utilizar adequadamente os precedentes utilizados nesse processo de aprendizagem. De uma maneira geral, a figura do jurista, no sistema da *Common Law*, está vinculada ao juiz, e não aos professores universitários. Juizes de órgãos jurisdicionais inferiores e advogados preferem apoiar seus fundamentos e linhas de argumentação sobre a jurisprudência, ao invés de posições doutrinárias tradicionais do sistema codificado. Assim, naquele sistema, o julgamento das supremas cortes, além de resolver definitivamente o

litígio, uniformizar as interpretações divergentes sobre uma questão de direito e ligar os tribunais inferiores pela regra do precedente, tem a função de fixar a doutrina por interpretações e fundamentos com autoridade. Cf. GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 36 e 179; COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura dos Estados Unidos*. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, n. 752, São Paulo, RT, p. 11-21, jan./jun. 1998.

(9) É preciso compreender, todavia, que o *Common Law*, entendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos cidadãos ingleses, não se confunde com a doutrina do *stare decisis*, pois existiu, por vários séculos, sem esta e a regra do precedente. O *stare decisis* pode ser dividido, para fins didáticos, em vertical e horizontal: na primeira hipótese, os órgãos jurisdicionais encontram-se em planos hierarquicamente distintos, de modo que um precedente da Suprema Corte é vinculante para os órgãos judiciários inferiores, mas os precedentes destes não vinculam aquela; já no plano horizontal, o que se discute é a força vinculante dos precedentes de uma Corte para ela própria. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 31; NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 182.

(10) FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 67.

(11) ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. *Revista de Processo*, ano 36, n. 192, São Paulo, RT, p. 118, fev. 2011.

3. Litigância repetitiva na perspectiva do CPC/2015 e fortalecimento da magistratura

É fácil perceber, pelo que foi visto no tópico anterior, que a doutrina do *stare decisis* é essencial ao sistema da *Common Law* e indica a tendência de se respeitarem as decisões judiciais proferidas no passado, as quais possuem valor de precedente, permitindo que os juízes sejam beneficiados pela experiência de seus predecessores. Os precedentes são apenas o “ponto de partida” de uma atividade que, certamente, revela-se interpretativa e, com efeito, permite diferenciações entre os casos. Essa orientação, na essência, indica a provável possibilidade de se decidir, no futuro, casos assemelhados de forma idêntica, conferindo respeito à máxima da isonomia, uniformizando a aplicação do direito, que se torna mais previsível e gera segurança jurídica na sociedade⁽¹²⁾.

Como se percebe, o *stare decisis* exige o respeito dos tribunais hierarquicamente inferiores ao que restou anteriormente decidido pelas Cortes superiores⁽¹³⁾. O *stare decisis*, por exemplo, teve a virtude de superar os inconvenientes do controle difuso de constitucionalidade norte-americano, uma vez que, depois da decisão sobre a inconstitucionalidade de determinada lei pela Suprema Corte, o entendimento fixado por esta passa a ser obrigatório para os demais órgãos judiciários (eficácia *erga omnes*)⁽¹⁴⁾.

Embora, tradicionalmente, tenha-se dito que o *stare decisis* não seja aplicável ao sistema do *Civil Law*, em que o precedente apenas

tem força persuasiva⁽¹⁵⁾, o regime jurídico das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF)⁽¹⁶⁾ e a aproximação do recurso extraordinário aos processos originários de jurisdição constitucional (ADIN, ADC e ADPF), em decorrência do requisito da repercussão geral, são fenômenos que indicam que o direito brasileiro caminha na direção oposta⁽¹⁷⁾, aproximando-o ao regime da *Common Law*⁽¹⁸⁾. O CPC/2015, nesse contexto, apenas confirma essa tese, porque a valorização dos precedentes dos tribunais superiores, inegavelmente, apresenta-se como uma de suas características mais evidentes.

Na realidade, há uma convergência recíproca entre os dois sistemas, e os fatos confirmam que os pontos de encontro entre os mesmos foram e ainda estão se multiplicando⁽¹⁹⁾.

(12) EDWARD D., Re. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 19, n. 73, p. 47-54, jan.-mar. 1994.

(13) COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, n. 752, São Paulo, RT, p. 11-21, jan./jun. 1998.

(14) CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: SAFE, 1984. p. 80-82.

(15) OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 702.

(16) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel García; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 1.192.

(17) Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 119-122. No mesmo sentido: REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 230, p. 417-437, abr. 2014.

(18) CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. A jurisprudência como fonte do direito. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: RT, 2010. p. 243-244.

(19) Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: RT, 2010. p. 883; CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução, revisão e notas de Hermes Zanetti Júnior. Porto Alegre: SAFE, 2010. vol. II, p. 154-155.

Podem-se citar, como exemplo de aproximação entre as duas tradições jurídicas: o aperfeiçoamento do instituto da “improcedência liminar do pedido” (art. 332 do CPC/2015), a polêmica mutação constitucional sofrida pelo inciso X do art. 52 da Constituição Federal, a dispensa de reexame necessário na hipótese de a decisão condenatória de obrigação de pagar contrária à Fazenda Pública estiver em conformidade com tese fixada por uma Corte de vértice, as súmulas impeditivas de recursos e os poderes do relator com base em precedentes⁽²⁰⁾.

Observe-se que, na perspectiva do CPC/2015, o relator, monocraticamente, tem poder, para negar provimento ao recurso que adote entendimento contrário ao conteúdo de acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de “recursos repetitivos” (art. 932, IV, “b”). De igual modo, só que em sentido diverso, o relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, pode dar logo provimento ao recurso, se a decisão recorrida for contrária à tese fixada por essas Cortes também em julgamento de recurso repetitivo (art. 932, V, “b”). O cabimento de reclamação, quando não observada a tese fixada em controle concentrado de constitucionalidade ou em julgamento de casos repetitivos, é um outro exemplo significativo desse fenômeno, demonstrando que a consideração a respeito de determinadas decisões anteriores, pelo menos nas situações descritas no art. 988, III e IV, do CPC/2015, já faz parte da realidade brasileira.

Apesar de inegáveis avanços em relação ao aperfeiçoamento de diversos institutos⁽²¹⁾

e da ênfase na possibilidade de participação das partes no diálogo judicial⁽²²⁾, é flagrante o compromisso do novo CPC, como medida de celeridade e segurança jurídica na prestação jurisdicional, com a respeitabilidade da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, em especial do STF e do STJ, inclusive em seus respectivos âmbitos internos⁽²³⁾.

O “precedente”, cujo conceito não pode ser confundido com o de diversos institutos conexos⁽²⁴⁾, decorre da fundamentação da decisão

do procedimento de desconsideração da pessoa jurídica; (VIII) regulamentação do *amicus curiae*; (IX) aperfeiçoamento da multa coercitiva; (X) possibilidade de intervenção judicial na empresa, como medida executiva.

(22) Destaca-se, no particular, o princípio da cooperação previsto no art. 10 do novo CPC: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

(23) A mesma lógica que impõe respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem as suas decisões, inclusive, historicamente, é curioso observar que, embora a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre tenha tido o poder de revogar os seus precedentes em circunstâncias especiais, a antiga *House of Lords* submeteu-se a um sistema de autovinculação absoluta de seus precedentes até 1966, quando também assumiu o poder de *overruling*. No caso brasileiro, o recurso de embargos de divergência serve para corrigir eventuais desrespeitos a precedentes horizontais (arts. 994, IX, e 1.043-1.044 do novo CPC), definindo o paradigma jurídico a ser seguido pelo órgãos jurisdicionais inferiores. Estes, por outro lado, não podem desrespeitar os precedentes fixados pelas Cortes de Vértice. Se esse fato ocorrer, pelo menos caso brasileiro, torna-se muito provável o seguimento, no tribunal de origem, dos recursos especial e extraordinário, para se corrigir a eventual injustiça, além das possibilidades, no intuito de reparar danos, de concessão de tutela cautelar para suspender a eficácia da decisão recorrida ou antecipação satisfativa da tutela recursal. Demais disso, nas hipóteses previstas no art. 103-A, § 3º da CF, revela-se cabível a reclamação constitucional. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 117, 413-417.

(24) É oportuno observar que, doutrinariamente, “decisão”, “precedente”, “jurisprudência”, “súmula” e “súmula vinculante” são vocábulos ou expressões que não se equivalem. Decisão judicial, genericamente falando, é

(20) CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 215, p. 241-244, jan. 2013.

(21) Ilustrativamente, podem-se citar os seguintes casos: (I) concentração da defesa, como regra, em peça única; (II) positividade clara da possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova; (III) possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais pelas partes; (IV) delimitação de critérios de fundamentação das decisões judiciais; (V) observância da ordem cronológica dos processos, pelo menos como regra, para fins de julgamento; (VI) distinção entre as tutelas de urgência e evidência; (VII) delimitação

judicial, que possui um duplo discurso: um destinado à solução do caso concreto e outro para a ordem jurídica. São discursos com destinatários e objetivos distintos, pois, conforme preleciona Daniel Mitidiero, enquanto o primeiro discurso constitui direito fundamental da parte e decorre da cláusula geral do devido processo legal, o segundo discurso é de ordem institucional, pois está estruturado a promover a unidade da ordem jurídica, mediante a concretização dos valores decorrentes da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa⁽²⁵⁾. A decisão, para ser considerada “precedente jurisprudencial”, deve resultar

qualquer provimento jurisdicional que tenha conteúdo decisório, ou seja, que tenha carga cognitiva suficiente para, na sequência do processo, causar algum prejuízo às partes. A decisão que se assume como “precedente” é uma só, enquanto o que se denomina “jurisprudencial”, diversamente, é a referência a muitas decisões dos tribunais. Se a jurisprudência tornar-se majoritária no tribunal, é possível a edição de uma súmula, que fixará o entendimento sedimentado, sendo relevante destacar que apenas o STF, por força do art. 103-A da CF, tem competência para editar súmula vinculante no direito brasileiro. O “precedente” nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos. As súmulas são textos normativos. A súmula é um conjunto de outros textos. A concretização das súmulas, portanto, deve ocorrer hermenêuticamente diante das circunstâncias do caso concreto, uma vez que não vem pronta no texto normativo como se o enunciado linguístico fosse passível de aplicação no futuro mediante mera atividade formal de subsunção. Observe-se que há precedente sem súmula. O caso das dispensas coletivas, envolvendo a empresa Embraer, e julgado pelo TST (ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10.8.2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 4.9.2009) em verdadeira posição de Corte de Vértice e em *prospective overruling*, é um bom exemplo dessa constatação. Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Scientifica, 2007. p. 11-12; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 698; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 11-12

- (25) MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 62, abr. 2012.

efeitos jurídicos normativos para casos futuros, contendo a enunciação de uma regra jurídica ou de um princípio universalizável⁽²⁶⁾.

É certo que, em uma sociedade de massa e de demandas repetidas, para se evitar violação aos parâmetros de igualdade e garantir objetividade na prestação jurisdicional, a decisão do juiz esteja amparada por precedente fixado pelas Cortes de vértice a que estiver vinculado. Em outros termos, se a abertura do sistema é uma condição, para se chegar a decisões adequadas, não é menos correto afirmar, considerando o entrelaçamento do Direito a elementos éticos e morais, que, em uma sociedade de litigância de massa, são necessários mecanismos que garantam um mínimo de uniformização e razoável previsibilidade das decisões judiciais⁽²⁷⁾.

Como se sabe, a intenção das últimas reformas processuais, de um lado, inquestionavelmente, é dar mais celeridade à prestação jurisdicional, e, de outro, aliviar a excessiva carga de causas desnecessariamente propostas, sufocando, de forma cada vez mais preocupante, o Poder Judiciário, já asfixiado com tantos feitos de variada ordem, embora em larga maioria semelhantes, em todas as instâncias⁽²⁸⁾. Mesmo que as divergências interpretativas sejam importantes para a evolução do direito⁽²⁹⁾, é certo que a sociedade brasileira, atualmente, reclama rapidez na solução dos

- (26) ZENETI JR., Hermes. Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o novo código de processo civil – universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 235, p. 315, set. 2014.

- (27) CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 215, p. 211 e 223, jan. 2013.

- (28) CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. A jurisprudência como fonte do direito. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: RT, 2010. p. 243.

- (29) BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010. p. 182.

conflitos e isonomia nos que possuem mesma base jurídica.

Não se desconhece que a técnica legislativa mudou com o passar dos tempos, de modo que o juiz utiliza, atualmente, textos normativos vagos (conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, conforme o caso), para criar a solução do caso concreto⁽³⁰⁾. Esse fato, todavia, não lhe permite desconsiderar que está inserido em um sistema de solução de conflitos. A sua vaidade, certamente, deve ceder espaço ao papel constitucional das Cortes de Superposição, que, seguramente, não é o de servir como órgãos de terceiro ou quarto grau de jurisdição⁽³¹⁾, mas sim fixar, quando da apreciação dos recursos de estrito direito, o “paradigma jurídico” a ser seguido pela instância ordinária⁽³²⁾. Se for permitido que jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estar-se-á, certamente, prestando um desserviço às instituições, fato que inegavelmente atinge o desenvolvimento econômico⁽³³⁾ e social⁽³⁴⁾.

(30) NOJIRI, Sérgio Nojiri. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2005. p. 195.

(31) Conforme preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso, “as Cortes Superiores não podem operar como terceira ou quarta instância, ou como singelas produtoras de mais uma prestação jurisdicional, mas antes devem se concentrar no deslinde de casos singulares e complexos, que, ademais, sejam de molde a repercutir em muitas outras controvérsias análogas, ao largo e ao longo do país. Somente assim se preservará o ambiente necessário à efetividade dos trabalhos desenvolvidos nas Cortes Superiores, ao mesmo tempo em que se criam condições para a formação da jurisprudência assentada, necessária, assim, à preservação de futuros processos, como à resolução isonômica daqueles pendentes” (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 414).

(32) ANDRIGUI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, p. 268, jul. 2010.

(33) BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões como elemento constitutivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 227, p. 308-311, jan. 2014.

(34) Revelam-se oportunas as seguintes observações de Luiz Fux: “A Jurisprudência assumiu o mesmo relevo característico dos sistemas da família da *common law*, vinculando juizes e tribunais, reclamando, por seu turno, a perfeita adequação da causa ao

“O excesso de dispersão de jurisprudência, fenômeno tipicamente brasileiro e latino-americano, *compromete a segurança, a estabilidade e a previsibilidade*”⁽³⁵⁾, atinando, também, a “justiça” enquanto valor transcendental do sistema jurídico⁽³⁶⁾. Demais disso, como pontifica Luiz Guilherme Marinoni⁽³⁷⁾, “decisões contraditórias destituem o direito de autoridade, ou seja, negam ao direito a sua força intrínseca de estimular e evitar condutas e, dessa forma, a sua capacidade de fazer com que os homens se sintam responsáveis”.

Nesse contexto, é salutar a criação de mecanismos de padronização e vinculação aos

precedente (*distinguishing*), a possibilidade de sua modificação (*overruling*), bem como a modulação temporal da modificação jurisprudencial no afã de evitar a surpresa judicial, a interdição que conspira em prol da prometida segurança jurídica eclipsada em cláusula pétrea constitucional. Essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados e preservando em níveis aceitáveis o denominado ‘risco Brasil’. É que a mudança abrupta da jurisprudência desorganiza a vida de pessoas e empresas e por via oblíqua afasta os investimentos no país, cuja *ratio essendi* se situa exatamente na previsibilidade da legalidade da atividade empreendida” (O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11).

(35) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o Projeto de Lei n. 166/2010, para um novo Código de Processo Civil. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 725.

(36) Na lição de Mônica Sifuentes, “se a justiça pressupõe certa ordem, a certeza é condição para sua realização, de modo que, sob esse prisma, esses valores se integram como aspectos complementares da mesma realidade. Sendo a certeza um elemento essencial à norma jurídica, uma lei ou ato normativo incerto conduz a uma situação contrária ao direito, que impõe todo esforço no sentido de sua superação” (*Súmula vinculante – Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 291).

(37) MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014. p. 113-114.

precedentes do STF e STJ, unificando, em todo o Brasil, a interpretação das questões constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente, não sendo diferente a situação no âmbito da Justiça do Trabalho, de modo que, sem demérito à função jurisdicional, devem ser seguidos, em princípio, os precedentes do TST. Afinal, a violação do precedente é uma conduta danosa às partes, uma vez que a prejudicada estará diante do ônus da interposição do recurso pertinente, e ao próprio Poder Judiciário, que terá que reafirmar um posicionamento já consolidado, fatos que, isoladamente ou não, comprometem a eficiência administrativa e a racionalização da atividade judiciária⁽³⁸⁾.

É preciso, pois, mudar a visão tradicional acerca da posição dos tribunais superiores, no sentido de servir como órgão de controle das instâncias inferiores, corrigindo seus erros e confirmando os seus acertos, mediante atividade que olha apenas para o passado e fixa um modelo de jurisprudência não normativa (função jurisprudencial retrospectiva). De igual modo, deve-se superar a visão de que interpretar é declarar uma norma preexistente. Pelo contrário, partindo-se da premissa de que, atualmente, a norma é o resultado de uma atividade cooperativa entre o Legislativo e o Judiciário, os tribunais superiores — especialmente em um país de dimensão continental como o Brasil — devem ser vistos como guias interpretativos a respeito de significados suportáveis pelo texto normativo, vinculando a instância ordinária.

Essa visão do fenômeno não pretende engessar o direito. Não se deseja, pois, defender que entendimentos sejam eternizados. Antes, e bem pelo contrário, será sempre possível a revisão da tese, pelos legitimados para a promoção dos processos de jurisdição constitucional, quando houver mutação do contexto social ou cultural. Agora, se esse fato não ocorrer, a

tese jurídica fixada pelo STF, STJ ou pelo TST “haverá de ser observada por juízes e tribunais, em cada processo, assegurando o tratamento igualitário em todo o território nacional, com a aplicação da lógica de decisão semelhante para situação fática e jurídica semelhante”⁽³⁹⁾. “Em outras palavras, visa-se a assegurar prestação jurisdicional homogênea para processos em que se discute idêntica questão de direito”⁽⁴⁰⁾.

Nesse contexto, observe-se que, ao contrário do que pode parecer ao senso comum, a formação de um sistema de precedentes fortalece a magistratura. Conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni⁽⁴¹⁾, o Poder Judiciário, enquanto instituição essencial ao desenvolvimento da democracia, e considerando a sua missão de prestar tutela jurisdicional adequada, resta fortalecido a partir das ideias de unidade do direito e de precedentes obrigatórios. O respeito aos precedentes, considerando a posição das Cortes de Vértice na ordem jurídica brasileira, constitui elemento garantidor da eficiência e da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Não se trata de mera submissão da instância ordinária aos tribunais superiores, mas de preocupação com a máxima da isonomia, diante da identidade quanto à questão de direito submetida a julgamento, sem prejuízo de uma cultura que, coerente e integralmente, respeita o passado.

É claro que essa estratégia sacrifica a liberdade criativa dos juízes que ocupam a instância ordinária, mas redundando em benefício da coerência

(38) MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 73, mar. 2014.

(39) COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, p. 148, jul. 2010.

(40) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos; realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, p. 191, jan. 2011, p. 191.

(41) Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014. p. 105; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 188 e 202-208.

do sistema, tornando efetivas as máximas da igualdade e da universalidade na prestação da tutela jurisdicional. Demais disso, o princípio da independência judicial não é incompatível com a vinculação do juiz ao sistema de fontes do direito, como é o caso da jurisprudência formada por precedentes dos tribunais superiores. Não deve haver dúvidas quanto a essa constatação, pois o sistema de precedentes apresenta os seguintes elementos que delimitam as fontes do direito: (a) a existência de uma norma jurídica que prescreve a realização ou a omissão de uma conduta; (b) a existência de um destinatário que tem o dever jurídico de realizar ou omitir dita conduta; (c) a existência de um titular que tem o direito subjetivo de exigir judicialmente a realização ou a omissão da conduta prescrita pela norma jurídica; (d) a existência de uma sanção que deve ser imposta ao destinatário da norma jurídica, na hipótese de este não levar a cabo a conduta devida. A independência judicial resta comprometida, quando sujeita à influência de poderes, opiniões e interesses que se situam fora do sistema, mas, repita-se, não é o caso do sistema de precedentes⁽⁴²⁾.

4. Do paradoxo aparente— abertura do sistema x respeito aos precedentes dos tribunais de vértice

A abertura do sistema e o respeito aos precedentes dos tribunais superiores formam um aparente paradoxo. Aparente, repita-se, pois, na realidade, a interpretação do sistema apresenta-se logicamente coerente, não existindo contradição entre as premissas.

Inicialmente, é preciso ter em mente, nos termos da lição de Mark Tushnet, que “qualquer sistema de precedentes deverá ter, necessariamente, critérios estabelecidos para justificar a não adoção do precedente”⁽⁴³⁾. Desse modo,

embora a previsibilidade seja uma característica atraente da doutrina do *stare decisis*, é certo, como se observa no sistema norte-americano, que esse modelo de seguir casos similares anteriormente decididos não é uma regra inflexível ou imutável⁽⁴⁴⁾.

Pelo contrário, observa-se que a fidelidade ao precedente constitui respeito à *ratio decidendi*, que significa a universalização das razões necessárias e suficientes que constam da justificação judicial ofertada por tribunal superior para a solução de determinada questão de um caso concreto (comparação entre casos)⁽⁴⁵⁾. Assim, por fidelidade à tradição da *Common Law*, diante de uma decisão anterior, só se pode falar em adesão ao precedente a partir da separação entre a *ratio decidendi* (literalmente, razões de decidir) e a *obiter dictum* (literalmente, dito para morrer), pois somente aquela vincula, incorrendo em erro, em princípio, o órgão judiciário que se considera vinculado a esta⁽⁴⁶⁾.

O *obiter dictum*, portanto, é a parte da decisão que, se for excluída, não tem o condão de alterar as razões de decidir⁽⁴⁷⁾. Não formam o precedente, desse modo, os argumentos acessórios, vagamente relacionados ao objeto da decisão, compreendendo impressões, pontos de vista ou comentários marginais que servem geralmente apenas para reforçar retoricamente a assertividade dos motivos determinantes, não se prestando, todavia, para determinar a

Processo, São Paulo, RT, ano 38, n. 218, p. 104, abr. 2013.

(44) FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão Técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 83-84. No mesmo sentido: TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 243.

(45) MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 68-69, mar. 2014.

(46) NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 182-185.

(47) POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 192.

(42) Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 185-216.

(43) TUSHNET, Mark. Os precedentes nos Estados Unidos. Traduzido por Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de*

conclusão do raciocínio que terá culminado com a resolução jurisdicional⁽⁴⁸⁾.

É oportuno perceber que, no sistema jurídico brasileiro, não se tem o hábito de estudar os fundamentos da decisão, procura-se apenas extrair a regra decorrente do dispositivo da decisão. É o que se tem feito, inclusive, na aplicação das súmulas dos tribunais superiores. A prática dos precedentes na tradição do *Common Law*, todavia, está calcada na força normativa dos fundamentos. Observe-se que, em sentido próprio, denomina-se *ratio decidendi*⁽⁴⁹⁾ a parte da motivação que, substancialmente modificada, implicaria necessariamente decidir-se em sentido diverso. Tem dupla natureza, pois, por uma parte, fornece os elementos necessários e suficientes fundamentos da decisão (*descriptive ratio*), mas, por outro lado, declara constitutivamente a norma que vinculará juridicamente a solução de futuros casos idênticos ou análogos (*prescriptive ratio*). “A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório”⁽⁵⁰⁾.

(48) PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante*. São Paulo: Método, 2011. p. 138-139.

(49) Nos EUA, particularmente, é usual o termo “*holding*”, no lugar de *ratio decidendi*. Toni M. Fine explica a sua visão do instituto: (I) o *holding* de um caso é a resolução de uma questão jurídica e refletirá uma regra (*rule*), que servirá de “princípio geral” a ser aplicado em casos futuros; (II) o *holding* deve ser determinado a partir de uma análise dos fatos materiais, da decisão do tribunal e da sua motivação; (III) já o *rationale* é a explicação do *holding* de cada questão, ou seja, é o que a Corte disse ao explicar cada um dos seus *holdings*, ou como e por que esta chegou à sua decisão; (IV) o *holding* não se confunde com o *obiter dictum*, que são declarações feitas por uma Corte que transcendem a questão jurídica ou os fatos apresentados pelo caso a ela submetido; (V) essas declarações não se submetem ao *stare decisis* por conta do compromisso do *Common Law* com o processo adversarial e da crença de que o juiz somente pode decidir sobre as questões necessárias a solução do caso (*Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69-75).

(50) MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 220.

Impõe-se perceber, nesse contexto, que a força do precedente, em grande medida, depende da qualidade da argumentação adotada pelo juiz em sua decisão. É certo que atribuir ao legislador ou aos tribunais de superposição a tarefa de criar o direito, como deseja o pensamento ideológico neoliberal, tem o condão de tornar os juízes da instância ordinária, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do poder hegemônico, fazendo com que a função precípua do Poder Judiciário seja manipulada pelo capital financeiro, consistindo apenas em acalmar o mercado⁽⁵¹⁾.

Pelo contrário, apesar de a robotização da prestação jurisdicional, de um lado, ter o condão de aumentar o grau de previsibilidade das decisões, e, de outro, manter os juízes subordinados ao dever de obediência aos precedentes⁽⁵²⁾, impõe-se sempre reafirmar que o Direito, em sua dimensão transformadora da realidade social, deve continuar comprometido com os ideais de justiça, com os valores que propiciam o desenvolvimento das potencialidades humanas, enfim, com um futuro em bases sustentáveis.

Com efeito, mesmo que o intento seja a promoção da previsibilidade e da isonomia, a aplicação dos precedentes e das súmulas não pode ser uma atividade irrefletida, pois, não custa repetir, pressupõe sempre a inserção no delicado campo da hermenêutica⁽⁵³⁾. Afinal, eventualmente, precedentes e súmulas tratam de questões fáticas, que sabidamente demandam interpretação para identificar suas peculiaridades.

(51) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2 e 22.

(52) TESHEINER, José. O direito fundamental à igualdade e à uniformização de jurisprudência. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 170-171, jan./jun. 2014.

(53) STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 52.

Observe-se que, na perspectiva do CPC/2015 (art. 489, § 1º, V e VI), revela-se carente de fundamentação o provimento jurisdicional que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou, em outro ângulo, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Para conferir abertura ao sistema, assim, impõe-se delinear técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*)⁽⁵⁴⁾ e superação (*overruling*)⁽⁵⁵⁾ do padrão decisório imposto pelo tribunal superior. Não basta, pois, invocar a súmula para decidir um caso concreto. Na adequada perspectiva do novo CPC, é preciso justificá-la diante do caso. Assim, a qualidade da argumentação depende de se especificar, tanto quanto possível, cada um dos argumentos empregados na justificação jurídica. Mas,

não é só. Impõe-se demonstrar a coerência da fundamentação⁽⁵⁶⁾, a qual pode ser analisada de diferentes perspectivas.

Primeiramente, a teoria elaborada na justificação da decisão deve ser internamente coerente, ou seja, as regras, conceitos, fatos, afirmações, interpretações etc., que figuram na fundamentação da sentença, devem fazer “sentido em conjunto”, expressando uma ordem de valores ou princípios comuns. Em segundo lugar, a teoria ou justificação deve ser coerente com o ordenamento jurídico como um todo, assim como com os princípios fundamentais cuja função é ordenar harmonicamente o direito. Em terceiro lugar, as normas derivadas dos precedentes judiciais devem também ser coerentes tanto com o direito positivo como com as práticas sociais vigentes no território em que vigora o direito positivo. Em quarto lugar, a justificação da decisão deve estar coerente com as evoluções e transformações por que passam o direito e suas normas no tempo contemporâneo (coerência diacrônica). E, finalmente, em quinto lugar, a conexão argumentativa entre o direito e a moral faz com que as normas derivadas dos precedentes devam estar coerentes, na máxima medida, com a moralidade⁽⁵⁷⁾.

Em termos de construção da decisão adequada, uma das mais importantes características, indubitavelmente, é a demonstração da correção substancial do precedente que se pretende aplicar como fundamento de uma nova decisão. A força gravitacional dos precedentes, a qual impõe a obrigação de tratar casos semelhantes de modo semelhante, está exclusivamente determinada pelos argumentos

(54) Impõe-se observar, com base na lição de Luiz Guilherme Marinoni, que não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. Se, de um lado, a distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente, de outro, o *distinguishing* apenas é viável, quando o novo fato não é incompatível com o resultado a que se chegou no precedente. Esse fato, combinado com aqueles presentes no caso anterior, deve justificar o ajuste do precedente ao caso sob julgamento (*Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 326-328).

(55) *Overruling*, conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni, trata-se da revogação do precedente, por conta da perda da congruência social e do surgimento de inconsistência sistêmica. No sistema norte-americano, a revogação do precedente, em regra, tem efeitos retroativos. Todavia, alguns critérios têm sido levados em consideração, para se postergar a produção de efeitos da nova regra (*prospective overruling*), como é o caso da confiança justificada nas instituições e a prevenção contra a surpresa injusta. Em outros termos, para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificável” (*Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 391 e 419-421).

(56) Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 247-278; ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 129-130.

(57) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 249-387.

de princípio. Em outros termos, a força da *ratio decidendi* adotada como motivação para uma decisão futura depende sempre, inclusive onde há precedentes vinculantes, de uma ponderação adequada de todos os fatores institucionais e extrainstitucionais que influem sobre o peso dos precedentes judiciais. Por essa razão, é adequado dizer que o fundamento do precedente não pode residir somente na autoridade dos juízes e tribunais superiores, como se dá no modelo tradicionalmente adotado pelo positivismo brasileiro⁽⁵⁸⁾.

Tendo em vista a aproximação do CPC/2015 ao regime de direitos fundamentais, pode-se afirmar que não é razoável aplicar súmulas e precedentes apenas com base no princípio da “praticidade”, pois esta postura pode levar a uma administração da justiça informada exclusivamente por argumentos pragmáticos e voltada para uma padronização massificadora da atividade jurisdicional, fazendo o juiz se afastar de sua missão institucional de promover a individualização do direito, ajustando-o e reconstruindo-o por meio de interpretações construtivas no contexto de sua aplicação a casos concretos⁽⁵⁹⁾. É esta, pois, a ideia que deve conduzir o juiz: devem-se seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem direito

positivo formalmente produzido pelo tribunal superior, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de razão prática.

Impõe-se, neste momento, reafirmar: não há apenas razões institucionais para se seguir precedentes, mas também razões morais. Concomitantemente, é possível que, em casos concretos, essas razões morais — que desempenham um papel decisivo na argumentação jurídica, a partir do momento em que se reconhece a mútua dependência entre direito e moral — demandem uma reinterpretação do direito e o *overruling* (superação do precedente) de uma regra jurisprudencial que não possa mais ser moralmente justificada⁽⁶⁰⁾.

É incorreta, portanto, a asserção de que a técnica do precedente implica um engessamento ou uma paralisia do processo argumentativo, pois o padrão decisório (precedente) precisa ser reinterpretado e reconstruído em cada caso concreto, por meio de um processo de argumentação por princípios⁽⁶¹⁾. Por conta desse dinamismo, sustenta-se que a doutrina do *stare decisis* é uma arte, uma vez que, se de um lado, para alcançar a previsibilidade, pode limitar a atuação discricionária judicial, por outro, conferindo liberdade aos juízes, permite que eles interpretem e determinem a partir do *holding* em casos anteriores⁽⁶²⁾.

Como se percebe, é na busca da adequação da regra jurisprudencial ao caso que se concentra todo o esforço do intérprete, que tem o encargo argumentativo de buscar a solução mais acertada para cada caso que se coloca sob sua análise. Em outros termos, é simplesmente

(58) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 249-387.

(59) A universalidade reclamada pelo princípio da justiça formal e inteiramente compatível com a concretização do direito e com a consideração das circunstâncias específicas de cada caso concreto, uma vez que mesmo a ideia de “equidade” não deve ser lida como “contrastando com a universalidade da justiça”, já que esses juízos de equidade, ao exigirem a criação de exceções a regras gerais em função de aspectos particulares considerados na sua formulação originária, devem ser *justificados* por meio de exceções enunciadas em normas *universais* e que possam ser repetidas sempre que estiverem presentes os seus pressupostos de aplicação. A aplicação de súmulas e precedentes jurisprudenciais exige, portanto, uma consideração específica das circunstâncias de cada caso concreto, sob pena de uma aplicação irreflexiva e mal fundamentada dessa espécie de fonte do direito.

(60) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 467-538.

(61) Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 173-175.

(62) FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 76.

impossível a aplicação de qualquer precedente ou, mais genericamente, de qualquer regra ou princípio jurídico, sem atenção detalhada a todas as circunstâncias específicas para cada caso concreto, com a finalidade de realizar o ajustamento da norma à realidade, por meio da individualização do direito. E da mesma forma que ocorre no sistema de precedentes, na aplicação das súmulas, o raciocínio é meramente analógico, porém, se a questão não for idêntica ou semelhante, por conta das particularidades fático-jurídicas não consideradas no texto sumular, impõe-se ao juiz, em decisão devidamente fundamentada, estabelecer a distinção, recusando a aplicação deste⁽⁶³⁾.

Vale observar que, no sistema jurídico norte-americano, uma das principais habilidades dos advogados, conforme esclarece Toni M. Fine⁽⁶⁴⁾, “é a de fazer a distinção do precedente (quando o advogado não quer que casos anteriores sejam aplicados) e de preceder a uma argumentação por analogia (quando deseja que casos precedentes sejam aplicados)”. A diferenciação dos casos precedentes não é tarefa fácil, e tanto é verdade que não são todos os juízes e advogados que conseguem desenvolvê-la satisfatoriamente, apenas os mais habilidosos⁽⁶⁵⁾.

Nesse contexto, impõe-se enfatizar que, assim como já reconheciam os representantes do realismo jurídico norte-americano, o juiz, quando decide, cria direitos, atividade que se sobrepõe à de mero contexto de descoberta ou de declaração de direitos⁽⁶⁶⁾. A sua matéria-prima é

o direito material, de modo que, preocupado com a sua efetiva tutela, e outorgando sentido a proposições textuais e elementos não textuais, promove uma verdadeira “reconstrução” da ordem jurídica por intermédio do processo, o que demonstra o caráter normativo e constitutivo da decisão⁽⁶⁷⁾.

Observa-se, por conta de toda essa exposição, que a teoria dos precedentes, doravante aplicada no Brasil, impõe, definitivamente, uma nova perspectiva quanto à função dos tribunais superiores. A interpretação dos arts. 926-928 do CPC/2015 não deixa dúvidas quanto a isso. É importante destacar que esse papel não pode ser predefinido de forma muito abstrata, pois depende de fatores sociais e institucionais de cada país, inclusive, nas democracias, é inversamente proporcional à atuação mais intensa ou não das demais funções estatais em relação à tutela do interesse público⁽⁶⁸⁾.

No direito comparado, nem sempre se observa o direito ao recurso como parte integrante do devido processo legal, e se tem visto, inclusive aqui na América Latina, uma tendência no sentido de restringir o acesso aos tribunais superiores, que são peças-chave na construção do Estado de Direito, apenas para tratar de relevantes questões estritamente jurídicas⁽⁶⁹⁾. Diferentemente do *Civil Law*, na tradição do *Common Law*, presente majoritariamente em países democráticos, o direito a apelar ou a obter a revisão de uma decisão é

(63) MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 72-73, abr. 2012.

(64) FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão Técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69.

(65) TUSHNET, Mark. Os precedentes nos Estados Unidos. Traduzido por Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 218, p. 107-108, abr. 2013.

(66) Por todos: CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução por Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 122-124.

(67) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Escopo jurídico do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 203, p. 313 e 316-373, jan. 2012.

(68) KERN, Christoph A. O papel das Cortes Supremas. Tradução de Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochen. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 103, v. 948, p. 47-76. No Brasil, também foi publicada a seguinte versão em inglês deste artigo: KERN, Christoph A. The Role of the Supreme Court. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, p. 15-36, fev. 2014.

(69) OTEILZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010.

limitado. Na Inglaterra, por exemplo, salvo em casos excepcionais, a apelação não é entendida como um direito. Em um sistema em que há decisões densas e fartamente fundamentadas, exigindo notável competência dos *barristers*, a *Court of Appeal* julga, anualmente, pouco mais de mil recursos, enquanto a Suprema Corte do Reino Unido não chega a julgar uma centena no mesmo período⁽⁷⁰⁾.

Existe lógica na divisão de competências hierárquicas entre os órgãos do Poder Judiciário e na estrutura do sistema recursal, pois, ordinariamente, os tribunais superiores não devem funcionar como órgãos de terceiro e quarto graus de jurisdição. O instituto do “prequestionamento”, relacionado ao cabimento dos chamados “recursos excepcionais” (arts. 102,

III, e 105, III, da CF), demonstra bem esse fato. Eventual rediscussão da “justiça” da decisão, com amplo reexame de fatos e provas, deve ficar reservada à instância ordinária, formada pelos dois primeiros graus de jurisdição. Já aos tribunais superiores, deve-se reservar um papel de destaque no que concerne aos seus posicionamentos como manifestações de razão pública. Em outros termos, mesmo que se reconheça que os tribunais de vértice devam desempenhar as funções *dikelógica* (justa solução do caso concreto), *nomofilática* (preservação da higidez da ordem normativa ao nível nacional) e *paradigmática* (formação de jurisprudência, dominante ou sumulada, capaz de parametrizar os julgamentos dos casos análogos)⁽⁷¹⁾, entende-se que esse conjunto de preocupações deve sempre se direcionar, não custa repetir, no sentido de os mesmos servirem como guias interpretativos a respeito de significados suportáveis pelo texto normativo, vinculando a instância ordinária e conduzindo comportamentos sociais.

Assim, na linha do que esclarece Michele Taruffo⁽⁷²⁾, pode-se afirmar que, atualmente, a principal função dos tribunais superiores, seja na tradição do *Common Law*, seja na tradição do *Civil Law*, é a nomofilática por intermédio do precedente, justamente para indicar que a função típica de uma Corte de Superposição, como é o caso, no Brasil, do STF, do STJ e do TST, é de assegurar o uniforme respeito à ordem jurídica por meio de decisões universalizáveis e projetáveis para o futuro. Na linha do que é sugerido para a Corte de Cassação italiana, é preciso que os tribunais superiores julguem pouco, para que possam julgar bem e com qualidade⁽⁷³⁾.

(70) Em 1934, o acesso à *House of Lords* deixou de ser direito da parte. O recorrente, a partir dessa data, passou a precisar de uma permissão para interpor o recurso final, obtida ou no juízo *a quo* ou na própria *House of Lords*. Em 1966, a *House of Lords* declarou seu poder no sentido de modificar suas próprias decisões (*overruling*). Em 2009, a *House of Lords* foi transformada em Suprema Corte do Reino Unido, com competência para julgar recursos finais das causas provenientes da Inglaterra, da Escócia e da Irlanda do Norte. Observe-se que a *Court of Appeal* em Londres, diversamente, só tem competência para julgar recursos interpostos em processos ingleses. O principal motivo para a criação da Suprema Corte, acabando com a *House of Lords*, foi a necessidade de desmembramento das três responsabilidades do *Lord Chancellor*, que também tinha poderes típicos do Executivo e do Legislativo. Apesar de sua função ser exclusivamente jurisdicional, a Suprema Corte do Reino Unido não tem poderes para invalidar um ato do Parlamento. Todos os tribunais britânicos, todavia, podem dizer que uma determinada lei está em desacordo com a Lei de Direitos Humanos de 1998, sendo tarefa do Governo, posteriormente, tomar as providências para retirar os dispositivos apontados. Como a Suprema Corte do Reino Unido tende a se transformar em Corte Constitucional, tem-se apontado uma ruptura com a tradição, no sentido de que esse novo papel poderá levá-la à politização, transformando os seus juizes em celebridades. Cf. ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 186, p. 299-312, ago. 2010.

(71) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 445-454.

(72) TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 153, set. 2011.

(73) TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 186.

5. Da necessidade de ampliação do enfoque nas ações coletivas — a solução da litigiosidade na raiz social do problema

Todos os aspectos doutrinários analisados nos itens anteriores serão, em alguma medida, adotados aqui no Brasil. Deve-se perceber, todavia, que o sistema de precedentes regulamentado pelo CPC/2015 não é simplesmente uma “importação” do sistema tradicional da *Common Law*, e tanto esse fato é verdadeiro que está sendo necessária a sua adoção por disciplina e força legislativa, caracterizando-o, portanto, como um sistema adaptado para a cultura brasileira do *Civil Law*. Trata-se, e isto não se pode negar, de um avanço na busca por uma prestação jurisdicional eficaz. Esse avanço, todavia, pode ser aperfeiçoado por intermédio do fortalecimento das ações coletivas, especialmente a ação civil pública. Nessa perspectiva, alguns conceitos precisam ser revistos, para que se possa compreender melhor essa ideia.

Para atender ao modelo “desejado” pelo Estado Constitucional, a jurisdição contemporânea precisa ser realizada por intermédio de um processo que seja realmente efetivo ou eficaz, que tenha o condão de gerar, no plano dos fatos, não apenas a tutela jurisdicional, no sentido de proteger a parte que tem razão, mas a própria transformação da realidade social em direção a um mundo melhor, em que os valores éticos e os vínculos de fraternidade sejam fortalecidos. É preciso que fique claro, desde logo, que a atuação dos juízes não pode ser inclinada à busca deliberada da notoriedade e da aprovação das massas⁽⁷⁴⁾. Não é essa ideia que se defende aqui. Se esses fatos eventualmente ocorrerem, devem ser por consequência de uma atuação jurisdicional institucionalmente responsável e observadora dos limites impostos pela Constituição.

(74) FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O juiz e o poder. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 31, p. 40-41, jul. 1984.

De todo modo, deve-se partir da premissa de que a legitimação judicial, atualmente, deve ser buscada na comunidade⁽⁷⁵⁾, ou seja, no reconhecimento de que a atividade jurisdicional, para além de mero procedimento burocrático de prolação de decisões em série, possui efetiva capacidade de produzir resultados concretos.

Se a classe política brasileira fosse realmente sensível a esse tipo de abordagem, certamente estimularia o fortalecimento das ações coletivas, criando uma nova mentalidade social, inclusive com redução significativa do número de demandas na primeira instância e de recursos perante os tribunais⁽⁷⁶⁾. É lamentável, entretanto, que o legislador dê mais atenção às demandas individuais em detrimento das demandas coletivas. O projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL n. 5.139/2009), para citar um exemplo, abruptamente foi fulminado no Congresso Nacional, embora ainda esteja pendente de recurso o seu pedido de desarquivamento.

Outro exemplo é o veto do art. 333 do CPC/2015, que trataria da “conversão da ação individual em ação coletiva”⁽⁷⁷⁾, na linha do que já é permitido pelo Código de Processo Civil inglês⁽⁷⁸⁾. O instituto poderia ser um ótimo instrumento a favor do diálogo institucional e da governabilidade, se aplicado,

(75) PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32.

(76) NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 252.

(77) José Rogério Cruz e Tucci concorda com o veto, sob o fundamento de que o instituto é inconstitucional, “porquanto ofensivo às garantias do devido processo legal, bem como se descortina como exemplo emblemático de processo autoritário” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 63, abr. 2015). Não se concorda com essa tese, mas este “debate” será desenvolvido em outra oportunidade, por conta dos limites deste artigo.

(78) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 52-53.

ilustrativamente, nas demandas individuais que invocam prestações sociais do Estado (medidas de saúde, educação etc.). Nesse sentido, pretende discipliná-lo o art. 30 do PL n. 8.058/2014 (Câmara dos Deputados), que pretende instituir procedimento especial para disciplinar a intervenção judicial em políticas públicas, incentivando uma “postura mediadora” do juiz, de modo que a solução do caso — encontrada dialogicamente pelas partes envolvidas e o eventual auxílio de terceiros juridicamente interessados — permita, concomitantemente, a governabilidade e a eficácia do direito fundamental tutelado. Preferiu-se, todavia, a tradição do individualismo inerente ao Estado Liberal de Direito, que tanto influenciou nas origens do CPC/1973.

As razões do veto do incidente de conversão da ação individual em ação coletiva, acompanhando prévia manifestação da OAB, são no sentido de que o CPC/2015 já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. Essa motivação, todavia, não é convincente, pois, como se sabe, a dignidade das ações coletivas não está apenas na resolução de questões repetitivas. Pelo contrário, além de diminuir o número de demandas na primeira instância, o que não ocorre nas litigâncias de massa visadas pelo CPC/2015, as ações coletivas, se devida e legislativamente estruturadas, têm aptidão para, por intermédio de um único processo, transformar a realidade, eliminando focos de litigiosidade, sem prejuízo de direcionar os membros da sociedade no sentido de respeitar os direitos dos outros e cumprir os seus deveres. E, mais, tudo isso sem provocar uma série de processos na instância ordinária, primeiro e segundo grau de jurisdição, pois, no que toca ao sistema de precedentes do CPC/2015, esse fato não ocorre com os institutos da “improcedência liminar do pedido” (art. 332), do “julgamento de recursos excepcionais repetitivos” (arts. 1.036-1.041) e do “incidente de resolução de demandas repetitivas” (arts. 976-987), institutos esses que, diferentemente

das ações coletivas, lidam apenas com questões de direito.

O que parece, com essa aversão às ações genuinamente coletivas, como é o caso da ação civil pública, é a existência de um *lobby* a favor da reserva de mercado, fato que, não obstante favorecer uma determinada classe ou categoria, é nitidamente prejudicial ao desenvolvimento da função jurisdicional e do próprio Estado de Direito. É preciso perceber que efetividade do processo não se confunde com a mera aplicação abstrata de precedente jurisprudencial. “Não bastam soluções quantitativas”, preleciona Cândido Rangel Dinamarco⁽⁷⁹⁾, “é indispensável também estar atento à efetiva justiça que o processo seja capaz de proporcionar”. Por outro lado, “efetividade do processo” é uma expressão que também não se equipara à efetividade da sentença. Como adequadamente observa Calmon de Passos⁽⁸⁰⁾, e esta é uma afirmação fundamental para a compreensão deste artigo, “equiparar a efetividade do processo à efetividade do decidido pelo magistrado é propugnar a inefetividade da cidadania”.

O valor “efetividade”, assim, deve ser visto pelos resultados e pelo aspecto social do processo, potencializando os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política ou econômica⁽⁸¹⁾. O processo, no Estado Constitucional, embora deva ser razoavelmente previsível, orientando a sociedade por meio de precedente judicial, existe para promover os fins da pessoa humana, o que significa dizer que o seu compromisso também diz respeito à efetiva tutela dos direitos⁽⁸²⁾.

(79) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo I, p. 433.

(80) PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaio e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 1, p. 393.

(81) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103-104.

(82) MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 55-65, mar. 2014.

O processo deve ser concebido como instrumento de que a função jurisdicional do Estado serve, para resolver as crises de direito material⁽⁸³⁾. Considerando o valor “efetividade”, não se trata apenas de finalizar o processo, da solução pontual do conflito, mas sim da potencialidade da jurisdição democrática no sentido de “identificar as suas reais causas” e, como efeito decisório, transformar a realidade social, a fim de permitir melhores condições de sustentabilidade no desenvolvimento das relações sociais. A efetividade do processo, em outros termos, deve ser mensurada pelo reconhecimento dos jurisdicionados, tornando-o instrumento legítimo e democrático de solução do conflito e, concomitantemente, de alteração da realidade na perspectiva das opções políticas tomadas previamente pela sociedade (instrumentalismo substancial)⁽⁸⁴⁾.

Embora a solução da crise do Poder Judiciário também dependa de investimentos em recursos materiais e humanos proporcionais à demanda de seus serviços, não se pode perder de vista que a sua margem de confiança e legitimidade dependem da fidelidade de suas decisões ao direito posto (democraticamente) e às exigências dos fatos sociais⁽⁸⁵⁾. Nesse contexto, e considerando que também é da essência da função jurisdicional dar significado aos valores públicos⁽⁸⁶⁾, pode-se afirmar que somente o uso adequado das ações coletivas permitiria aproximar o processo da realidade social, transformando-a na perspectiva de

melhorar a vida dos jurisdicionados e com o escopo de evitar a repetição de ilícitos, tudo isso além de diminuir o volume de demandas individuais que, estatisticamente, só cresce e dificulta o alcance de uma prestação jurisdicional de qualidade.

Não é incomum as Varas do Trabalho lidarem diariamente com litígios marcados pela indivisibilidade dos interesses metaindividuais (procedimentos atentatórios a direitos fundamentais, a exemplo da prática empresarial de revistas íntimas ou a restrição de idas ao banheiro durante a jornada de trabalho) e apenas prestar uma tutela jurisdicional voltada a “ressarcir” os danos materiais e morais eventualmente sofridos pelo trabalhador. Resolve-se o caso, mas, ao arrepio de qualquer noção elementar de efetividade, a situação fática da repetição de demandas individuais, independentemente dos valores das indenizações, continua a se repetir. Com efeito, diferentemente do que ocorreria se fosse adotado, no Brasil, um tratamento adequado das ações coletivas, essa solução atomizada de conflitos acarreta, além da sobrecarga dos serviços e do desprestígio da função jurisdicional, um desestímulo intelectual dos juízes⁽⁸⁷⁾, que não veem os seus esforços diários gerarem bons frutos.

Sendo assim, impõe-se enfatizar, como forma de se atingir um efetivo processo e melhorar a qualidade dos serviços judiciais no Brasil, a tutela inibitória coletiva, caracterizada, na conhecida lição de Luiz Guilherme Marinoni⁽⁸⁸⁾, “por ser voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito”. É preciso perceber que, não obstante a euforia diante do novo CPC, esse sistema ainda deve ser preferível ao de julgamentos de massa padronizados (por precedentes), que podem até resolver, em certa perspectiva,

(83) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

(84) LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 29-36.

(85) MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. São Paulo: RT, 2005. vol. 1, p. 262.

(86) Cf. FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004. p. 97-99.

(87) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006. p. 7.

(88) MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 28-29.

“o problema do excesso de demandas para as Cortes Superiores, mas não o faz para o Judiciário como um todo”⁽⁸⁹⁾.

Observe-se que, diante do notório, crescente e assustador número de processos em tramitação no Brasil e do fato de o juiz brasileiro não ter formação administrativa, já se pensa em adotar por aqui, na linha do direito alemão, a figura do administrador judicial, que teria o encargo de administrar e controlar a tramitação sistemática e contínua dos feitos, além de proferir despachos e até mesmo expedir ordens de pagamento⁽⁹⁰⁾. O caminho, todavia, deve ser outro. Deve-se preocupar, sem ferir o acesso à justiça, com a “litigância de qualidade”, ou seja, aquela cujo resultado produzirá melhores frutos em benefício da sociedade. As atuações legislativa, por intermédio da dogmática jurídica, e judiciária, criando a norma do caso, devem ser vistas como atividades “complementares” na tarefa de tutelar dos direitos, cada uma em momento próprio. Nesse contexto, as reformas processuais, se realmente desejassem que o processo jurisdicional produzisse resultados socialmente satisfatórios e efetivos, deveriam ter na mira a filosofia dos processos genuinamente coletivos: resolver molecularmente os conflitos de interesses, em vez de atomizá-los e pulverizá-los, evitando a multiplicação de processos e o congestionamento dos tribunais⁽⁹¹⁾.

Não se pode esquecer de que, no contexto do Estado Constitucional e Democrático de Direito, a garantia do acesso à justiça não mais pode ser considerada, simbolicamente, como algo idêntico ao direito a uma resposta jurisdicional⁽⁹²⁾. Sendo assim, para que as

iniciativas do legislador democrático deem certo, revela-se imprescindível visualizar, sob o ponto de vista ideológico, as ações coletivas como instrumento de avanço social e cidadania, fato que reclama o aprimoramento das técnicas processuais adequadas à efetiva prestação da tutela jurisdicional⁽⁹³⁾. Do contrário, “sem tutela coletiva completa, adequada e suficiente, é inviável pensar-se em estímulo para o que o jurisdicionado opte por não manejar o processo individual”⁽⁹⁴⁾.

Como se percebe, as ações coletivas, além de gerarem acesso à justiça, têm como fundamento de política judiciária a efetividade do princípio da economia processual⁽⁹⁵⁾, fundamental em um cenário de escassez de recursos e, paradoxalmente, aumento das necessidades sociais. Em outras palavras, a “improcedência liminar do pedido” e a institucionalização do “incidente de demandas e recursos repetitivos” devem ocorrer sem prejuízo da constante busca de aprimoramento da tutela dos direitos por intermédio das ações coletivas⁽⁹⁶⁾.

Como defende Vicente de Paula Maciel Júnior⁽⁹⁷⁾, ao invés de um tradicional e retrógrado modelo de processo centrado no individualismo tradicional, deve servir de paradigma, atualmente, um modelo que, na

Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128-129.

(89) ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013. p. 52.

(90) NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 34, n. 169, p. 131, mar. 2009.

(91) GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009. p. 295.

(92) WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVE, Ada Pellegrini, DINAMARCO,

(93) VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 124-132.

(94) SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário – reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 236, p. 18-19, out. 2014.

(95) DIDIER JR., Fredie; ZENETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 4, p. 32.

(96) ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 535.

(97) MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 178

essência, visualize as ações coletivas como “ações temáticas”, ou seja, o que importa é o debate sobre temas sociais relevantes, para, como efetivo instrumento de cidadania, modificar a realidade fática em conformidade com os valores do Estado Democrático de Direito.

A exemplo do que ocorre com as “ações de classe” norte-americanas, como há representatividade adequada⁽⁹⁸⁾ da coletividade atingida pelo julgamento, permite-se, pelo manejo das ações coletivas, um debate judicial de alto nível, atacando a raiz social dos litígios, o que parece ser ainda mais relevante na área trabalhista em que, por medo de perder o emprego, dificilmente se vê um trabalhador promover demanda na Justiça do Trabalho no curso do contrato.

Demais disso, na linha do que defendem Sérgio Cruz Arenhart⁽⁹⁹⁾ e Rodolfo de Camargo Mancuso⁽¹⁰⁰⁾, para qualitativamente resolver o problema do excesso de demandas judiciais, revela-se urgente instituir, pela via legislativa, a sistemática da suspensão das causas individuais idênticas e a proibição do ajuizamento de ação individual, quando do ajuizamento da ação coletiva, com a ressalva de casos particulares eventual e previamente estabelecidos pela legislação. Afinal, a solução do problema, pelo menos quanto ao módulo processual de conhecimento, ocorrerá por intermédio do processo coletivo.

De igual modo, e para finalizar, concorda-se com a tese de Eduardo Talamini⁽¹⁰¹⁾, no

sentido de que, pelo menos como regra geral, e embora não seja uma tarefa fácil ou equação simples, precisa-se, de um lado, eliminar focos de litigiosidade atualmente infensos às ações coletivas (matéria previdenciária, tributária, FGTS etc.), e, de outro, atribuir repercussão negativa do resultado do processo coletivo sobre as pretensões e ações individuais, inclusive quanto à tutela de interesses individuais homogêneos, contribuindo para a economia processual e a estabilização de uma resposta jurisdicional uniforme para casos iguais, sem prejuízo de conferir tutela jurisdicional plena ao réu, garantindo-lhe segurança jurídica.

6. Considerações finais

A litigiosidade de massa, notoriamente, tem hipertrofiado o Poder Judiciário, que, em suas tentativas de resposta, não vem correspondendo às expectativas dos jurisdicionados. É preciso solucionar o problema, pois, se considerada em sua integralidade, a jurisdição estatal encontra-se em estado de paralisia, mas, em contrapartida, o dilema diz respeito à forma de como resolvê-lo. Não é tarefa fácil, e o Legislador, na parte que lhe toca, nem sempre escolhe a melhor das alternativas.

No caso do CPC/2015, todavia, são consideráveis os avanços quanto à racionalização de decisões para casos semelhantes por intermédio do sistema de precedentes. Por outro lado, para se atingir um plano normativo adequado, direcionando o sistema judicial para um padrão de qualidade minimamente razoável, o Congresso Nacional deve retomar o debate sobre o aperfeiçoamento da tutela dos direitos por intermédio das ações coletivas, no sentido de construir um modelo que permita impedir a multiplicação de demandas de conhecimento na primeira instância e, principalmente, transformar a realidade social, por ser a ação coletiva focada na fonte da litigiosidade, inibindo-a por conta da tutela de remoção do ilícito.

de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 241, p. 337-358, RT, mar. 2015.

(98) Sobre a temática da “representatividade adequada” nas ações coletivas, consulte-se: GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p. 99-135.

(99) ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013. p. 51-52.

(100) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011. p. 477-478.

(101) TALAMINI, Eduardo. *Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil*

Não se discute que a consolidação de um sistema de precedentes, em médio prazo, pode diminuir o número de demandas. É que a chamada “loteria judiciária” e a incerteza jurídica são fatores de estímulo à litigância, que pode diminuir com a fixação das teses jurídicas pelos tribunais superiores. Acontece que, ao lado dessa perspectiva, deve-se enfatizar que o objetivo do Poder Judiciário deve ser deslocado da multiplicação industrial das estatísticas de processos para a adequada e efetiva tutela dos direitos, realizando escopos metaprocessuais por intermédio de técnicas que, no plano dos fatos, tenham aptidão para modificar, positivamente, a vida dos cidadãos.

Observe-se, e este fato é digno de nota, que o modelo de gestão judiciária que se adota no Brasil, verticalizado, demonstra, por uma outra perspectiva, que o sistema de precedentes, por si só, não será capaz de proporcionar soluções adequadas à litigância de massa. A premissa é a de que uma indústria não é, certamente, um bom modelo para a Justiça. Contudo, a onda de industrialização das decisões judiciais, ora em curso, sequer se pauta pelos métodos mais atuais da especialização flexível de trabalho. Trata-se de promover a produtividade massiva e numérica de decisões que sigam os padrões das matérias já decididas pelos tribunais superiores, na forma de um anacrônico modelo *taylorista*, baseado no controle *pari passu* dos atos e tempos dos trabalhadores do processo, apenas potencializado pelas tecnologias de controle eletrônico. Esse modelo de gestão, na medida em que promove a industrialização das decisões, a desvalorização do sentido ético do trabalho judicial e a indistinção qualitativa dos casos, está na contramão da ética dos precedentes. Sendo assim, é preciso ter muita cautela nessa fase inicial, inclusive para o fato de que os precedentes não sejam apenas discursos de autoridade absolutamente desconectados da realidade.

Nesse contexto, se o sistema de precedentes precisa ser adequadamente compreendido,

as ações coletivas, com todas as suas potencialidades, precisam ser aperfeiçoadas, de modo que os dois modelos, conjuntamente, propiciem resultados compatíveis com as mais elementares noções de efetividade processual. Se “efetividade” é a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social, a interação entre instrumentalidade e efetividade coloca o processo a serviço da realização normativa. Daí se chega à compreensão de que a atividade jurisdicional, quando desenvolvida a partir dos preceitos e valores do devido processo legal, vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida. Com isso, rearticulam-se os planos do direito material e direito processual, a fim de que a tutela jurisdicional esteja adequada às tutelas materiais, e, desse modo, a noção de instrumentalidade se reconstrói pela reinserção da tutela efetiva dos direitos, no plano da realidade social, como escopo da jurisdição.

Enfim, os dois modelos — sistema de precedentes e ações coletivas — devem ser adequadamente compreendidos na perspectiva da jurisdição contemporânea, cuja função não se resume a resolver o litígio das partes, e aperfeiçoados, prestigiando-se as ações temáticas e de qualidade, tendo como natural efeito a redução de demandas no Poder Judiciário, por conta da previsibilidade decorrente da decisão final e, conseqüentemente, da remoção da origem da litigiosidade. É o que se espera, mas, repita-se, essa expectativa depende, em um primeiro momento, da vontade política do Congresso Nacional e, em seguida, da sensibilidade dos atores judiciais.

7. Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 192, , fev. 2011.

_____. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 186, ago. 2010.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, jul. 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010.

BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões como elemento constitutivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 227, jan. 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 215, jan. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução, revisão e notas de Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: SAFE, 2010. vol. II.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: SAFE, 1984.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. Revisão técnica e tradução por Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. A jurisprudência como fonte do direito. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares:*

estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: RT, 2010.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, jul. 2010.

COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura dos Estados Unidos*. O sistema de precedente vinculante do *common law*. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 752, jan./jun. 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, abr. 2015.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZENETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. tomo I.

EDWARD D., Re. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 19, n. 73, jan./mar. 1994.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O juiz e o poder. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 31, jul. 1984.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 3. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito*

em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

KERN, Christoph A. O papel das Cortes Supremas. Tradução de Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochen. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 103, v. 948, , out. 2014.

_____. The Role of the Supreme Court. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, fev. 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009.

IIIIII. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel García; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio (Orgs.). *40 anos da*

Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. São Paulo: RT, 2005. vol. 1.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, mar. 2014.

_____. Fundamentação e precedente — dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, abr. 2012.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

NOJIRI, Sérgio Nojiri. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 34, n. 169, mar. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Escopo jurídico do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 203, jan. 2012.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante — Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

OTELZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 187, set. 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaio e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 1.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante*. São Paulo: Método, 2011.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

REIS, Mauricio Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 230, abr. 2014.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário — reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 236, out. 2014.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante — Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 241, mar. 2015.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, set. 2011.

_____. *Icebergs do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 181, mar. 2010.

_____. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Scientifica, 2007.

_____. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, 2001.

TESHEINER, José. O direito fundamental à igualdade e à uniformização de jurisprudência. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, jan./jun. 2014.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

TUSHNET, Mark. Os precedentes nos Estados Unidos. Traduzido por Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 218, abr. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. Anotações sobre o Projeto de Lei n. 166/2010, para um novo Código de Processo Civil. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos; realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, jan. 2011.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de*

um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

ZENETI JR., Hermes. Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o novo código de processo civil – universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 235, set. 2014.

O novo CPC e o processo do trabalho — falsas novidades e parâmetros de aplicação

Valdete Souto Severo^(*)

Resumo:

- ▶ A edição de um novo Código de Processo Civil, com todas as controvérsias e discussões que o envolvem, talvez seja uma bela oportunidade de resgate das normas processuais trabalhistas. Neste artigo, proponho a hipótese de que o exame das previsões do NCPC e, especialmente, o reconhecimento da racionalidade que o permeia, nos habilitará a reconhecer a atualidade e a importância das normas processuais contidas na CLT e perceber a incompatibilidade da maior parte das regras do processo comum com o processo do trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Processo do trabalho — Novo CPC — Racionalidade liberal.

Abstract:

- ▶ With all the controverseis and discussions that the new civil process code is involved maybe it is a good opportunitie to bring back the labor process norms. In this article I propose the hypothesis that the NCPC previsions exam and especially the recognition of its rationality will allow us to recognize the actuality and the importance of the labor process norms contained at the CLT and realize the incompatibility of most of the rules from the commom process with the labor process.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A racionalidade liberal reforçada
- ▶ 3. As falácias do NCPC
- ▶ 4. Alguns exemplos da racionalidade do novo CPC
- ▶ 5. A racionalidade do processo do trabalho
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (USP) e RENAPEDTS — Rede Nacional de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho e Previdência Social.

Professora e Diretora da FEMARGS — Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS. Juíza do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

1. Introdução

As novidades sempre nos atraem. Somos compelidos em direção ao novo, justamente por sua característica de introduzir algo diferente, capaz de nos retirar da zona de conforto. Convida-nos a refletir. É assim com o novo CPC. O problema é que aí a novidade é um disfarce: não passa de reinvenção do que já está ultrapassado.

O novo CPC não apenas deixa de avançar em aspectos essenciais, tal qual a redução do número de incidentes e recursos, como também insiste numa ideia que já perdeu seu tempo histórico: a proteção aos interesses do devedor.

Isso, por si só, o compromete como uma novidade a ser festejada. Se somarmos o fato de que resulta compilação de diferentes doutrinas e mesmo teses individuais, por vezes antagônicas, teremos dificuldade em afastar a conclusão que se impõe. O novo CPC nasce ultrapassado naquilo em que efetivamente interessa: sua suposta intenção de perseguir a realização do projeto social de inclusão e solidariedade, contido na Constituição de 1988. Não se trata, porém, apenas da perda de uma oportunidade de avançar. Vários dispositivos revelam a intenção clara de reforçar o paradigma racionalista que busca “amarrar” o juiz à vontade da lei (hoje melhor identificada na vontade da súmula). Por consequência, sua aplicação (subsidiária ou supletiva) ao processo do trabalho implicará retrocesso.

Essa realidade torna-se ainda mais nítida quando percebemos, através do exercício de resgate das normas processuais trabalhistas, que o processo do trabalho é ágil, eficiente e tendente a permitir a realização dos direitos sociais.

Este artigo convida à reflexão sobre as falsas novidades da Lei n. 13.105/2015 e a atualidade das normas processuais trabalhistas, propondo um resgate que nos permita olhar novamente para o processo do trabalho, reconhecendo-lhe a autonomia e a importância, como

instrumento de realização dos direitos sociais trabalhistas.

2. A racionalidade liberal reforçada

Nossa noção atual de processo é ainda caudatária da lógica iluminista, pela qual foi necessário — em certo momento histórico — criar poderes de Estado que justificassem e fizessem valer as “novas regras” burguesas de convivência⁽¹⁾. Um avanço, sem dúvida. A lei escrita foi a forma encontrada para impedir o retorno à lógica medieval de definir direitos e obrigações a partir da casta a que pertenciam as pessoas envolvidas. Além disso, era preciso criar a figura do sujeito de direitos e fortalecer as noções de contrato e propriedade privada, para que a troca (inclusive de tempo de vida por dinheiro) pudesse se tornar o móvel da nova sociedade⁽²⁾.

(1) A Revolução Francesa teve por objeto romper com o modelo feudal de organização social, em uma realidade de grave alteração da lógica econômica. O modelo feudal falido precisava ser substituído por outro que legitimasse a classe social detentora do poder econômico (burguesia). Essa legitimação política foi obtida por meio da revolução, que não apenas instituiu um novo modo de relação entre o capital e o trabalho, como também alterou o pensamento filosófico. A consolidação da classe emergente no poder tornou necessária a “conversão do Estado absoluto em Estado constitucional: o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia nos textos dos Códigos e das Constituições”. BONAVIDES, Paulo. Do Absolutismo ao Constitucionalismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, p. 565, 2004.

(2) A construção filosófica da noção de sujeito de direitos é encontrada especialmente em Hegel. Para ele, “o direito é forma” e a forma direito “é determinada pela forma sujeito de direito” e a forma sujeito de direito “é necessariamente universal”. É dever da pessoa “dar-se um domínio exterior para a sua liberdade, a fim de existir como ideia”. A pessoa é, portanto, “vontade infinita em si e para si” e tudo o mais, que pode constituir “domínio de sua liberdade, determina-se como o que é imediatamente diferente e separável”. Esta é a mágica pela qual Hegel consegue separar o indivíduo livre das “coisas” em relação às quais ele deve se comportar como proprietário e, ao mesmo tempo, identificar tais coisas em tudo que é extrínseco

Entretanto, mais de dois séculos transcorreram sem que conseguíssemos avançar em relação ao modelo então criado para permitir a transição do sistema feudal para o capitalista de produção. A própria ideia de Estado tripartite e de *código* pressupõe um modelo de sociedade (de trocas) e de distribuição (de poder), na qual o Judiciário é idealizado para ser apenas “uma presença e uma voz”⁽³⁾. O juiz, por sua vez, “um homem cuja função consiste exclusivamente em ler e em dizer a lei”⁽⁴⁾.

“para o espírito livre”, inclusive a própria força de trabalho. HEGEL, Georg. Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 46. Por sua vez, o contrato é a categoria jurídica que — legitimando a atuação do indivíduo como sujeito de direitos — complementa a base jurídica da modernidade. O contrato é definido por Hegel com a seguinte afirmação: “A propriedade, que no que tem de existência e extrinsecidade já não se limita a uma coisa, mas inclui também o fator de uma vontade (por conseguinte estranha), é estabelecida pelo contrato” (p. 70). Na relação de troca, segue Hegel, o contrato é real, porque “cada um dos contratantes constitui a totalidade daqueles dois momentos”, de aquisição e de alienação de propriedade e, portanto, cada contratante “vem a ser e continua a ser proprietário” (p. 73). Logo, é o contrato que revela o sentido da propriedade: “o sujeito, que se apropria das coisas pela exteriorização da sua vontade, apropria-se para a troca”. A relação social que passa a ser sempre uma relação contratual é, então, relação entre proprietários. E nela “cada um, por sua vontade e pela vontade do outro, deixa de ser, permanece e torna-se proprietário” (p. 115).

- (3) Um modelo ideologicamente comprometido com o capital. Como refere Ovídio Baptista: “A marca registrada do pensamento conservador é justamente a ‘naturalização’ da realidade que ele próprio elabora, de modo que todo aquele que procura questioná-la torne-se, a seus olhos, ideológico”. No âmbito do processo “essa naturalização da realidade tem uma extraordinária significação”, pois “é através dela que o juiz consegue tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável”. Se o juiz apenas aplica a lei, a injustiça é do legislador, e não dele. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16. Se transportarmos para a realidade atual e amplamente estimulada pelo novo CPC, podemos dizer que o juiz que aplica súmulas está tranquilo, porque não se preocupa com a justiça da sua decisão, apenas segue a vontade (imposta) do Poder Judiciário de cúpula.
- (4) ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*. 2. ed. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença; São Paulo: Martins Fontes, 1977. p. 133.

Afirmar que isso está ultrapassado, que há muito tempo não temos mais o “juiz boca da lei”, é negar uma realidade que, sobretudo com o novo CPC, insiste em permanecer. É claro que o juiz “carimbador maluco” nunca existiu realmente, pois a atividade judicial sempre teimou em exercer um papel que excede sua missão original. O Poder Judiciário, como produção cultural que é, de um certo tempo histórico bem definido, acabou se destacando como elemento de concretização de direitos⁽⁵⁾. Daí a necessidade, que se revela sempre atual, de “amarrar” os juízes.

No campo do discurso jurídico, decisões que extrapolam as determinações legais, criam direitos ou os retiram, sem o necessário filtro democrático, recebem o epíteto de “ativismo judicial”, embora aí se inclua tanto as decisões que fazem valer a Constituição, quanto aquelas que dela se distanciam⁽⁶⁾. Curiosamente, essa atuação, sobretudo a partir do denominado neoconstitucionalismo, parte do pressuposto de que a Constituição tem força normativa e de que é preciso inaugurar uma nova teoria do Direito

- (5) Não estou com isso afirmando o caráter revolucionário do Poder Judiciário. Ao contrário, é nítida a sua função de conservar o modelo de sociedade que elegemos. Fato é que notadamente a partir da segunda metade do Século XX, o Poder Judiciário passa a assumir a função de protagonista na construção de uma espécie de pacto entre o capitalismo e o socialismo. Com isso, sem dúvida, põe em xeque sua função original, o que em parte legitima essa suposta necessidade de contê-lo, neste início de novo século. A crise de legitimidade não atinge, evidentemente, apenas o judiciário. Sobre as outras “cabeças” do Estado também pesam esses mais de dois séculos de estagnação. Ambos enfrentam uma séria crise de legitimidade. O Poder Legislativo legisla a portas fechadas, muitas vezes fazendo opções diametralmente opostas àsquelas desejadas pelas pessoas que democraticamente elegeram seus membros. O Poder Executivo vacila entre uma gestão ineficiente da coisa pública (cada vez mais privatizada) e sua função (original, é verdade) de guardião do capital, concedendo financiamentos, salvando bancos e empresas e intervindo, para que tudo continue como está.
- (6) STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111.

e, portanto, do próprio Estado. Em lugar da autonomia do legislador, a potencialização da atividade judicial, que passa a exercer a função política de transformar em realidade o projeto social contido na Constituição⁽⁷⁾.

Não há consenso, porém, acerca dos limites que devam ser impostos a essa atuação judicial⁽⁸⁾. O novo CPC é um exemplo disso. Regula a atuação do juiz, tentando limitar ao máximo seu potencial criativo⁽⁹⁾, mas ao

mesmo tempo estabelece uma disciplina de respeito reverencial às súmulas, completando um processo iniciado com a EC 45/2004, ao atribuir superpoderes a determinadas súmulas (vinculantes), fazendo dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, legisladores e aplicadores de suas próprias leis.

A compreensão dessa esquizofrenia depende da percepção de que Estado e Direito constituem formas de reprodução/manutenção do capital⁽¹⁰⁾. Como tal, atuam em consonância com as supostas necessidades do mercado. No Brasil, isso pode ser constatado, especialmente a partir da década de 1960, pelo movimento de desmanche das conquistas sociais do segundo pós-guerra, que se engendra pela atuação concomitante dos três poderes de Estado, embalados pela necessidade de “fortalecer” o mercado⁽¹¹⁾. Esse movimento ganha maior fôlego a partir da década de 1990⁽¹²⁾, principalmente mediante um projeto de Reforma do Poder Judiciário, iniciado em 1994 e articulado no Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial⁽¹³⁾, cujo objetivo é impedir que a magis-

decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

- (7) “A Constituição, como referencial das demais normas, possibilita que “se trave uma luta ideológica pelo direito dentro do próprio direito, ou seja, sem se valer, propriamente, de noções metajurídicas como o direito natural”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 245.
- (8) A noção de que o juiz tem a função política de transformar em realidade o projeto de sociedade contido nas Constituições sociais do segundo pós-guerra é o argumento ideológico que justifica o chamado neoconstitucionalismo. Com base especialmente em doutrinas como a de Alexy e de Dworkin, muitos autores tem propagado fortemente a noção de que ao juiz cabe ser ativista, agindo através dos princípios, exercendo sua função de “guardião das promessas da Constituição”, para usar as palavras de Garapon. GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. O Guardião das Promessas. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Esse distanciamento que o ativismo permite, talvez mesmo sem intenção, entre o juiz e o ordenamento jurídico, de modo a que se pense que é possível dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, é exatamente o que permitiu, nas últimas décadas, a edição de súmulas completamente dissociadas da ordem jurídica vigente. E esse ativismo, repita-se, não será combatido pelo novo CPC. Será elevado à potência máxima.
- (9) São exemplos disso os artigos do novo CPC: art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida; art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício; art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte; art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado; art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a

- (10) “O direito é esse mecanismo subterrâneo de assujeitamento tão obscuro e poroso que, mesmo quando nos opomos a ele, é nele e por ele que existimos. Um mecanismo sem sujeito – embora o ‘sujeito’ seja a sua categoria principal – inserido na própria estrutura social como um dos seus elementos fundamentais, e ‘suportado’ pela organização da psique humana, que elabora as condições de sua efetividade”. NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões, Dobra Universitário, 2014. p. 102.
- (11) O DL n. 200/67, e leis como a de n. 4.923/65 e a do FGTS, de 1966, são claros exemplos desse processo.
- (12) E a terceirização é certamente o “tema” que melhor demonstra esse movimento, pois a Súmula n. 331 do TST, verdadeira legislação de contrabando, dá partida ao processo de redução do tamanho do Estado e de maior atrelamento da função pública às vontades do capital, culminando na discussão atual acerca da necessidade ou não de regulamentar esse “fenômeno”, que tem como principais características: a facilitação do trabalho infantil e escravo, a redução das condições de trabalho, a fragmentação da classe trabalhadora e a invisibilidade.
- (13) O Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial, denominado “O Setor Judiciário na América Latina e

tratura constitua óbice à imposição da lógica do capital⁽¹⁴⁾. A partir dele, o Brasil editou três pactos republicanos por um Poder Judiciário célere e eficaz (2004, 2009 e 2011)⁽¹⁵⁾, cartilhas que determinam, passo a passo, um caminho a ser trilhado pelos poderes de Estado, notadamente pelas cortes superiores, para evitar que o Estado e o Direito “atrapalhem” o mercado.

no Caribe — Elementos para Reforma”, com tradução de Sandro Eduardo Sardá, publicado em junho de 1996, é exemplo claro dessa iniciativa organizada do capital para retomar as rédias do Estado e do Direito. Nele, lê-se: “Estas recentes mudanças tem causado um **repensar do papel do estado**. **Observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, com o estado atuando como um importante facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento do setor privado**. Todavia, as **instituições públicas na região tem se apresentado pouco eficientes em responder a estas mudanças**. (...) em muitos países da região, existe uma **necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça**, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos. (...) A **reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário, o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente**. Neste contexto, um **judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos**”. E conclui que: “**A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais**. (...) Similarmente, **estas instituições contribuem com a eficiência econômica** e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza”. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/documentos-historicos/documento-319-do-banco-mundial/documento-319-do-banco-mundial>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

- (14) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas*. Disponível em: <<https://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2014/12/velhas-e-novas-ameac3a7as-do-neoliberalismo-aos-direitos-trabalhistas-por-jorge-luiz-souto-maior.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2015.
- (15) Ver: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547>. O primeiro resultado já foi sentido em 2004, com a EC n. 45/2004, que criou o CNJ, a súmula vinculante e o recurso Extraordinário com repercussão geral.

Na reunião para fixação de metas em 2013, o CNJ definiu os “Macrodesafios do Poder Judiciário para o período 2015-2020”, com destaque para a promoção da celeridade e da produtividade na prestação jurisdicional. A premissa é de que a Justiça deve julgar “uma quantidade de processos maior do que o número que entrou” no ano anterior⁽¹⁶⁾. O resultado é a implementação de um sistema de gestão por metas que está adoecendo juízes, advogados e servidores⁽¹⁷⁾, a difusão da prática de conciliação a qualquer custo⁽¹⁸⁾ e a corrida

- (16) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/2013>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

- (17) A questão é tão grave que já há um grupo de trabalho no CNJ propondo resolução sobre uma “Política de Atenção Integral à Saúde de magistrados e servidores do Poder Judiciário”. Interessante é ver que as soluções propostas para atender a preocupação com a saúde de juízes e servidores sequer tangenciam a questão da excessiva cobrança de metas relativas à quantidade de trabalho. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80076-cnj-aprova-politica-de-saude-para-magistrados-e-servidores-do-judiciario>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

- (18) O incentivo à conciliação no novo CPC impressiona: art. 2º, § 2º O Estado **promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos**. § 3º **A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V - **promover, a qualquer tempo, a autocomposição**, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Art. 165. Os tribunais criarão **centros judiciários de solução consensual de conflitos**, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Art. 166. **A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade**, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 4º **A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados**, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá **registro de profissionais**

para integral informatização do procedimento, através do PJe. Tudo isso desvela a presença (ainda e sempre) do compromisso racional-iluminista que permeia a atuação do Estado, através de seus três poderes.

O que impressiona é que em 2015, quando já devíamos mesmo haver ultrapassado a ideia de positivação do direito em códigos, o novo CPC reforce esse propósito liberal de redução da função do Poder Judiciário, criando mais de mil artigos para disciplinar até mesmo o

habilitados, com indicação de sua área profissional. § 6º O tribunal **poderá optar** pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo. Art. 168. **As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.** § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador **receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal**, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. § 1º A mediação e a conciliação **podem ser realizadas como trabalho voluntário**, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. § 2º Os **tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas** que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento. Art. 334. **Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.** § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 12. A **pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.** E Art. 932. Incumbe ao **relator**: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, **homologar autocomposição das partes.**

tempo entre uma audiência e outra, ou a ordem em que as sentenças devem ser proferidas⁽¹⁹⁾.

A resistência dos juízes (de primeiro e segundo graus) à aplicação de algumas falsas novidades da Lei n. 13.105, deve-se bem menos ao medo de fundamentar as decisões (dever constitucional já assegurado pelo art. 93) do que à percepção da armadilha que nela se esconde e que consiste em, sob a pretensão de combate a um ativismo judicial nefasto, estabelecer o ativismo como regra.

Ao propor um controle panóptico das atividades do juiz de primeiro grau, o novo CPC busca esvaziar a função jurisdicional. Ao mesmo tempo, porém, potencializa a força dos órgãos superiores ligados a esse mesmo Poder Judiciário, permitindo-lhes criar as regras que eles mesmos, ao fim e ao cabo, irão aplicar. Não há, portanto, o decantado prestígio à produção legislativa democrática (que de democrática, ultimamente, tem tido muito pouco), nem há fortalecimento do poder do Estado (administrador).

Ao contrário, o que há é um retorno, por via diversa, à racionalidade liberal clássica, que não se opõe às pretensões do mercado. Daí porque o novo CPC, em várias normas, revela tanta preocupação com a eficiência⁽²⁰⁾, conserva o legado de proteção ao patrimônio⁽²¹⁾

(19) O tempo que deve separar uma audiência da outra, de acordo com o novo CPC, é de 20 minutos para as audiências de conciliação (§ 12, do art. 334), e de uma hora, para as audiências de instrução (§ 9º, do art. 357). Além disso, o código preocupa-se em referir que o julgamento deve ser feito em ordem cronológica (art. 12), embora traga nove hipóteses de exceção.

(20) Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

(21) É exemplo o art. 513, § 5º, do novo CPC, ao dispor que o: “cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”, promovendo um retrocesso impressionante em relação a previsão legal atualmente vigente.

e potencializa problemas que a doutrina processual combate há décadas⁽²²⁾. Submete o juiz a inúmeras regras formais, cujos pressupostos por vezes estão enraizados em doutrinas de matrizes tão diferentes, quanto contrapostas. Num exemplo, a necessidade de demonstrar a resposta correta convive com a ponderação, na dicção do art. 489, que se preocupa em dizer o que *não é* fundamentação.

Mesmo institutos concebidos para conferir real eficácia aos direitos acabam por tropeçar em pressupostos ou requisitos que os tornam inócuos. Aqui, o melhor exemplo é o do art. 273 do atual CPC, que no novo CPC adquire uma roupagem pretensamente nova (tutela provisória de urgência ou evidência), mas conserva a necessidade de pedido da parte (art. 299) e a impossibilidade de concessão quando houver “perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão” (art. 300, § 3º)⁽²³⁾.

Há muito tempo reconhecemos que o processo se justifica apenas na medida em que pode ser utilizado para fazer valer os direitos dos cidadãos, a partir de uma lógica de inclusão e diminuição das diferenças sociais, e de acesso aos bens elementares à vida digna. É o que, aliás, está explícito na exposição de motivos

do novo CPC⁽²⁴⁾. Suas normas, porém, tem direção oposta a essa perspectiva de realização de direitos sociais.

É clara, portanto, a tentativa de retorno à racionalidade pela qual o Poder Judiciário deve comportar-se como mero reproduzidor da lógica econômica, seguindo padrões de decisão construídos de cima para baixo e fortemente “contaminados” por circunstâncias que estão longe de poder ser definidas como estritamente jurídicas. Esse ideal de submissão do juiz aos órgãos de cúpula (do próprio Poder Judiciário) esconde em si algumas falácias, que seduzem até mesmo bem intencionados juristas.

3. As falácias do novo CPC

A primeira falácia é a de que o novo CPC é democrático, porque privilegia a atuação das partes e, portanto, a construção do direito, devolvendo à doutrina a possibilidade de doutrinar, como afirma Streck⁽²⁵⁾. Na realidade, as partes continuam tão distantes quanto antes da possibilidade de construir o direito, cada vez mais previamente definido em verbetes de súmulas, muitas delas construídas sem decisões precedentes que as fundamentem e todas elas produzidas sem qualquer filtro democrático. Contra essa “ditadura” do judiciário (de cúpula) o novo CPC não se revolta. Ao contrário, como já referi, presta reverência⁽²⁶⁾. Enquanto isso, a

(22) Como o problema da morosidade dos processos, pelo excesso de possibilidades de recurso. O novo CPC aumenta as possibilidades de recurso, criando vários incidentes que certamente tornarão ainda mais moroso um processo (civil) que enfrenta a realidade de quase completa falência do sistema. Várias são as pesquisas e reportagens, sem falar em artigos e livros, que discutem a morosidade da justiça. Potencializa também o problema do ativismo judicial destrutivo, em razão da força que empresta às súmulas, mesmo não vinculantes.

(23) Ora, a concessão de tutela de evidência, para casos como o de petição inicial instruída com prova documental suficiente, constitui dever do juiz. Sequer há necessidade de previsão expressa, pois estando a demanda pronta para julgamento, deve o juiz julgar. Não há como justificar, portanto, a necessidade de requerimento da parte. A justificativa está na racionalidade que permeia o novo CPC e que, em realidade, em nada altera a lógica cartesiana que os autores do código pretendem ultrapassar.

(24) Em sua exposição de motivos, consta: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2015.

(25) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-12/senso-incomum-ncpc-cobrar-fundamentacao-juizes-utopia-totalitaria>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

(26) Exemplo disso é o que dispõe o art. 332 do novo CPC, quando autoriza o juiz a julgar liminarmente improcedente o pedido, isto é, sem formalizar a

doutrina, embora participe, sobretudo criando princípios “*ad hoc*”, é solenemente ignorada nas decisões de casos paradigmáticos⁽²⁷⁾.

A segunda falácia, que é decorrência da primeira, consiste na noção de que o novo CPC reduz a discricionariedade. O ativismo judicial que o novo CPC pretende combater não decorre da suposta ausência de fundamentação das decisões ou das possibilidades de atuação judicial de ofício.

Há uma necessidade metabólica do capital de burlar seus próprios objetivos sociais e, por isso, uma extrema facilidade do Direito em transitar por argumentos insustentáveis ou mesmo contraditórios, sempre que houver interesse em defender a posição político-econômica desse mesmo capital. A proposta de isolar o elemento normativo do Direito, supostamente salvando-o de fatores ideológicos, foi abandonada por seus próprios defensores, tão logo firmadas as bases da sociedade capitalista. E até mesmo os mais crédulos juspositivistas, como Hans Kelsen, tiveram de admitir maiores ou menores graus de discricionariedade do julgador⁽²⁸⁾, permitindo o desenvolvimento da

noção de realismo jurídico⁽²⁹⁾. A crítica a esse realismo jurídico, conduzida especialmente por Hart, partiu do idêntico pressuposto de que era preciso “purificar o Direito”, descolando-o de sua função prática⁽³⁰⁾. São variações de um mesmo tema, cuja compreensão depende do reconhecimento do forte caráter ideológico do Direito⁽³¹⁾. A linha condutora sempre foi a ideia de discricionariedade, ou seja, a existência de um espaço “não tomado pela razão”, em que é possível dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa⁽³²⁾.

lide, quando o pedido contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

- (27) Um exemplo é a recente decisão do STF acerca do prazo prescricional do FGTS, no ARE n. 709.212, julgado no dia 13 de novembro de 2014, em que se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo da lei do FGTS que garante prazo de 30 anos para a discussão desses créditos em juízo. Tal prazo, flagrantemente melhor para o trabalhador, está fixado na Lei n. 8.036, posterior à Constituição, e foi consolidado por uma compreensão que vem desde a década de 1960, quando criado o instituto. Ver: SEVERO, Valdete Souto. O desmanche do direito do trabalho e a recente decisão do STF sobre a prescrição. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 179-196, 2015.
- (28) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390-5.

- (29) Jerome Frank chega a referir que a discricionariedade do juiz é o núcleo do aspecto orientador do direito e que a certeza atribuída ao direito não passa de um mito, uma ilusão. COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 278.
- (30) HART, Herbert. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 160-1.
- (31) WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. v. I. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.
- (32) A discricionariedade já foi denunciada por Kelsen, quando escreveu que a norma superior determina o processo em que a norma inferior e o ato de execução são postos e o seu conteúdo, mas essa determinação nunca é completa, fica sempre uma margem de livre apreciação; por isso a norma superior tem caráter de “um quadro ou moldura a preencher por este ato”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 364. Dworkin também denuncia o ativismo como “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história da sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (...) O direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-2. No mesmo sentido, Streck observa que a ponderação, e a discricionariedade que a justifica, forma um círculo vicioso: admite-se a prática de arbitrariedades, em nome da ideologia do caso concreto, com uma multiplicidade de respostas que fragmentam e fragilizam o sistema jurídico, em sua proposta de

Por isso mesmo, temos condições históricas de perceber que a edição de um código não é medida capaz de combater, ou mesmo reduzir, a discricionariedade, que não constitui uma novidade e talvez sequer possa ser realmente superada. A vinculação da aplicação da norma à vontade do intérprete representa, como regra, a sujeição dessa vontade às condições políticas e econômicas, de modo a nunca colocar em xeque o próprio sistema. Esse é o traço comum.

Tal constatação revela uma impossibilidade: o limite do Direito é seu atrelamento à forma capital. Esse é também o limite do próprio Poder Judiciário. Por isso, mesmo a superação filosófica das bases em que os diferentes positivismos se sustentam, seria insuficiente para conferir ao Direito uma autonomia capaz de torná-lo instrumento de transformação social. Isso porque os elementos que tornam o Direito uma arma do capital não são acidentais. Logo, a tentativa de eliminar ou reduzir a discricionariedade através de um *código* é uma contradição fadada ao insucesso. O pior, porém, é que o novo CPC sequer se propõe seriamente a isso, como veremos com alguns exemplos práticos, no decorrer deste artigo.

A terceira falácia é a de que previsibilidade confere efetividade ao direito⁽³³⁾. Efetividade é um ideal que vem sendo caracterizado de dois

modos diametralmente opostos. Para alguns, a efetividade deve ser mensurada pelo grau de previsibilidade e de velocidade das decisões judiciais. Essa é claramente a opção do novo CPC. O problema é que compreender efetividade como previsibilidade implica privilegiar decisões sempre iguais, que se distanciam do caso concreto.

No Brasil, já são 53 súmulas vinculantes do STF. No TST, existem 459 súmulas, algumas delas canceladas, é bem verdade. O TRT da 4ª Região tem mais de 70 súmulas, entre vigentes e canceladas. Uma verdadeira legislação paralela, em sua maior parte contrária à Constituição, como é o exemplo da Súmula n. 331, que autoriza terceirização em serviços de limpeza, sem qualquer amparo legal, ou da Súmula n. 338, que admite a produção de prova contrariando expressa disposição legal⁽³⁴⁾. E tudo isso em nome da previsibilidade, como se um Poder Judiciário previsível (ainda que isso signifique a previsibilidade de que a Constituição será desrespeitada), efetivamente servisse a um Estado que se pretende Democrático de Direito.

Como já escrevi tantas vezes, a uniformização de decisões por meio de súmulas elimina a discussão sobre o caso concreto e desconsidera o olhar do juiz para o conflito entre pessoas reais, cuja singularidade não se enquadra em fórmulas preconcebidas. Estimula a produção de petições e sentenças formuladas na base do “copia e cola”. A própria faculdade de julgar é retirada do juiz de primeiro grau, bastando enquadrar o caso que lhe é submetido a um entendimento previamente construído pelos tribunais superiores. E de nada serve que o art. 489 do novo CPC exija que o juiz diga a razão pela qual aplica a súmula. Direito é discurso. A força da argumentação permitirá aos juízes a criação de textos em que, alterando alguns dados, a justificativa surja formalmente perfeita, enquanto a realidade permanece cada vez mais

consolidação de uma sociedade melhor. Em seguida, “para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização”, como se fosse possível “uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127-142. O que nenhum deles questiona, porém, é a relação visceral da discricionariedade com a própria função política do Direito, com sua condição de forma jurídica necessária e atrelada à forma capital.

- (33) Na exposição de motivos do novo CPC consta: “Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta”. Ora, essa ausência de surpresa deveria ser perseguida através da garantia de aplicação das normas fundamentais contidas na CF, que o próprio legislador diz pretender efetivar.

- (34) Arts. 359 e 400 do atual Código de Processo Civil, que está reproduzindo no art. 443 do novo CPC.

distante dos foros trabalhistas. É exatamente aí que positivismo jurídico mais retrógrado se insinua: no lugar do juiz “boca da lei”, coloca-se o juiz “aplicador da súmula”.

O privilégio que o novo CPC empresta a decisões que sigam essas orientações sumuladas é impressionante. Até uma espécie de avocação, de nítido viés autoritário, transmutada em “incidente de assunção de competência”, é ali regulada⁽³⁵⁾. Essa ode à uniformização, retira a possibilidade de verdadeiro julgamento e, com isso, anestesia o caráter democrático da jurisdição.

O sistema de súmulas, que em nada se confunde com o de precedentes, apesar da tentativa verdadeiramente esquizofrênica do novo CPC, em introduzir institutos que se amoldam a uma realidade absolutamente diversa, garante aos órgãos de cúpula do Judiciário o controle antidemocrático das decisões do primeiro grau. Em um ambiente ditado por metas, pautado pela gestão empresarial dos direitos, e pela suposta necessidade de reduzir o tempo do processo a qualquer custo, muitas súmulas são criadas sem a necessária discussão sobre os “entendimentos” que se tornam, a partir de então, “cristalizados”. O efeito é a completa impossibilidade de que discussões recentes possam ser maturadas. A divergência

é aniquilada na base. Esquece-se que democracia se faz com pluralidade, com respeito à diferença e, especialmente, com divergências.

E tudo isso está muito longe de significar efetividade. Um sistema jurídico é efetivo quando a sua Constituição é levada a sério. Quando os problemas sociais são amplamente discutidos; os cidadãos são ouvidos e produzem suas provas; quando é possível contar com um juiz que, ao contrário de estar soterrado pelo acúmulo invencível de trabalho, tem tempo e disposição para se dedicar ao estudo do caso concreto. As questões sociais que efetivamente determinam a falência completa da prestação jurisdicional no Brasil não são sequer tangenciadas (e nem poderiam) pelo novo CPC.

Ao contrário, não há efetividade possível em um sistema que aumenta o número de recursos, majora as hipóteses de ação rescisória⁽³⁶⁾ e cria vários incidentes capazes de conduzir o processo até o STF⁽³⁷⁾. Não há efetividade quando os juízes estão sufocando por exigências de estatísticas, com um volume desumano de trabalho, estimulados à conciliação a qualquer preço, a fim de cumprirem as metas do CNJ. Não há efetividade quando os juízes não tem tempo para estudar a Constituição, debater questões sociais, envolverem-se na sociedade em que atuam e efetivamente cuidarem de cada processo, reconhecendo seu caráter pedagógico fundamental. É mesmo desnecessário dizer que, para implementar a

(35) Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. § 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. § 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

(36) Note-se que pelo novo CPC, a sentença poderá ser rescindida quando “violar manifestamente norma jurídica”, (inciso V, art. 966). O conceito de norma jurídica, assente na doutrina, é o que a define como gênero, do qual princípios e regras são espécies. Se essa compreensão prevalecer, também as súmulas e jurisprudências dominantes estarão inseridas no conceito de norma jurídica, justificando a rescisão de uma decisão transitada em julgado.

(37) Incidente De Desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137); de Assunção de Competência (art. 947); de Arguição de Inconstitucionalidade (arts. 947 a 950); de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 a 987).

nova ordem constitucional, devemos conhecê-la de perto, discuti-la e aceitar a alteração de racionalidade que ela propõe.

Então, o que se percebe com nitidez no novo CPC é que a efetividade está em último plano e, embora figure em alguns dispositivos que, se bem utilizados, poderiam representar mudanças na racionalidade jurídica, tais como a possibilidade de liberação de dinheiro em execução provisória⁽³⁸⁾, vem afastada pela autorização de interposição de medidas que tornam nenhuma a eficácia da decisão de primeiro grau.

Alguns exemplos permitirão visualizar melhor essas falácias.

4. Alguns exemplos da racionalidade do novo CPC

A percepção da incompatibilidade da racionalidade do novo CPC com o processo do trabalho pode ser bem identificada a partir do exame de alguns institutos que revelam a verdadeira finalidade da norma. O art. 15 refere-se à aplicação subsidiária e supletiva, legitimando discursos de aplicação do novo CPC, mesmo em hipóteses já disciplinadas pela CLT. O perigo de tal entendimento pode ser verificado pela análise do art. 98, nitidamente “endereço” à Justiça do Trabalho. Trata-se do dispositivo que confere a possibilidade de concessão de gratuidade da justiça para pessoas jurídicas. O item VIII do art. 98 chega ao ponto de

(38) No novo CPC: Art. 520, IV – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: I – o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem; II – o credor demonstrar situação de necessidade; III – pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042; IV – a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

permitir o não recolhimento dos “depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”.

Em realidade, a regra para a aplicação do CPC ao processo do trabalho está já definida pelo art. 769 da CLT, que não sofre qualquer abalo pela edição do novo código⁽³⁹⁾. Esse é um aspecto fundamental. A cláusula geral do art. 769 da CLT orienta-se pela noção de proteção que, em realidade, justifica a própria existência de um processo tipicamente trabalhista, como procurarei especificar no tópico seguinte deste artigo. Essa é a razão da preocupação em permitir a introdução de normas estranhas ao direito do trabalho sempre e apenas quando capazes de conferir maior efetividade ao processo.

O novo CPC tem muita preocupação com o máximo controle da atuação do juiz de primeiro grau⁽⁴⁰⁾. As mais controvertidas tentativas de

(39) Como refere Ben Hur Silveira Claus: “A especialidade do subsistema jurídico trabalhista sobredetermina essa compatibilidade, conferindo-lhe dúlice dimensão: compatibilidade axiológica e compatibilidade teleológica. Essa dúlice dimensão da compatibilidade é identificada por Manoel Carlos Toledo Filho sob a denominação de compatibilidade sistêmica. Vale dizer, a compatibilidade é aferida tanto sob o crivo dos valores do direito processual do trabalho quanto sob o crivo da finalidade do subsistema procedimental trabalhista, de modo a que o subsistema esteja capacitado à realização do direito social para o qual foi concebido”. SILVEIRA CLAUS, Ben-hur. *O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho*. No prelo.

(40) Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento (...), competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso. Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir

controle estão nos arts. 10 e 489. O art. 10 refere que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, *ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”. A norma vem sendo festejada como a introdução, em nosso ordenamento, da vedação de *decisões surpresa*, algo que realmente encontra previsão em outros diplomas processuais⁽⁴¹⁾, mas que está na contramão das razões invocadas para a construção de um novo CPC.

A já referida exposição de motivos do novo CPC menciona que uma das linhas principais de trabalho deve ser “resolver problemas”, “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”. Em seguida, refere que o novo CPC busca “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”; “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”; “dar todo o rendimento possível a cada processo”. Tudo isso se torna praticamente impossível se seguirmos a risca a regra do referido art. 10, porque esse dispositivo abre espaço para que o processo de conhecimento torne-se um caminho sem fim. Exatamente por isso, a Escola Nacional de Formação dos Magistrados se pronunciou sobre a norma, aprovando os seguintes Enunciados:

1 – Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015, o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.

a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

- (41) CPC-Itália, 183 (Prima udienza di trattazione): 3. Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. CPC-França: 16. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

2 – Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.

3 – É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.

4 – Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.

5 – Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.

6 – Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.

7 – O acórdão, cujos fundamentos não tenham sido explicitamente adotados como razões de decidir, não constitui precedente vinculante.⁽⁴²⁾

Do mesmo modo, o art. 489, que já nasce velho ao exigir relatório na sentença, algo superado no rito sumaríssimo trabalhista⁽⁴³⁾, preocupa-se em apresentar extenso rol do que, segundo o legislador, não pode ser considerado como fundamentação da decisão (§ 1º). É bom afirmar, de plano, a evidente necessidade de fundamentação das decisões. Essa não é a questão e tratá-la desse modo evidencia desconhecimento ou má-fé. Isso porque o dever de motivação já está explicitado no art. 93 da Constituição e constitui evidente decorrência do caráter democrático do processo⁽⁴⁴⁾.

-
- (42) Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

- (43) Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

- (44) Como afirma Jaqueline Mielke, “A fundamentação judicial está intrínseca ao devido processo legal substantivo, visto que se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial,

O problema é o código descer a minúcias, como se fosse possível controlar de tal modo o ato de decisão do juiz. O problema é a preocupação em dizer o que *não é* fundamento, em lugar de simplesmente referir o que *é* fundamentação.

Busca-se resolver um problema social e institucional real (a pouca ou nenhuma fundamentação de muitas decisões judiciais) através de um texto de lei. Retornamos ao tempo em que acreditávamos que a positivação era o modo adequado para a alteração da realidade da vida. Parece que nada aprendemos nos últimos dois séculos. Basta ver o que diz o inciso I do art. 489, que parece querer explicar o óbvio (afirma que não é fundamentada a decisão que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida). Esse problema, que as partes realmente enfrentam em muitas decisões judiciais, continuará sendo enfrentado, até que compreendamos que o direito é linguagem, uma linguagem de poder, comprometida com a manutenção de determinado tipo de sociedade. Como tal, será construído para o exercício dessa função ideológica. Em outras palavras, a referência do inciso I do art. 489 é tão inócua quanto ingênua⁽⁴⁵⁾.

pois não há devido processo legal se a decisão que estabelece uma obrigação priva um cidadão de sua liberdade, ou de algum bem seu, sem observar a fundamentação adequada". MIELKE SILVA, Jaqueline; MARASCHIN DE FREITAS, Franchesco. O estado democrático de direito e a fundamentação das decisões judiciais: um olhar sobre projeto do novo código de processo civil. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, ano 17, n.17, jan./dez. 2014. Mestrado em Direito, 1999. Disponível em: <portal.estacio.br/media/4691425/revistas-juris-poiesis-14.pdf>. Acesso em: 26 nov: 2015.

- (45) Na mesma linha, o II apresenta-se contraditório, pois o mesmo dispositivo autoriza, logo em seguida, o julgamento com base na ponderação (§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão). Aliás, o novo CPC é recheado de conceitos indeterminados, por isso esse inciso (empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o

Outro grave problema desse dispositivo encontra-se em seus itens V e VI. O item V (se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos) é o reconhecimento de que as súmulas são verbetes constituídos sem qualquer relação direta com o caso concreto. Embora reconheça esse desvio de finalidade das súmulas, em lugar de enfrentar o problema real, o legislador escolhe atribuir ao juiz o malabarismo de adaptar o verbete a um caso para o qual ele não foi especificamente pensado. O item VI (deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento) é uma verdadeira aberração, instituindo um sistema de vinculação não autorizado pela Constituição.

A súmula é o entendimento (que deveria ser reiterado) do tribunal sobre determinada matéria. Exceto se for vinculante, não é mais do que o indicativo de como está pensando atualmente quem compõe o último grau de jurisdição. Com a aprovação dessa redação, institui-se uma espécie de vinculação, exigindo que o juiz justifique porque *não usará a súmula como fundamento* da sua decisão. O que está por trás dessa exigência e que constitui um dos problemas reais da ineficácia da tutela

motivo concreto de sua incidência no caso) também revela certa ingenuidade. O inciso III, por sua vez, é incompreensível (invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão). O que quer que o legislador tenha procurado dizer revela-se inútil e mesmo não factível, pois existem fundamentos que se prestam a justificar mais de uma decisão, embora estejam relacionados, evidentemente, com o caso concreto. O IV alberga evidente retrocesso (não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador), obrigando o juiz a enfrentar um a um, ainda que inadequados e fantasiosos, os argumentos das partes. Note-se, não os fundamentos para a pretensão que deduz, mas todos os argumentos deduzidos na peça inicial ou na contestação.

jurisdicional e da própria falência do Poder Judiciário hoje é que as súmulas são um mal em si. O mal da uniformidade imposta, que ignora o sujeito de carne e osso; o sujeito que julga, o que se submete à decisão e o sujeito coletivo para o qual essa decisão realmente é endereçada. A uniformização de decisões por meio de súmulas é contrária a qualquer propósito democrático, porque elimina a discussão sobre o caso concreto. Por isso, também aqui, a ENFAM posicionou-se de modo refratário à aplicação do art. 489 do novo CPC, aprovando os seguintes Enunciados:

9) É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.

11) Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.

12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015, a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

Resta, ainda, observar que no que não inova, o novo CPC por vezes promove um retrocesso gigantesco, que poderá causar enorme prejuízo ao processo do trabalho. É exemplo a norma do art. 356 do novo CPC, ao tratar de

“decisão parcial de mérito”. A hipótese, em realidade, é de sentença parcial, algo comum aos juízes do trabalho, que lidam cotidianamente com o cúmulo objetivo de demandas e, por isso mesmo, muitas vezes proferem sentenças em audiência, sobre uma ou alguma das pretensões deduzidas pelo reclamante⁽⁴⁶⁾. O novo CPC trata disso como decisão interlocutória, permitindo inclusive o recurso por meio de agravo de instrumento⁽⁴⁷⁾. E o que é pior, diz que o juiz decidirá parcialmente o pedido em hipótese (inciso II) na qual, no dispositivo imediatamente anterior, já havia disciplinado a possibilidade de julgamento antecipado e, pois, da prolatação de sentença⁽⁴⁸⁾. Ora, a decidir um dos pedidos, o juiz não profere decisão parcial sobre o mérito. Ao contrário, decide integralmente o mérito daquela pretensão. Aqui, parece que os idealizadores do novo CPC estão jogando fora muitas décadas de evolução da doutrina processual, praticamente todo o estudo sobre pretensão e ação, com o reconhecimento do cúmulo objetivo e da possibilidade de julgar, em momentos diversos, os diversos “capítulos” ou possibilidades de sentença.

Um processo contempla via de regra, várias pretensões e, pois, várias ações processuais, que são resolvidas, cada qual, a seu tempo. Por isso, quando uma sentença que decidiu sobre dez pretensões sofre recurso que ataca apenas duas delas, as demais transitam em julgado,

(46) O próprio novo CPC reconhece que a sentença, quando examina mais de uma pretensão, é prolatada em capítulos, cada um constituindo uma decisão de mérito. Basta ver a redação do art. 966 (ação rescisória), § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

(47) Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I – mostrar-se incontroverso; II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. (...) § 5º. A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

(48) Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas; II – o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

estando prontas para a execução definitiva. Em outras palavras, o processo não anda de modo uniforme e as decisões, acerca de cada pretensão, constituem decisões definitivas em relação à ação que a discute. Tratar dessa decisão dizendo-lhe interlocutória, permitindo com isso a interposição de agravo de instrumento, e sugerindo a necessidade de posterior decisão definitiva sobre matéria já julgada, constitui um retrocesso desnecessário e lesivo, porque implicará concretamente a demora na tramitação do feito.

Outro grave retrocesso está no art. 513, parágrafo quinto, do novo CPC⁽⁴⁹⁾. De acordo com o Código Civil, com o qual o atual CPC está alinhado, “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”⁽⁵⁰⁾. A regra do art. 46 do atual CPC mantém-se no novo CPC. O art. 113 estabelece a possibilidade de litisconsórcio quando houver comunhão de direitos ou de obrigações, quando entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir os direitos, ou quando ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Do mesmo modo, o art. 114 mantém a definição de que “o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”, enquanto o art. 116 dispõe que será unitário o litisconsórcio quando, “pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”⁽⁵¹⁾. Ora, a regra

continua sendo, portanto, a do litisconsórcio facultativo, especialmente nas hipóteses de obrigações solidárias.

É o que se extrai da redação do art. 130 do novo CPC, que permite o chamamento ao processo, “do afiançado, na ação em que o fiador for réu”, “II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles” e “III - dos demais *devedores solidários*, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum”. Na sequência, porém, o novo CPC introduz a figura do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (arts. 133 a 137), a ser deduzido inclusive na fase de conhecimento. Esse incidente, que segundo o novo CPC, suspende o processo e será resolvido por decisão interlocutória, passa a constituir condição para que os devedores solidários respondam pela dívida. Condição que se complementa com a redação do art. 513, alterando a lógica atual de legitimação extraordinária para a execução.

O art. 790 do novo CPC também altera a questão da legitimidade extraordinária para a execução, condicionando-a à realização do Incidente de Desconsideração, que deverá ser proposto pelo autor da demanda⁽⁵²⁾. As hipó-

uma só pretensão de direito material, a resposta (tutela jurisdicional) será necessariamente única, ainda que haja pluralidade de sujeitos ou de pedidos. Do contrário, havendo várias pretensões, várias serão as tutelas prestadas, vale dizer, o resultado poderá ser diferente para cada parte. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: J. M. Bosh, 2004. p. 62. Diz o autor: “La pretensión material, además de tener relevancia para el derecho privado, en lo que se refiere a la prescripción, como más adelante estudiaremos, también tiene una especial relevancia para el proceso, principalmente para la carga de la prueba y la cosa juzgada v.g., así, cuando hay una pluralidad de sujetos activos o pasivos existe una sola pretensión o una pluralidad de pretensiones? [...] admitir la existencia de una pluralidad en cuanto a los créditos e deudas solidarios, y, por el contrario, que se trata de una sola pretensión en los créditos y deudas en mano común”.

(49) Art. 513, § 5º O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento.

(50) Art. 275 do Código Civil.

(51) Darci Guimarães Ribeiro menciona que a pretensão de direito material tem relevância para o estudo do processo, porque determina o ônus da prova e os limites da coisa julgada. Se em cada processo há

(52) Art. 790 São sujeitos à execução os bens: I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

teses de legitimação extraordinária referem-se a situações em que os supostos terceiros eram (desde sempre) sujeitos do litígio — ou seja — tinham interesse jurídico e responsabilidade pela solução do conflito. A possibilidade de direcionamento da execução, sem a imposição do chamamento ou da integração da lide por via do Incidente, na fase de conhecimento, afina-se com a melhor doutrina. Basta citar Carnelutti, para quem a eficácia da decisão se opera em face do litígio deduzido no processo. Assim, “se a autoridade da coisa julgada se referir apenas a pessoas determinadas, isso deriva exatamente do fato de que estas são os sujeitos do litígio”⁽⁵³⁾, ainda que não constem como autor ou demandado. É a pretensão que irá definir não apenas os limites objetivos, como também os limites subjetivos da coisa julgada. As pessoas diretamente envolvidas no litígio serão atingidas pela coisa julgada, ainda que de modo reflexo, quando não figurarem no polo passivo desde a fase de conhecimento. Carnelutti ressalta que “não é raro que as pessoas sujeitas a coisas julgadas sejam diferentes das que conduziram o processo”, havendo necessidade de distinguir entre o conceito de *parte em sentido material* e de *parte em sentido formal*. Enquanto o sujeito em sentido material é aquele cujo interesse substancial está em jogo, o sujeito em sentido formal se identifica com aquele que figura como parte no processo. Dessa sorte, “quem aparece como terceiro não o é, porque o que acontece é que seu litígio foi deduzido no processo por meio da ação de pessoas distintas”⁽⁵⁴⁾.

II – do sócio, nos termos da lei; III – do devedor, ainda que em poder de terceiros; IV – do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; V – alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; VI – cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

(53) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 427.

(54) *Ibidem*, p. 428-9. Também é nesse sentido o entendimento de Egas Muniz de Aragão, segundo o

Portanto, há pessoas que, sendo parte no litígio evidenciado no mundo dos fatos, não compõem o processo. E tais pessoas são partes no litígio justamente porque o credor possui pretensão de direito material a ser dirigida contra elas, cuja exigência deve ser realizada na fase de execução ou cumprimento da sentença, com inversão do contraditório, como — no caso do processo do trabalho — autoriza expressamente o art. 4º da LEF. Isso porque apenas nessa fase, havendo necessidade, haverá persecução do patrimônio de alguém que não consta no título. O Incidente criado pelo novo CPC inverte essa lógica, potencializando a transformação do processo em um verdadeiro monstro, ao impor a integração à lide de todos os responsáveis, já na fase de conhecimento⁽⁵⁵⁾.

Essa medida transforma o processo em algo bem mais complexo (várias citações; inúmeras defesas), demorado (sobretudo na fase de conhecimento, em que a agilidade está diretamente relacionada à possibilidade concreta de obter posteriormente patrimônio

qual “a noção de parte pode ultrapassar a de litigante relativamente a quem venha a assumir a posição de sujeito da relação material”. ARAGÃO, Egas Muniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p. 296.

(55) Como refere Ben Hur Silveira Claus, esse Incidente é incompatível com o processo do trabalho (mas também com os supostos objetivos do novo CPC) por pelo menos cinco razões fundamentais. Ao exigir iniciativa da parte, contraria frontalmente a regra do impulso oficial contida no art. 878 da CLT; ao determinar a suspensão do processo contraria a regra do art. 799 da CLT; ao atribuir ao autor o ônus da prova da responsabilidade, pois “o risco da atividade econômica empreendida pelo sócio (CLT, art. 2º, *caput*) atrai sua responsabilidade pessoal quando a sociedade não tem bens (Lei n. 6.830/1980, art. 4º, § 3º; CLT, art. 889) para responder pelo crédito trabalhista” e, portanto, sua responsabilidade é objetiva, não depende de produção de prova. Ainda, ao exigir contraditório prévio, contraria a regra da CLT, que pressupõe o exercício do contraditório diferido, por meio de embargos. Por fim, ao tratar como decisão interlocutória e viabilizar recurso mediante agravo de instrumento, contraria a regra do art. 893, § 1º, da CLT. SILVEIRA CLAUS, Ben-Hur. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho*. No prelo.

para pagar o débito) e inútil (sempre que o devedor direto tiver patrimônio suficiente para saldar a dívida). Está, portanto, na contramão da almejada efetividade, além de constituir um problema também para os legitimados extraordinários, que muitas vezes sequer precisam atuar no processo (com todas as implicações que daí decorrem, como a perda de tempo e dinheiro), mas terão necessariamente de fazê-lo, ainda quando o devedor principal goze de patrimônio suficiente para responder por seus débitos.

Esse Incidente estimula o ajuizamento de demanda contra todos os sócios, o que tornará impraticável o processo. Além disso, prevê a possibilidade de defesa em 15 dias (art. 135), o proferimento de decisão interlocutória (art. 136) e a possibilidade de agravo de instrumento (art. 1.015), criando um problema que concretamente pode implicar a completa inviabilidade de percepção do crédito, em manifesto confronto com os propósitos declarados pelos idealizadores do novo CPC.

Essas questões, pinçadas dentre os muitos problemas do novo CPC, revelam-no como um código a um só tempo anacrônico, ineficaz e recheado de intenções que são incompatíveis com o propósito de “adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”⁽⁵⁶⁾.

E, o que realmente importa para esse estudo, estão na contramão da racionalidade do processo do trabalho.

5. A racionalidade do processo do trabalho

Tudo o que até aqui foi dito serve como crítica ao novo CPC, independentemente de um olhar comprometido com o processo do trabalho, mas serve também para revelar o

quanto o procedimento trabalhista é ainda atual e importante. Por isso, deve ser preservado. Dos exemplos mencionados, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica talvez seja o que melhor revela a incompatibilidade de racionalidades, entre o CPC e o processo do trabalho.

Na relação de trabalho, a despersonalização do empregador é a regra, por força do comando expresso do art. 2º da CLT. Não se trata, portanto, da hipótese de desvelamento da sociedade, mas de persecução do capital que realmente *empregou a força de trabalho*, pouco importando quem o titula. É por isso que os arts. 10 e 448 insistem em referir que qualquer alteração na estrutura ou na denominação da empresa não alteram o vínculo ou os direitos daí decorrentes. A relação de trabalho se dá entre capital e trabalho. Logo, no âmbito processual, a demanda deverá ser direcionada, sempre que necessário, em face desse capital, onde quer que ele esteja.

O que precisamos compreender, e isso toda a doutrina processual admite, é que o processo está imbricado com o direito material que busca efetivar. O processo do trabalho, portanto, é a relação social entre capital e trabalho submetida à avaliação do Estado. Pressupõe, tal como ocorre no âmbito das normas materiais, regras inspiradas pelo princípio da proteção, pois só aí justifica sua existência.

Em outras palavras, as regras processuais também precisam ser inspiradas na proteção, sob pena de comporem uma farsa. Um processo inspirado pela noção de (falsa) igualdade, como ocorre(ia) com o processo civil, implicaria a absoluta impossibilidade de acesso a uma versão mais aproximada dos fatos.

A mentalidade atual, que ainda concebe como um sacrilégio afirmar essa necessária ausência de neutralidade do juiz do trabalho, precisa ser urgentemente alterada. Seu pressuposto, como refere o mestre Ovídio Baptista, é a marca registrada do pensamento conservador: a “naturalização da realidade que

(56) *Exposição de motivos do novo CPC*. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2015.

ele próprio elabora, de modo que todo aquele que procura questioná-la torna-se, a seus olhos, ideológico”. No âmbito do processo, essa naturalização tem um significado forte, pois “é através dela que o juiz consegue tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável”. O que precisamos perceber, como nos ensina Ovídio, é que um juiz que indefere liminar, embora imagine-se imparcial, está outorgando idêntica liminar à parte contrária⁽⁵⁷⁾.

O resgate da história do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho é o que nos habilita a compreender e assimilar a função que o juiz do trabalho deve exercer e seu compromisso com a realização dos direitos do trabalhador⁽⁵⁸⁾. O juiz normativista ou conservador também faz uma escolha política. Reconhecendo a ideologia por trás de todo e qualquer discurso, percebemos que nada há de transgressor ou mesmo inovador na compreensão do compromisso que grava a atuação do juiz do trabalho.

As normas processuais trabalhistas surgem historicamente da necessidade de ruptura com a lógica de conservação do patrimônio, que anima o processo civil. A racionalidade social que justifica a edição de normas processuais, ainda em 1932⁽⁵⁹⁾, está bem traduzida na

Exposição de Motivos do Anteprojeto da Justiça do Trabalho, de 11 de novembro de 1936:

“adoptámos uma legislação social de base syndicalista, que exige disciplina e tribunaes de justiça de acção rapida e efficaz. No Brasil, o Estado creou o Sindicato e deu-lhe estrutura e funções publica. O Sindicato é uma associação de auto-defesa economica. A sua tendencia é a luta para a conquista de um salario sempre mais elevado e de garantias que attenuem as desigualdades economicas. O patronato tambem se organizou em sindicato, formando nucleos fortes de resistencia contra as reivindicações trabalhistas. Assim, si não organizarmos a Justiça do Trabalho, a greve e o *lock-out* serão os unicos recursos, e então legítimos, para a solução do conflicto. A arbitragem obrigatoria, na impossibilidade de conciliação, justifica-se não só pela necessidade de harmonizar os interesses em luta, como em defesa da autoridade do Estado, que não pôde ser neutro, nem abstencionista, deante das perturbações collectivas, deixando as forças sociaes entregues aos proprios impulsos”⁽⁶⁰⁾.

A CLT, em 1943, ratifica essa racionalidade social que privilegia a oralidade e suas decorrências. Quando ainda vigorava o CPC de 1939, prevendo os processos de conhecimento e de execução como coisas absolutamente separadas, a CLT tratou o processo como instrumento de realização do direito material. Daí porque o processo trabalhista, já àquela época iniciava com a provocação da parte e só terminava com a efetiva entrega do bem da vida.

(57) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16. Mais adiante, afirma: Os dois principais compromissos ideológicos inerentes a essa compreensão do direito e da missão do poder judiciário são: “a ideia de que o juiz somente deve respeito à lei, sendo-lhe vedado decidir as causas segundo sua posição política” e a “tirania exercida pela economia sobre o resto” (p. 22).

(58) Ainda citando Ovídio Baptista: “O esquecimento do passado é a condição do dogma”. (*Ibidem*, p. 19)

(59) Em maio de 1932, o Decreto n. 21.396 cria as Comissões Mistas de Conciliação, no âmbito do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com o objetivo de difundir a ideia de conciliação para a solução dos conflitos coletivos entre empregados e empregadores apenas para sindicatos ou associações profissionais de empregadores ou empregados organizados de acordo com a legislação vigente, ou seja, atrelados ao Estado. Prevê o recurso à arbitragem, caso as partes não chegassem a um acordo ou a avocação para o próprio Ministério, para solução do conflito,

se uma das partes, ou as duas, não aceitassem a instituição da arbitragem. Em novembro de 1932, é promulgado o Decreto n. 22.132, que cria as Juntas de Conciliação e Julgamento, também no âmbito do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, cujo objetivo é a solução de conflitos individuais, mas também apenas para os empregados vinculados aos sindicatos reconhecidos pelo Estado.

(60) Disponível em: <file:///C:/Users/vsevero/Downloads/Livro_Hist%C3%B3ria_do_Direito%20(1).pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.

Do mesmo modo, é reconhecendo essa circunstância que a CLT estabelece, por exemplo, em pelo menos três oportunidades, a determinação para que o empregador documente a relação de trabalho⁽⁶¹⁾. Trata-se de um dever legal (obrigação), cuja função é obviamente viabilizar o controle do tempo colocado à disposição durante a relação de trabalho e do valor contraprestado (dois pilares da troca entre capital e trabalho). Portanto, não se trata de norma acerca de ônus da prova. Do mesmo modo, a consequência da sua inobservância não pode se resumir a mera presunção.

É também em função da proteção que a inspira e justifica, que a CLT permite a aplicação subsidiária de normas exógenas, apenas quando houver omissão e tais normas forem compatíveis com a função de proteção⁽⁶²⁾. Exige a presença das partes em audiência e atribui consequências diversas a ausência de cada uma delas⁽⁶³⁾. O fato de que uma súmula do TST,

contrariando expressa disposição legal, atribua ao juiz a possibilidade de aplicar pena de confissão ao reclamante que não comparece à audiência apenas sublinha o que antes foi dito: as súmulas se transformaram em legislações paralelas e contrárias, em grande medida, à legislação democrática protetiva.

O que o processo do trabalho instaura é uma racionalidade social que se opõe radicalmente à racionalidade liberal que inspira o novo CPC, nada obstante o desmanche que vem sendo promovido por súmulas e orientações destrutivas. E o faz por reconhecer que na realidade das relações de trabalho, o empregador detém “autotutela”, ou seja, a força ou poder, para impor ao empregado a solução de eventual conflito em favor de seu interesse. O empregado, sujeito ao estado de dependência, submete-se às situações, em consonância com a vontade do empregador⁽⁶⁴⁾. Não exerce, portanto, autotutela. Ao contrário, no mundo dos fatos qualquer direito poderá ser sonegado, sem que nada possa ser feito para reparar de imediato o mal causado. É na Justiça do Trabalho, diante de um juiz do trabalho, que o empregado poderá corrigir eventual distorção e ser ressarcido das lesões que sofreu em razão do vínculo de emprego⁽⁶⁵⁾.

(61) Há determinação de que o “contrato” seja registrado na CTPS do trabalhador (art. 29), de que a jornada seja devidamente anotada (art. 74) e de que o salário seja pago mediante recibo (art. 464). Há também determinação de que seja escrito o “pedido” de demissão e o termo de quitação das verbas rescisórias, ambos com assistência do sindicato, sempre que se tratar de relação com mais de um ano de vigência (art. 477).

(62) Art. 769 da CLT – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título; Art. 889 da CLT – Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

(63) Art. 843 – Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria. § 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente. § 2º Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, poderá fazer-

-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato. Art. 844 – O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Parágrafo único – Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.

(64) A disciplina acerca das consequências da prática de falta grave durante o “contrato de trabalho” é prova disso. Mesmo pressupondo a racionalidade social de proteção, a CLT reconhece e mantém a disparidade objetiva entre capital e trabalho, permitindo que o empregador considere extinto o vínculo quando diante do cometimento de falta grave pelo empregado e, ao contrário, exigindo do empregado que procure um advogado, ajuíze uma demanda e espere uma decisão judicial, a fim de haver reconhecida eventual falta grave praticada por seu empregador.

(65) Como refere Mario Elffman em obra de leitura imprescindível sobre o tema, “os juízes do trabalho são,

Logo, no processo do trabalho a efetividade é de ser concebida como algo em tudo diverso daquilo que preconiza o novo CPC. Não como previsibilidade, mas como valorização das decisões de primeiro grau. Daí porque a sentença não tem efeito suspensivo, a execução inicia de ofício e a apuração dos créditos mediante execução provisória é a regra⁽⁶⁶⁾.

Em poucos capítulos que dizem muito, a CLT trata do cumprimento da decisão, privilegiando a oralidade e a simplicidade. Nos termos do art. 831 da CLT, a decisão será proferida de preferência na própria audiência, uma vez rejeitada a proposta de conciliação. O art. 832, cerne dessa fase do processo trabalhista, estabelece que “da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”. Portanto, sequer há exigência de relatório na sentença

na maioria das vezes, a única e a última oportunidade de obtenção da tutela” dos direitos fundamentais sociais do trabalho. Portanto, “não devem nem podem ser indiferentes àquela verdade” de que não há democracia enquanto os direitos trabalhistas não forem respeitados. Precisam saber diferenciar imparcialidade de neutralidade e assumir compromisso com a função que exercem: de atuar para a realização dos direitos do trabalhador. ELFFMAN, Mario. *Questões e questionamentos sobre a Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, 2014. p. 89-99.

- (66) São exemplos disso os artigos: art. 831 da CLT – A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação; art. 832 – Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão. § 1º Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento; art. 835 da CLT reforça ainda mais essa compreensão, ao dispor que “o cumprimento do acordo ou da decisão far-se-á no prazo e condições estabelecidas”; art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. § 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum; art. 899 – Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

trabalhista, que recebe o nome de decisão. Basta que constem os nomes das partes e o resumo do pedido e da defesa (susceptíveis de serem inseridos no próprio item ou capítulo em que apreciadas as provas). O texto legal também não exige uma “parte dispositiva”, separada dos fundamentos da decisão, tal como o procedimento comum. Ao contrário, bastam os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão⁽⁶⁷⁾.

A CLT rejeita o formalismo do procedimento comum, exatamente porque se pretende instrumento de realização de um direito material que é sempre urgente, pois diz com a subsistência física do trabalhador⁽⁶⁸⁾. Daí porque, por exemplo, no processo do trabalho os embargos de declaração não servem para resolver obscuridades. Os erros ou “enganos de escrita” devem ser sanados de ofício (art. 833 da CLT) ou em razão de pedido formulado pela parte, em simples petição. Daí porque os recursos têm efeito meramente devolutivo, o que equivale a dizer que a sentença trabalhista deve

-
- (67) A prática de repetir a conclusão de cada tópico da sentença trabalhista (que geralmente compreende um significativo cúmulo objetivo de ações), adotada por muitos juízes do trabalho, é mais uma expressão da cultura fortemente alimentada pelos manuais de processo do trabalho à disposição no mercado, de buscar no CPC respostas que a CLT não apenas tem, como as tem mais eficazes e adequadas. Nunca é demais repetir que o Código de Processo Civil só é subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho quando a CLT for omissa, o que não ocorre no caso, e ainda assim quando a norma exógena for compatível com seus princípios. ALMEIDA, Almiro Eduardo. A Estrutura da Sentença Trabalhista. A estrutura da sentença trabalhista. *LTr Suplemento Trabalhista*, v. 51, p. 571-576, 2015.

- (68) O mesmo art. 832, em seu § 1º, dispõe que “quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento”. Aqui está a chave que permite ao juiz do trabalho conferir a sua decisão efetividade ainda maior do que aquela preconizada em artigos do CPC atual, tais como a previsão dos arts. 475-J ou 475-O do CPC. O art. 835 da CLT reforça ainda mais essa compreensão, ao dispor que “o cumprimento do acordo ou da decisão far-se-á no prazo e condições estabelecidas”

ser cumprida de imediato⁽⁶⁹⁾. Na fase de cumprimento da decisão, a legislação externa a ser buscada pelo intérprete, na falta de dispositivo próprio e desde que haja compatibilidade, é da Lei dos Executivos Fiscais, e não a do CPC⁽⁷⁰⁾.

O processo do trabalho trata de modo diverso também a questão das consequências processuais da responsabilidade, nas hipóteses de devedores solidários (com ou sem benefício de ordem), das quais a mais recorrente é aquela da terceirização do serviço⁽⁷¹⁾. Há previsão expressa de que o reconhecimento de responsabilidade extraordinária se dá na fase de execução, sem a necessidade de que os responsáveis tenham participado da fase de cognição, como se extrai do art. 4º da LEF.

Embora também prestigie a conciliação, o processo do trabalho encontra limites que são ignorados pelo novo CPC, e que decorrem do caráter alimentar do crédito aqui discutido. Nesse sentido, o art. 9º da CLT veda qualquer ato tendente a suprimir ou mitigar direitos trabalhistas e o art. 477 impõe limites à

consequência jurídica de um pagamento no âmbito da relação de trabalho, seja judicial ou extrajudicialmente⁽⁷²⁾.

Esses rápidos exemplos dão a medida do quanto o novo CPC está distante dos fundamentos e normas do processo do trabalho, bem como o quanto o processo trabalhista é útil e atual, para fazer valer os direitos fundamentais sociais a que serve de instrumento.

A conclusão, portanto, é de que as normas do novo CPC podem ser aplicadas *desde que compatíveis*, e não automaticamente. O curioso é perceber que os poucos aspectos positivos do novo CPC, muitos dos quais nem são novidades, porque já estão previstos no CPC atual, enfrentam forte resistência quanto à sua aplicação no processo do trabalho. Um deles é a possibilidade de protesto da sentença judicial⁽⁷³⁾, que já está disciplinada em normas próprias no mesmo sentido⁽⁷⁴⁾. Do mesmo

(69) Art. 899 – Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhor.

(70) Art. 889 – Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal

(71) O art. 4º da Lei n. 6.830/80 dispõe que: A execução fiscal poderá ser promovida contra: I – o devedor; II – o fiador; III – o espólio; IV – a massa; V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI – os sucessores a qualquer título. § 1º Ressalvado o disposto no art. 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens. § 3º Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida

(72) Art. 477 da CLT, § 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

(73) Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523. § 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão. § 2º A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário. § 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado. § 4º A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.

(74) Lei n. 9.492/97, art. 1º: Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originária em títulos e outros documentos da dívida. Há previsão, ainda, na lei previdenciária, cuja subsidiariedade — por sua proximidade — é bem mais indicada inclusive em âmbito processual. No mesmo sentido é o Ofício

modo, a possibilidade de alterar a distribuição do ônus da prova⁽⁷⁵⁾, prevista no novo CPC, mas que também se afigura desnecessária para o processo do trabalho, na medida em que já construímos doutrina para tanto, baseada no dever de manter um meio ambiente saudável de trabalho⁽⁷⁶⁾ e na possibilidade de aplicação

Circular SECOR n. 0644/2009/TRT4, da Corregedoria Regional do TRT da 4ª Região, que orienta os juízes quanto ao preenchimento de certidão de crédito trabalhista, destinada a instruir protesto extrajudicial de sentença trabalhista e o faz "Considerando a possibilidade de realização de protesto de sentença trabalhista perante os Tabelionatos de Protestos de Títulos, nos termos da Lei n. 9.492/1997, por falta de pagamento ou para fins falimentares". Há, ainda, o art. 81 da Lei n. 8.212/91, que dispõe que: "O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) divulgará, trimestralmente, lista atualizada dos devedores das contribuições previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11, bem como relatório circunstanciado das medidas administrativas e judiciais adotadas para a cobrança e execução da dívida. § 1º. O relatório a que se refere o caput deste artigo será encaminhado aos órgãos da administração federal direta e indireta, às entidades controladas direta ou indiretamente pela União, aos registros públicos, cartórios de registro de título e documentos, cartórios de registro de imóveis e ao sistema financeiro oficial, para os fins do § 3º do art. 195 da Constituição Federal e da Lei n. 7.711, de 22 de dezembro de 1988."

- (75) Art. 373, § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
- (76) Esse dever de manter um ambiente saudável de trabalho pode ser extraído, em nosso ordenamento jurídico, do que dispõe o art. 225, § 3º, da nossa Constituição e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (que trata do meio ambiente e reconhece a existência de um meio ambiente do trabalho). Da mesma forma, o art. 3º da Lei n. 8.080/1990 estabelece que são determinantes e condicionantes para a saúde, dentre outros, o meio ambiente, o trabalho e a renda. Há, ainda, o item 1.1. da NR-1710, quando estabelece que: "As condições de trabalho incluem aspectos relacionados ao levantamento, transporte e descarga de materiais, ao mobiliário, aos equipamentos e às condições ambientais do posto de trabalho e à própria organização do trabalho." E a NR-17, em seu item 6.2, quando refere que a organização do trabalho compreende, no mínimo: a) as normas

do direito comparado⁽⁷⁷⁾.

Outro artigo interessante, que não constitui novidade do novo CPC, pois já consta no atual ordenamento processual civil, é o que impõe ao juiz o indeferimento da oitiva de testemunhas acerca de fatos que devam ser provados por documento ou perícia (art. 400 do CPC). No novo CPC, a mesma regra aparece no art. 443⁽⁷⁸⁾. Também esse, porém, acaba sendo ignorado no processo do trabalho, por conta do que dispõe a Súmula n. 338 do TST, ao menos no que concerne à prova da jornada. Essa possibilidade, que determina o afastamento da súmula 338 do TST por sua ilegalidade, e que preserva o conteúdo de artigos viscerais para o controle da troca na relação de trabalho, como os arts. 74 e 464 da CLT, também pode ser extraída do comando contido nos arts. 765 e 852D da CLT⁽⁷⁹⁾.

de produção (que podem ser formais ou informais, explícitas ou tácitas e envolver tanto aspectos técnicos quanto éticos de trabalho, em especial os métodos de deliberação, de arbitragem de conflitos e de avaliação e remuneração do trabalho); b) o modo operatório (que tem sempre uma dimensão prescrita e uma dimensão real, necessariamente distinta); c) a exigência de tempo (que inclui a velocidade, a cadência e o ritmo); d) a determinação do conteúdo do tempo (o conjunto de diversificação das tarefas a serem realizadas e atividades efetivamente desempenhadas em função do tempo); e) o ritmo (o aspecto qualitativo da adaptação da atividade dos sujeitos à velocidade e cadência); f) o conteúdo das tarefas (o sentido para os trabalhadores, do próprio trabalho).

- (77) É o exemplo da França, que no art. L. 122-52 do Código do Trabalho dispõe que nos litígios envolvendo a ocorrência de assédio moral, caberá ao empregado (à vítima, no caso) apresentar os elementos indicativos da existência do assédio. E caberá ao réu provar que os fatos alegados não constituem assédio, estando justificados por elementos objetivos. Do mesmo modo, o art. 23º, 3, do Código do Trabalho português (Lei n. 99/2003); o art. 96 da Ley n. 36/2011, bem como a Diretiva n. 97/80/CE do Conselho da União Europeia.
- (78) Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.
- (79) Art. 765: Os Juízes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar

A possibilidade de expropriação antecipada, prevista no art. 852 do novo CPC, também pode ser uma novidade bem vinda⁽⁸⁰⁾, compatível com a proteção que inspira e justifica o processo do trabalho, assim como a possibilidade de liberação de dinheiro em execução provisória (arts. 520 e 521, a que já fiz referência). Essa última (já contida no atual CPC) encontra forte resistência em ser aplicada no âmbito do processo do trabalho, revelando que apesar da racionalidade social que deveria orientar a aplicação das normas processuais trabalhistas, ainda lidamos, também aqui, com tentativas nem sempre exitosas de superação de um verdadeiro paradigma liberal, que se insinua em práticas contrárias a lei (como a da outorga de “quitação do contrato” em acordos trabalhistas), em entendimentos sumulados (como a já referida Súmula n. 331, ou a 74, a 338, a 444 [...]) e mesmo na forma de atuação/compreensão do processo, por seus intérpretes aplicadores.

Daí a necessidade urgente de retorno ao princípio que justifica a existência de um processo do trabalho, para compreendermos a importância do compromisso com a racionalidade social que o inspira.

6. Conclusão

É certo que nossa tendência primeira é afastar pensamentos pouco otimistas e embarcar na onda da novidade, embalada por um número expressivo de novas publicações, comentários e artigos, dissecando os mais de

mil artigos do novo CPC. Difícil não reconhecer, porém, que quando deveríamos haver já ultrapassado a necessidade cientificista de positivar normas, no mais das vezes para não aplicá-las, festejamos mais um extenso e contraditório regramento jurídico, cujos objetivos mais claros e imediatos são retirar poderes do juiz de primeiro grau, reforçar a lógica da conciliação a qualquer preço, aumentar o número de incidentes e recursos, e legitimar a “nova constituição” que vem sendo editada através de súmulas e decisões dos tribunais superiores.

É interessante como o poder legislativo, em evidente manifestação da crise de instituições deste início de século, capitula diante de um poder econômico, para o qual efetividade de direitos sociais é uma agenda preocupante, com a qual é possível conviver apenas no limite em que não atrapalhe.

O novo CPC é a melhor expressão dessa crise, pois consegue compilar normas mal importadas de um sistema radicalmente diferente daquele brasileiro, mantendo a estrutura de um processo de matriz romano-canônica e reforçando o poder dos tribunais superiores, enquanto suprime, em igual medida, o conteúdo da atividade judicial.

Para aqueles que lidam com o processo do trabalho e, portanto, estão diariamente diante de cidadãos que buscam créditos alimentares ou a manutenção de seus postos de trabalho, o novo CPC é uma ode ao retrocesso.

Ainda bem que temos a CLT, com sua normatividade processual, determinada pela espinha dorsal da proteção, e com a previsão expressa do art. 769, cláusula geral que impõe não apenas o afastamento de todas as normas externas incompatíveis com esse princípio, mas também a fundamentação suficiente para a importação dessas regras exógenas.

De forma simples e bem mais comprometida com a efetividade dos direitos, a CLT permite uma atuação tão ou mais comprometida do que aquela possível a partir do mais novo código do país.

qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas. 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. (Incluído pela Lei n. 9.957, de 2000)

- (80) Art. 852. O juiz determinará a alienação antecipada dos bens penhorados quando: I - se tratar de veículos automotores, de pedras e metais preciosos e de outros bens móveis sujeitos à depreciação ou à deterioração; II - houver manifesta vantagem.

Não há novidade no horizonte, mas há uma necessidade urgente de resgate da importância do processo do trabalho e de suas normas, escritas e costumeiras, para a reafirmação da atualidade e da importância do Direito do Trabalho.

7. Referências bibliográficas

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*. 2. ed. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Editorial Presença; São Paulo: Martins Fontes, 1977.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Do Absolutismo ao Constitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DE ARAGÃO, Egas Muniz. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELFFMAN, Mario. *Questões e questionamentos sobre a Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, 2014.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. O Guardião das Promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEGEL, Georg. Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões, Dobra Universitário, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: J. M. Bosh Editor, 2004.

SEVERO, Valdete Souto. O desmanche do direito do trabalho e a recente decisão do STF sobre a prescrição. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 1, 2015.

SILVEIRA CLAUS, Ben-Hur. *O incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho*. No prelo.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas*. Disponível em: <<https://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2014/12/velhas-e-novas-ameac3a7as-do-neoliberalismo-aos-direitos-trabalhistas-por-jorge-luiz-souto-maior.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo*. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. v. I. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

Nova regra de contagem de prazos no novo Código de Processo Civil — não aplicabilidade na sistemática dos prazos do processo do trabalho

Wilker Jeymisson Gomes da Silva(*)

Resumo:

- O presente estudo trata-se de uma análise sobre a aplicação da regra de contagem de prazos advinda pelo novo Código de Processo Civil ao Processo Trabalhista. A alteração de uma codificação sempre traz à tona diversas indagações a respeito de institutos alterados, institutos suprimidos ou inovadores. O novo Código de Processo Civil trouxe, em seu bojo, além das demais inovações legislativas e processuais que interferirão no processo da justiça do trabalho, a nova sistemática da contagem de prazos para a prática de atos processuais. Tendo em vista a aplicação subsidiária de diversos institutos da legislação processual civil ao processo trabalhista, objetiva-se compreender e definir se tal alteração na contagem de prazos se aplica ou não ao processo do trabalho. Para a fundamentação teórica foram utilizadas obras doutrinárias dos ramos do Direito que conceituam institutos dos quais a compressão sobre eles se mostra necessária para o entendimento da questão aqui abordada. Interpretando tal modificação à luz do princípio da celeridade que se espera da processualística trabalhista, bem como do princípio da proteção — norma mais favorável — restará comprovado que esta alteração não irá se aplicar ao processo do trabalho, não interferindo, assim, na continuidade dos prazos processuais trabalhistas, pois seria um retrocesso para o jurisdicionado público-alvo deste ramo do Direito.

Abstract:

- This study is an analysis of the application of deadlines count rule established by the new Code of Civil Procedural to the Labor Process. Changing a codification always brings up several questions about institutes altered, deleted or innovative institutes. The new Code of Civil Procedural provides, among other legislative and procedural innovations that will interfere in the Labor Process, the new system of count deadlines to practice procedural acts. Knowing the subsidiary application of various institutes of Civil Procedural Law to the Labor Process, the objective is to understand and define whether the change in the

(*) Estagiário da 8ª Vara do Trabalho da Comarca de João Pessoa — Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Bacharelado em Direito pela FESP.

form of count the deadlines will applied or not the Labor Process. For the theoretical base were studied and used doctrinal works of the Law that conceptualize the essential institutes to understand the topic discussed here. Interpreting this change according to the principle of diligence expected of Labor Law processualistic as well as the principle of protection — more favorable rule — it was proved that this change is not applied to the work process, not interfering in the rule of the continuity of the Law Procedural deadlines because that would be a regression for the people who use legal actions.

Palavras-chave:

- ▶ Prazos — Contagem de prazos — Direito Processual Civil — Processo do Trabalho.

Key-words:

- ▶ Deadlines — Count — Count Deadlines — Civil Procedural — Labor Procedural.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Aplicação subsidiária das normas de processo civil ao processo do trabalho
- ▶ 3. Prazos
- ▶ 4. Contagem de prazos no atual e no novo Código de Processo Civil
- ▶ 5. Prazos no processo trabalhista e a prestação jurisdicional célere
 - ▶ 5.1. Razoável duração do processo e a celeridade da justiça do trabalho
- ▶ 6. Conflito entre o disposto no novo código processual civil e o processo do trabalho— aplicabilidade
 - ▶ 6.1. Interpretação teleológica e aplicação do princípio da norma mais favorável
 - ▶ 6.2. Omissão legal — lacunas ontológicas
 - ▶ 6.3. Sistema de contagem dos prazos no novo código processual civil — não aplicação ao processo do trabalho e a questão da efetividade
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

As concepções filosóficas e sociológicas do Direito, que se dedicam à compreensão do ordenamento jurídico e suas especificidades, explanam que as leis mudam de acordo com a modificação da sociedade. Tal assertiva pode ser corroborada pelo brocardo “*Ubi homo ibi societas. Ubi societas, ibi jus*”, contido no *Corpus Iuris Civilis*, de onde se traduz que “Onde está o homem, está a sociedade. Onde está a sociedade, está o Direito”. Tendo sido criado para os membros da coletividade, o Direito, por

consequência, deve para a sociedade se ater, moldando suas disposições em conformidade com a evolução e anseios da sociedade.

Parte-se da ideia de que o Direito é um fenômeno social, sendo resultado de uma experiência feita em sociedade, na qual se viu como essencial a criação de regramentos para o convívio harmônico entre determinados povos em dado período de tempo. De acordo com a evolução do ser humano e com o decorrer do tempo, os costumes se diferenciam, as atitudes das pessoas mudam, e, principalmente, as

relações sociais sofrem transformações constantemente. Com essa modificação social, a lei deve estar sempre adaptada ao contexto ao qual vai ser inserida e aplicada, devendo se ajustar ao *status* em que vive a sociedade no momento de sua existência.

Feita uma curta exposição histórica, adentra-se ao cerne da questão que aqui será tratada. O Código de Processo Civil (CPC), conjunto de normas que instrumentalizam as disposições do Direito Civil, após décadas de vigência, em meio a diversas alterações entre este período, foi agora inovado, sendo promulgada a Lei n. 10.305/2015, trazendo consigo novidades em diversos aspectos substanciais, concretizando diversos direitos fundamentais. Remodelando a sociedade e carecendo esta de mecanismos para solução dos conflitos de forma pacífica e efetiva, diante da grande massa de processos existentes no ordenamento jurídico nacional (que acabaram por resultar em sobrecarga dos órgãos judiciais), elaborou-se uma nova codificação, no intuito de aprimorar os meios utilizados na busca pela composição dos conflitos submetidos à justiça, suprimindo diversos institutos que alongavam a marcha processual, criando novos aparatos que prezam pela solução das lides, bem como determinando regras específicas para a diminuição de demandas que se repetem, para, desta forma, resolver os conflitos com a efetividade que se espera do órgão julgante.

De acordo com boa parte da doutrina processualista, ao realizarem observações acerca do novo Código de Processo Civil, diz-se que este surgiu com o intuito de buscar a real solução do conflito, como dito anteriormente, inovando ao inserir alguns institutos não previstos na codificação anterior, eliminando diversos outros que não conseguem se adequar às necessidades atuais da jurisdição, bem como aperfeiçoando os demais, com o fim de resolverem-se as lides da forma mais pacífica e célere possível, evitando processos longos e desgastantes, buscando a máxima efetividade da jurisdição.

Neste estudo, se enfatizará o instituto dos prazos, com foco em sua contagem, comparando a sistemática tanto do atual código como daquele que entrará em vigor em relação à processualística trabalhista, sabendo-se que esta última adota, de forma subsidiária, institutos processuais civis quando há lacuna na legislação processual do trabalho, e quando tal norma subsidiária apresentar compatibilidade com seu regime e ideais fundamentais.

Com o recurso de bibliografias diversas e aprofundamento em outros estudos científicos de ambos os ramos do Direito, busca-se examinar de forma pormenorizada o objeto de estudo, conceituando o instituto dos prazos e demonstrando sua importância para o Direito Processual Civil e para o Processo do Trabalho, para, ao final, realizar uma análise comparativa a fim de observar se a nova forma de contagem implantada no novo código processual civilista seria compatível com a teleologia do Direito do Trabalho, e, por conseguinte, a sua aplicação ao Processo do Trabalho, tendo em vista as peculiaridades deste último.

2. Aplicação subsidiária das normas de processo civil ao processo do trabalho

No processo de criação de normas, ao inovar o ordenamento, o legislador, incumbido de tal função, não é capaz de prever e regulamentar todas as situações fáticas que ensejariam litígios, e, quando prevê, não consegue criar um conteúdo amplo e suficiente de normas que versem sobre a composição destes futuros conflitos, fazendo com que haja no ordenamento diversas omissões, que são denominadas cientificamente de *lacunas*. As lacunas nada mais são do que pontos acerca de situações sociais que não foram previstas pelo legislador, e, por isso, não foram reguladas pelo mesmo.

Ciente de tal insuficiência, no caso da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o próprio legislador dispôs nesta que o direito processual comum será aplicado ao processo do

trabalho. Mesmo diante das notórias diferenças existentes entre ambos os sistemas processuais aqui tratados (pelo fato de se darem em contextos distintos, porém não distantes), no processo do trabalho se aplicam de forma subsidiária as disposições constantes na codificação processual civil, bem como a legislação esparsa do direito processual comum, quando houverem as lacunas supramencionadas, e quando as disposições do processo comum forem compatíveis com as do processo trabalhista. Tal informação se depreende da leitura do art. 769 da CLT, que nos revela que “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título”. Interpretando tal dispositivo, entende-se que esta aplicação subsidiária só deve acontecer quando houver omissão *lato sensu* na legislação trabalhista e quando houver compatibilidade entre a norma de processo comum e a finalidade do corpo de normas de Direito material e Processual do Trabalho.

Nesse mesmo sentido, reconhecendo a subsidiariedade aqui relatada, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 15, dispõe que “**Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente**” (grifei). Compartilhando do entendimento da necessidade de conexão entre os ramos processuais aqui tratados, Leite (2010, p. 103) assevera:

De outro giro, é imperioso romper com o formalismo jurídico e estabelecer o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando a concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual, especialmente o novel princípio da “duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (EC n. 45/2004, art. 5º, LXXVIII).

Essa subsidiariedade ora estudada, como meio integrativo de omissões legais, encontra

justificativa no fato de a CLT não possuir um aparato ao longo de seus artigos que disponham o bastante sobre direito processual do trabalho, pois, como se observa, a CLT trata do tema no próprio âmbito desta consolidação, e em poucos artigos, não havendo uma codificação autônoma que trate do tema de forma mais vasta. Desta forma, diante da insuficiência de normas na processualística trabalhista, se legitima o uso de forma supletiva do CPC naquilo que se omitir a legislação trabalhista e no que com ela seja compatível. Assim, por conseguinte, novas alterações na legislação processual civil, sem dúvida alguma, causam modificações na seara do processo trabalhista.

3. Prazos

Tomando por ponto de partida a conceituação de atos processuais, sabe-se que a palavra *ato*, de modo geral, tem a denotação da prática de uma ação realizada por uma pessoa. No contexto jurídico, o ato processual é a manifestação de qualquer parte (partes em sentido estrito, Juiz, Promotor, auxiliares da justiça etc.) dentro do processo, com o propósito de dar existência, fazer cessar ou modificar um dado direito apresentado pelo autor dentro do processo. Segundo Didier Jr. (2015, p. 372) “O processo é um conjunto de atos teleologicamente organizados para a prática de um ato final, a decisão. Normalmente, são esses atos que compõem o processo àqueles designados como atos processuais”. Saliente-se que os atos praticados pelas partes fora do âmbito processual não são atos processuais propriamente ditos.

É sabido que o processo, como a análise morfológica da palavra nitidamente nos revela (advém do latim *procedere*, que significa um conjunto de meios para se atingir um determinado objetivo), é uma ordem lógica de atos que se sucedem sempre visando alcançar um fim, que, em sentido jurídico-processual, se resume na solução de uma lide. O ato processual deve ser analisado em conjunto com todos os demais que forem praticados, para que possua

coerência e sistematização, havendo um verdadeiro processo, no sentido literal da palavra.

O processo é uma marcha para frente, uma sucessão de atos jurídicos ordenados e destinados a alcançar um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de um método de solução de conflitos que se vale de um conjunto de normas que ordenam a participação e o papel dos sujeitos do processo (DIDIER JR., 2015, p. 418).

De acordo com o dicionário Larousse (2008, p. 643), a palavra processo é definida da seguinte forma:

Pro-ces-so *s.m.* (lat. *Processus*, ação de avançar, de ir para frente). 1. Ato ou efeito de proceder. 2. Sequência de fatos conexos entre si. 3. **Sucessão de operações com vistas a um resultado definido**; sistema, método. 4. Conjunto de documentos relativos a um negócio. Dir. Os autos e todos os documentos apresentados numa ação judicial (grifei).

Sendo uma “sucessão de operações com vistas a um resultado definido”, e sabendo que este resultado é a composição de um litígio apresentado ao órgão jurisdicional, evidencia-se que estes atos não devem perdurar *ad eternum*, devendo eles possuir um período certo e determinado para sua prática. Deste modo, organiza-se o processo, podendo tal organização ser analisada sob duas óticas: para a parte, é dado um determinado lapso temporal para a prática do ato processual, caso em que, não realizado ou feito extemporaneamente, o ato não será conhecido e nem válido; para o órgão judicante, traz a garantia de que este irá analisar processos dos quais as partes possuem interesse de agir, (que é, a propósito, uma das condições de ação) e que praticam os atos processuais que lhe são cabíveis em período próprio para tal, organizando, assim, as atividades do Poder Judiciário, não deixando que fique ao livre alvedrio das partes a escolha do momento no qual pretendem executar os atos que irão impulsionar o processo.

Quando não praticado o ato dentro do tempo previsto em lei ou o que foi determinado pelo juiz para tal, diz-se que houve a preclusão do prazo, não podendo mais a parte praticá-lo. Praticando o ato fora do prazo, este ato é intempestivo. Montenegro Filho (2015, p. 231), “A preclusão temporal é marcada pela fluência do prazo sem a prática de ato processual pela parte, como, por exemplo, quando o réu não contesta a ação após ter sido validamente citado”. Deste modo, demonstra-se a importância do prazo para o processo, sendo útil às partes terem conhecimento de quais são os prazos para colocar em prática determinado ato e principalmente como eles funcionam, para que estas não os percam, bem como para que possam continuar a litigar no processo, com o fim de convencer o juiz. Neste estudo é dada maior ênfase ao funcionamento da sistemática dos prazos, mais especificamente no tocante à contagem destes.

4. Contagem de prazos no atual e no novo Código de Processo Civil

No atual e vigente Código de Processo Civil, a sistemática de prazos adota a continuidade destes em sua contagem, não sendo estes suspensos ou interrompidos pelos feriados, sábados ou domingos. Conforme o disposto no art. 178 do atual CPC, “O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados”. Ou seja, os prazos “correm”, independentemente da superveniência de dia tido como feriado ou do curso de dia não útil. Marinoni (2010, p. 115-116), em sua doutrina, explana que “Na forma do que determina a lei processual, os prazos processuais são contínuos, não se interrompendo pelo intercurso de feriados [...]”. Donizetti (2014, p. 355) aduz que “Todo prazo, em regra, é contínuo, não se interrompendo nos feriados, mesmo os prolongados, como a Semana Santa e o Carnaval”. A não suspensão e ininterrupção dos prazos encontra exceção nos arts. 179 e 180 do atual CPC.

De acordo com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), a continuidade dos prazos deixará de existir. Isso porque, de acordo com o art. 219 desta nova codificação, “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”. Assim, não mais se falará em continuidade dos prazos, havendo agora cômputo destes apenas em dias úteis, tal modificação se consubstanciando na máxima efetividade e primazia pela solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário que busca esta inovação processual.

A ora examinada modificação na contagem dos prazos é um avanço em benefício aos procuradores das partes, que agora eliminarão os feriados e finais de semana quando do cômputo dos prazos, contabilizando apenas os dias de expediente normal dos órgãos judiciais, havendo um período maior de tempo para praticar os atos processuais que lhe forem cabíveis, tranquilizando a advocacia (principalmente a privada) neste aspecto.

5. Prazos no processo trabalhista e a prestação jurisdicional célere

Dispondo sobre os prazos processuais, o art. 775 da Consolidação das Leis trabalhistas (CLT) dispõe sobre a continuidade na contagem dos prazos processuais. Vejamos tal artigo na íntegra:

Os prazos estabelecidos neste Título contam-se com exclusão do dia do vencimento, e são contínuos e irrelevantes, podendo, entretanto, ser prorrogados pelo tempo estritamente necessário pelo juiz ou tribunal, ou em virtude de força maior, devidamente comprovada (grifei).

Prazos contínuos, como o próprio significado da palavra externa, são aqueles que se prolongam no tempo, que são seguidos, sucessivos; e prazos irrelevantes são os que não se interrompem pelo acontecimento de dia não útil, como feriados e domingos, sendo estes computados normalmente, como se úteis fossem, de acordo com a regra processual trabalhista. Ressalte-se que tal regra encontra exceção no tocante ao

recesso forense. Segundo Saraiva (2014, p. 161), “[...] durante o recesso forense, a Justiça do Trabalho suspende o atendimento ao público, não se iniciando, correndo ou vencendo qualquer prazo”. Exceção à parte, a regra é a da perpetuação no tempo. Desta forma, é nítida a diferença em relação à sistemática processual comum.

5.1. Razoável duração do processo e a celeridade da justiça do trabalho

Este postulado está insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, que foi implementado na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, intitulada “Reforma do Judiciário”, que assegura que o processo tenha uma duração curta, permitindo assim que seja célere a entrega da prestação jurisdicional. Em seus exatos termos, tal direito fundamental dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Cabe aqui transcrever crítica do ilustre Donizetti (2014, p. 99), que, em suas palavras, aduz:

Por outro lado, verifica-se que o dispositivo constitucional não passa de uma declaração de boa intenção do Estado, o que, por si só, não tem o condão de alterar a realidade do Judiciário brasileiro. Para que a Justiça efetivamente seja célere, muito mais há que se fazer além do acréscimo de mais um inciso no extenso rol do art. 5º da CF.

Em especial, a justiça do trabalho sempre buscou, tendo em vista seus fins, a rápida solução do litígio, primando pela conciliação, concentração de atos processuais, exiguidade dos prazos etc., tudo isto com fito de proporcionar um processo célere, demandando do órgão judicante uma atividade processual com o menor dispêndio de tempo possível. Deve-se, principalmente neste ramo do direito, ser observado de forma imperativa este direito fundamental da razoável duração do processo, pois a maior parte dos direitos protegidos pelo

ramo trabalhista são de caráter alimentar, garantindo a subsistência dos jurisdicionados, de tal forma que a jurisdição neste ramo requer a máxima efetividade. Esta celeridade esperada deve pautar-se nos direitos e garantias fundamentais atinentes à processualística.

Vê-se, assim, que o nosso ordenamento jurídico passa a se preocupar não apenas com o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, mas, também, que esse acesso seja célere, de modo que o jurisdicionado e o administrado tenham a garantia fundamental de que o processo, judicial ou administrativo, em que figurem como parte, terá duração razoável em sua tramitação (LEITE, 2010, p. 63).

Tal disposição constitucional e entendimentos doutrinários revelam que a prestação jurisdicional deve ser cedida aos jurisdicionados no mais ínfimo tempo possível e com a economia de atos processuais. Exemplo claro pode ser dado segundo as lições de Saraiva (2014, p. 10), que, utilizando do princípio da concentração dos atos processuais, corolário da razoável duração do processo, aduz que “[...] o princípio da concentração dos atos processuais objetiva que a tutela jurisdicional seja prestada no menor tempo possível, concentrando os atos processuais em uma única audiência”.

Desta forma, a sistemática da contagem de prazos no processo do trabalho visa se adequar aos moldes da tão almejada celeridade e efetividade, ao dispor que estes serão contados de forma contínua e sem se fazerem interromper por feriados ou domingos, proporcionando, destarte, um processo menos moroso e encurtado que consiga prestar a tutela jurisdicional pleiteada com a plena satisfação dos direitos postos à análise da jurisdição trabalhista, tornando-a, diga-se normativamente, efetiva.

6. Conflito entre o disposto no novo código processual civil e o processo do trabalho — aplicabilidade

Ao ater-se aos fundamentos acerca da possibilidade ou não da aplicação ao processo do trabalho de uma nova forma de computar

os prazos trazida pela legislação processual comum, essencial se faz traçar uma discussão sobre alguns princípios e premissas que embasarão a tese aqui sustentada, de modo a melhor solucionar a problemática trazida à tona neste ensaio científico.

6.1. Interpretação teleológica e aplicação do princípio da norma mais favorável

O Direito do Trabalho e Processual do Trabalho são regidos pelo primado do diálogo das fontes, que idealiza a adoção de uma interpretação de suas fontes em conjunto com as demais para a escolha de uma disposição imperativa que garanta a efetividade que se espera da jurisdição trabalhista. Destarte, deve-se aplicar a norma que, no caso concreto, ofereça meios de configuração de um processo efetivo e pautado em celeridade, com o intuito de garantir concretamente os direitos trabalhistas, tendo respaldo no já mencionado art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição, que preza pela rápida duração do processo.

Na atividade jurisdicional, quando da visualização de antinomia normativa, o juiz, ao decidir entre o uso de duas normas a serem aplicadas em determinada situação por ele analisada, deve pautar-se na razoabilidade e proporcionalidade, bem como atentar-se aos fins perseguidos pelo ramo juslaboral, devendo adotar a regra que, diante da casuística que está a decidir, melhor possa compor o litígio, dando uma solução ao conflito de interesses levado ao seu julgamento.

As normas que favorecerem o trabalhador (sabendo-se que no topo da hierarquia normativa do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho se encontra aquela norma que melhor proteja os direitos dos trabalhadores) devem ser escolhidas pelo magistrado quando da antinomia entre elas, aplicando-se, assim, o princípio da proteção – *in dubio pro operario* e norma mais favorável. Segundo Barros (2011, p. 102-103) “[...] deve ser aplicado o instituto que proporcione melhores condições para o

empregado, ainda que contidos em norma de hierarquia inferior”. Martins (2015, p. 49) aduz que “O ápice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas é a norma mais favorável ao trabalhador”.

Diante de tais informações apresentadas, é nítida a possibilidade de o órgão julgador utilizar-se de normas do diploma processual comum, tendo em vista o dispositivo contido na CLT que permite tal aplicação subsidiária, à luz da teoria do diálogo das fontes, peculiar à seara justralbista. O direito processual comum (diga-se Direito Processual Civil) será aplicado ao caso concreto quando a legislação celetista restar omissa em seus dispositivos e desde que a sua aplicação seja viável, compatibilizando-se aos fins objetivados pelo processo trabalhista, mesmo que a disposição escolhida vá de encontro com algum dispositivo contido na CLT, desde que esta aplicação dê maior efetividade ao processo, beneficiando, e não prejudicando o trabalhador.

6.2. Omissão legal—lacunas ontológicas

Quando se trata de omissão legislativa, esta não diz respeito apenas a não existência de normas que versem sobre o tema, mas também pode aquela existir por fatores axiológicos e ontológicos normativos, que podem resultar na modificação ou supressão de normas no ordenamento. As lacunas denominadas axiológicas dizem respeito à justiça que se espera alcançar quando da aplicação de determinada norma ou complexo normativo. Assim, haveria também omissão quando uma norma ou conjunto delas não mais fosse concebida como justa em sua aplicação ao caso concreto. As lacunas ontológicas, por sua vez, significam que “A lei existe, mas não mais corresponde à realidade social. A norma estaria, assim, desatualizada, não apresentando mais compatibilidade com os fatos sociais e com o desenvolvimento técnico” (PEREIRA, 2011, p. 63). O entendimento deste doutrinador encontra fundamento no enunciado n. 66 da primeira Jornada de Direito Material e Processual do

Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho, realizada em 23 de novembro de 2007, que dispõe a se admitir a aplicação subsidiária do CPC nas hipóteses de lacunas ontológicas ou axiológicas.

A lacuna legal na modalidade ontológica, significa, em síntese, que, mesmo diante da existência de lei, esta se encontra em desconformidade com a *status* no qual se encontra a sociedade, sendo esta última o meio de onde surgem os jurisdicionados. Pelo que já foi exposto acerca da coerência que deve haver entre lei e anseios da sociedade, sabendo que as disposições do Direito se aplicam em prol desta, entende-se que não pode vigorar uma lei que não mais atende aos fins sociais que legitimaram a sua criação.

Estes fundamentos poderiam ensejar à dedução de que, observando a atual situação do serviço público no trato das demandas judiciais trabalhistas (que aumentam cada dia mais de proporção), a lei, no que tange à contagem de prazos, encontra-se desatualizada, devendo ser modificada ou até mesmo sucedida por outra, pois não se conceberia a ideia de que os prazos deveriam ter seu curso de forma ininterrupta, inviabilizando, conseqüentemente, a aplicação efetiva do direito ao caso concreto, satisfazendo o conflito de interesses, que deve ser seu ideal fundamental. Desta forma, a contagem em dias úteis permitiria, em comparação com o atual método justralbista, uma melhoria significativa na atividade satisfativa da jurisdição.

6.3. Sistema de contagem dos prazos no novo código processual civil — não aplicação ao processo do trabalho e a questão da efetividade

Após o mais vasto entendimento explanado ao longo deste estudo, dispondo sobre os principais tópicos para embasar a problemática aqui apresentada, questiona-se, por derradeiro, a possibilidade de adoção da sistemática de prazos trazida pela nova codificação processual

civil, se esta deveria ser também adotada pelo processo do trabalho, sabendo-se da subsidiariedade que aquele outro ramo possui em relação a este.

Diante do atual estado da sistemática processual nacional, onde os conflitos aumentam constantemente (como consequência natural e esperada diante da irresignação da sociedade perante suas relações cotidianas), é evidente o aumento gradativo das demandas levadas ao Poder Judiciário, já que as lides, na maior parte das vezes, não se compõem amistosamente. Esse aumento de demandas traz consigo a diminuição da celeridade na entrega da resposta jurisdicional, não se satisfazendo, desde logo, os conflitos de interesses apresentados ao órgão incumbido de apreciá-los.

Em que pesem os argumentos dispondo em contrário, a continuidade se mostra, no estado atual, a forma mais eficiente de se contarem os prazos para a prática dos atos processuais na justiça do trabalho, em detrimento da contagem em dias úteis, pois, diante da sabida natureza dos direitos conflitantes colocados em pauta para serem julgados pelo magistrado trabalhista, tal forma contínua de contá-los é claramente mais ágil para o processo do ramo juslaboral do que a sistemática da contagem apenas em dias úteis, pois esta última forma alarga os dias efetivos e válidos nos quais se poderão praticar tais atos.

Como anteriormente exposto, quando do trato da possível aplicação subsidiária da legislação processual comum ao processo trabalhista, restou claro que a compatibilidade das normas do processo comum com o processo do trabalho é um requisito para que haja a subsidiariedade na aplicação daquela, bem como a omissão também é pressuposto necessário. A compatibilidade em questão, discutida sob um ponto de vista teleológico, diz respeito aos fins que a matéria processual deste ramo especializado visa alcançar. O processo do trabalho, visando à materialização do direito do trabalho, deve ser, desta forma, efetivo,

pois os direitos substanciais contidos neste ramo são de caráter de subsistência, dos quais são detentores uma classe menos favorecida, legitimando, pois, toda a celeridade na qual se funda os dispositivos em sua ordem contidos.

Ademais, se o processo nada mais é do que instrumento de realização do direito material, é condição necessária aplicar as normas do CPC que, na prática, impliquem a **operacionalização do princípio da máxima efetividade da tutela jurisdicional**, que tem no princípio da celeridade uma de suas formas de manifestação. Isso significa que as normas do processo civil, desde que impliquem **maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos sociais trabalhistas**, devem ser aplicadas nos domínios do processo do trabalho como imperativo de promoção do acesso do cidadão-trabalhador à jurisdição justa. (LEITE, 2010, p. 103) (grifei).

Ora, a atividade satisfativa do processo deve ser o ponto focal da atuação jurisdicional. A aplicação de um dispositivo que aumenta, em tese, o prazo para as partes prolongarem o desfecho processual, ao invés de reduzir o tempo gasto para a efetiva entrega da resposta solucionadora dos conflitos perpetrados na justiça do trabalho, (aumentando, em decorrência de tal fato, o tempo em que irá ser prolatada uma decisão de mérito), não deve ser feita, por não contribuir para a celeridade da justiça do trabalho, que é o cerne e a finalidade desta justiça especializada.

Segundo Schiavi (2009, p. 76):

[...] estão em jogo interesses muito maiores que a aplicação da legislação processual trabalhista e sim a importância do direito processual do trabalho, como sendo um instrumento célere, confiável, que **garanta, acima de tudo, a efetividade da legislação processual trabalhista e a dignidade da pessoa humana.**

Desta forma, diante das mais fartas razões para o entendimento que aqui se manifesta,

entende-se que tal aplicação subsidiária do processo comum no que diz respeito ao novo modelo de contagem de prazos processuais, não deve prosperar, mesmo diante de argumentação que suscite ao laconismo ontológico do método em vigor, pois esta integração normativa não converge com a ideologia do processo trabalhista, sendo, desta forma, inaplicável ao Processo do Trabalho.

7. Considerações finais

Assim, pelo que foi discutido, analisando conjuntamente os institutos aqui apresentados, não se consegue enxergar a possibilidade de que a nova regra do cômputo dos prazos para a realização de atos processuais venha a ser aplicada de forma subsidiária ao processo do trabalho, mesmo sob a alegação do *laconismo ontológico*, pois, mesmo que a legislação vigente tenha sido criada décadas atrás, tal aplicação de norma que alarga o lapso temporal dos atos processuais seria um retrocesso para a processualística trabalhista, comprometendo todo o fim que ela almeja.

Em sede de conclusão, como comprovado pelos fundamentos teóricos expostos ao decorrer deste estudo científico, resolvendo-se, exitosamente a questão colocada em discussão, não deverá ser aplicada ao processo trabalhista a regra de contagem de prazos em que são computados apenas os dias úteis, pois tal regra não se mostra adequada aos fins permeados por este ramo processual especializado. Subsiste, desta forma, o regime de contagem contínua dos prazos processuais da seara juístrabalhista, sendo, momentaneamente o mais adequado dos modos de computá-los.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. *Decreto-lei n. 5.452, de 1ª de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LAROUSSE. *Mini Larousse dicionário da língua portuguesa*. Coordenado por Diego Rodrigo e Fernando Nuno. 2. ed. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 2: Processo de Conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Leone. *Manual de processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Entre a CLT e o CPC: reformulando o problema da segurança jurídica

Ricardo Lourenço Filho^(*)

Resumo:

- O enfrentamento das questões postas pelo novo Código de Processo Civil demanda da Justiça do Trabalho a consideração do problema da segurança jurídica, associado à exigência do direito moderno, pós-convencional, de tomada de decisões racionalmente consistentes. Mas segurança jurídica não significa previsibilidade da decisão judicial, nem certeza quanto ao conteúdo do texto normativo. A reconstrução do debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira, por ocasião do envio ao Congresso Nacional, em 1936, do projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, permite observar que as características do processo do trabalho advêm, sobretudo, de seus princípios, e não de suas regras. A leitura positivista do direito, com sua crença na suficiência das normas para a regulação das situações concretas, não atende, de forma adequada, a exigência de segurança jurídica. Os princípios se diferenciam das regras, em especial quanto à sua forma de aplicação, porque exigem um processo de densificação de seus sentidos de acordo com as peculiaridades do caso concreto. A compreensão da natureza principiológica do direito permite um tratamento diferente do problema da segurança jurídica, no que diz respeito às relações entre o processo do trabalho e o processo comum.

Abstract:

- The questions posed by the new Code of Civil Procedure demand Labour Justice to consider the problem of legal certainty, associated with the requirement of modern law, post-conventional, of making reasonably consistent decisions. Nonetheless, legal certainty does not means predictability of the court decision, neither assurance about the content of the legislative text. The reconstruction of the debate between Oliveira Viana and Waldemar Ferreira, at the time of the submission, to the National Congress in 1936, of the project of the Organic Law of the Labour Justice, allows us to observe that the characteristics of the labour process come mainly from its principles, instead from its rules. The positivist reading of law, with its belief in the sufficiency of law norms for the regulation of specific situations, does not answers properly the requirement of legal certainty. The principles are different of rules, in particular in their application form, because they require a process of

(*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professor do Instituto Brasiliense de Direito

Público – IDP. Integrante dos grupos de pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” e “Percursos, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” (CNPq/UnB).

densification of its senses according to the peculiarities of the concrete case. Understanding the nature of law, composed by principles in special, permits a different approach to the problem of legal certainty, with regard to the relationship between the labour process and the common process.

Palavras-chave:

- Processo do trabalho — Processo civil — Oliveira Viana — Segurança jurídica — Princípios do direito.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira — premissas para a diferenciação do processo do trabalho
- 3. A superação da leitura positivista e o reconhecimento da estrutura principiológica do direito moderno
- 4. Três questões postas pelo novo Código de Processo Civil
- 5. Considerações finais — a importância do tratamento dos princípios do processo do trabalho segundo as especificidades de cada caso concreto
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A questão da aplicação das normas do direito processual comum ao processo do trabalho deve ser enfrentada, pelo Poder Judiciário, em especial pela Justiça do Trabalho, de maneira a atender, simultaneamente, a duas exigências: segurança jurídica e tomada de decisões racionalmente consistentes. Entretanto, o conceito de *segurança jurídica* está longe de ser inequívoco.

A relação entre o processo do trabalho e o processo comum não é um problema novo. Mas há questões novas que advêm da Lei n. 13.105, de 16.3.2015, que institui o novo Código de Processo Civil. Talvez com o objetivo de fornecer um norte para essas questões, o art. 15 do Código prevê que as disposições do recente diploma serão aplicadas de forma *supletiva* e *subsidiária* na ausência de normas que regulem processos trabalhistas.⁽¹⁾ O preceito não destoa

da regra contida na própria Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, em seu art. 769: “[...] nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.⁽²⁾

É o terceiro Código de Processo Civil que convive com a Consolidação das Leis do Trabalho. Quando a Consolidação foi editada, em 1º de maio de 1943, estava em vigor o Código Processual de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.1939). Em 1973 veio outro Código (pela Lei n. 5.869, de 11.1.1973). E agora tem-se a Lei n. 13.105/2015. O problema da utilização das normas do processo comum no processo do trabalho tem sempre passado pela interpretação do mencionado art. 769 da CLT.

As duas exigências lançadas acima podem, então, ser direcionadas à interpretação do art. 769 da CLT. Assim, como aplicar esse

(1) O inteiro teor é o seguinte: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão

aplicadas supletiva e subsidiariamente” (*Diário Oficial da União*: 17.3.2015).

(2) *Diário Oficial da União*: 9.8.1943.

dispositivo legal, no tratamento das questões pertinentes à relação entre o processo do trabalho e o processo comum, de modo que a Justiça do Trabalho cumpra as necessidades de segurança jurídica e de tomada de decisões judiciais racionalmente consistentes?

Este texto propõe um enfrentamento dessa dupla exigência a partir da compreensão da natureza principiológica da relação entre o processo do trabalho e o processo comum, a teor do próprio art. 769 da CLT. A premissa aqui adotada é a de que o direito moderno é caracterizado, antes de tudo, por sua estrutura principiológica — e não por ser um sistema (autossuficiente) de regras. A garantia da fundamentação da decisão judicial (art. 93, IX, da Constituição) demanda a explicitação dos motivos do julgador, o que se dá mediante construções argumentativas, racionalmente válidas, elaboradas com base em princípios jurídicos. Por sua vez, os princípios de direito exigem um processo de densificação de seus sentidos, orientando a decisão judicial, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A exposição está dividida em três partes. Na primeira, são reconstruídas algumas ideias que serviram à caracterização do processo do trabalho e à sua diferenciação do processo comum. Essas ideias serão apresentadas tendo como eixo o debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira, cuja função será observar a configuração do processo do trabalho a partir dos princípios que o justificam. Na segunda parte, serão desenvolvidas a distinção entre regras e princípios, e a compreensão da estrutura principiológica do direito moderno, compreensão essa que vai conferir um contorno diferenciado ao problema da segurança jurídica. Na terceira parte, por fim, considerando-se as observações e premissas lançadas anteriormente, serão analisadas três questões postas pelo novo Código de Processo Civil, no que diz respeito à aplicação de seus dispositivos ao processo do trabalho — o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica,

a forma de inquirição das testemunhas e a contagem dos prazos processuais.

2. O debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira — premissas para a diferenciação do processo do trabalho

No final de 1936, o Presidente da República, Getúlio Vargas, encaminhou ao Poder Legislativo o projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho. Na Comissão de Constituição e Justiça, o projeto foi distribuído a Waldemar Ferreira, conhecido civilista e professor de Direito da Universidade de São Paulo. Waldemar Ferreira elaborou um importante parecer, analisando e criticando diversos aspectos do projeto.⁽³⁾ Em resposta, Oliveira Viana publicou uma série de artigos, rebatendo as críticas de Waldemar Ferreira.⁽⁴⁾ A discussão entre os dois revela muito do que estava em jogo naquele momento; entre outras coisas, uma disputa sobre parâmetros interpretativos do novo direito do trabalho e também do processo do trabalho.

É possível extrair desse importante debate algumas ideias sobre a relação entre o processo do trabalho e o processo civil.

Waldemar Ferreira construiu seu parecer tendo em vista, sobretudo, a Constituição de 1934.⁽⁵⁾ Suas críticas se voltavam principalmente

(3) O parecer foi publicado em livro com dois volumes. O primeiro, de 1938, contém propriamente o parecer, e o segundo, de 1939, traz um exame do Decreto-lei n. 1.237/1939. Cf. FERREIRA, p. 1.938-1.939.

(4) Os artigos de Viana foram publicados no *Jornal do Commercio*, em 1937, e depois reunidos no livro *Problemas de Direito Corporativo*. Ver VIANA: 1983c.

(5) A Constituição de 1934 foi a primeira a prever a instituição da Justiça do Trabalho, ainda que fora do âmbito do Poder Judiciário, para “dirimir questões entre empregados e empregadores, regidas pela legislação social” (art. 122). O dispositivo constitucional estabelecia também que “a constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual”

ao poder normativo conferido aos tribunais trabalhistas. O professor da USP reconhecia, contudo, o caráter especial da Justiça do Trabalho, cujas características, de acordo com o próprio texto constitucional, seriam: “a especial constituição dos órgãos judiciários”, “a especialidade da matéria”, “a qualidade profissional das pessoas: empregados e empregadores” e “a especialidade do processo, com adoção do procedimento oral”. Em sua opinião, “não existe, nem pode existir, em tais condições, justiça mais especial que a Justiça do Trabalho”.⁽⁶⁾

Para Waldemar Ferreira, o projeto era um código de processo do trabalho (ele reafirmou isso nos comentários ao Decreto-lei n. 1.237/1939). Em suas palavras, “a parte mais complexa e, por isso mesmo, a que exige atenção maior, do projeto a ser elaborado, é a referente ao processo do trabalho, no seu duplo aspecto: o individual e o coletivo”.⁽⁷⁾ Haveria a necessidade de elaborar fórmulas especiais para certos casos, como “os processos das controvérsias individuais que possam resultar das convenções coletivas de trabalho por efeito das violações de obrigações privadas acessoriamente adjetas a aquelas”. E era preciso definir a trilha para um novo código processual do trabalho. De acordo com Waldemar Ferreira “as leis processuais têm que ser minuciosas e claras, pois as suas omissões provocam distúrbios muito sérios à marcha dos feitos, por não poderem ser supridas pelas partes e, no mais das vezes, nem pelos próprios juízes”.⁽⁸⁾

O principal incômodo de Waldemar Ferreira estava relacionado ao processo coletivo e às disposições que cuidavam do poder normativo da Justiça do Trabalho. Para o civilista de São Paulo, era inconstitucional o preceito do projeto

que tratava do poder normativo, na medida em que o Poder Legislativo não poderia delegar à Justiça Especializada a competência privativa de legislar. E suas críticas eram construídas a partir de modelos e exemplos estrangeiros. Em mais de uma passagem, há referências à doutrina e ao processo do trabalho italiano, ainda que para indicar diferenças, acentuando que, no Brasil, a Justiça do Trabalho teria feição “nitidamente jurisdicional”, de maneira que não poderia alterar contratos de trabalho, individuais ou coletivos.⁽⁹⁾

O pano de fundo dessas observações de Waldemar Ferreira, inclusive sobre o poder normativo da Justiça do Trabalho, é marcado por uma disputa sobre a compreensão do direito do trabalho como um todo, incluindo o direito processual do trabalho.

Para Oliveira Viana, as afirmações do professor Waldemar Ferreira revelavam um conflito entre duas concepções do direito: a concepção individualista, de um lado, e a nova concepção, resultante da então crescente socialização da vida jurídica, de outro. O direito saído da Revolução de 1930 não era compatível com as regras, os princípios e o sistema do direito privado.⁽¹⁰⁾ Segundo Oliveira Viana, os críticos fizeram uma interpretação do art. 122 da Constituição de 1934, sem considerar os aspectos sociais e políticos da Justiça do Trabalho: “ora, nem o conteúdo político do texto, nem a novidade das instituições criadas e admitidas pela primeira vez, nada disto foi considerado”.⁽¹¹⁾

Utilizando exemplos estrangeiros — inclusive dos Estados Unidos da América⁽¹²⁾ —, o

(Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: 16.7.1934).

(6) FERREIRA, 1938, p. 125.

(7) *Ibidem*, p. 233.

(8) *Ibidem*, p. 234-236.

(9) *Ibidem*, 1938, p. 175-179, 201-202 e 220.

(10) VIANA, 1983c, p. 21-22.

(11) *Ibidem*, p. 38.

(12) Sobre o papel muitas vezes instrumental das referências a autores estrangeiros nos estudos de Oliveira Viana, cf. CARVALHO, 1991, p. 85. Aliás, vale conferir a observação do próprio José Murilo de Carvalho, na mesma obra, no sentido de que diversas ideias centrais ao pensamento de Oliveira Viana têm origem na tradição brasileira — em autores como Alberto Torres e Sílvio Romero.

então Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho criticava de forma veemente “a velha dogmática do Estado Liberal” (de que teria feito uso Waldemar Ferreira), como incapaz de apreender o sentido de novidade da instituição da Justiça do Trabalho.⁽¹³⁾ Oliveira Viana buscava demonstrar sua tese sobre as atribuições da Justiça do Trabalho adotando como parâmetro, entre outros, as corporações administrativas norte-americanas, que teriam passado a regular importantes aspectos da vida social e econômica dos Estados Unidos, como serviços públicos, circulação de veículos, comércio bancário e, entre outros, conflitos de trabalho, individuais e coletivos. O fundamento dessas instituições seria a eficiência do serviço público.⁽¹⁴⁾ Na observação de Oliveira Viana: “daí este movimento, que vemos se processar na vida das administrações americanas, federais e estaduais, no sentido de libertar a solução destas questões das *complicadas e morosas formalidades processualísticas dos tribunais propriamente judiciários*”.⁽¹⁵⁾

O reconhecimento do papel das corporações integra, na expressão de José Murilo de Carvalho, a “utopia de Oliveira Viana”. O

sindicalismo, o corporativismo e a legislação social foram as respostas encontradas pelo Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho para organizar o país “dentro da utopia de uma sociedade harmônica, incorporadora e cooperativa”. Os atores sociais eram coletivos, isto é, os sindicatos, o governo, as corporações.⁽¹⁶⁾

De acordo com Oliveira Viana, a função normativa seria compatível com a judiciária. A alegação contrária — também presente no parecer de Waldemar Ferreira — decorreria da utilização, para os órgãos da Justiça do Trabalho, de regras e princípios do direito judiciário e processual típicos dos tribunais de direito comum. Entretanto, para Oliveira Viana, “*enquadrar a Justiça do Trabalho na metodologia processual dos tribunais de direito comum é, pois, uma contradição substancial, que importaria em anular a própria razão de ser da sua instituição*”.⁽¹⁷⁾

Segundo Oliveira Viana, portanto, o direito do trabalho, incluindo as regras de processo do trabalho, não deveriam ser interpretadas a partir de critérios, regras ou princípios civilistas ou próprios dos tribunais de direito comum. E nem do direito processual comum.⁽¹⁸⁾

Nas notas que fez ao parecer de Waldemar Ferreira, Oliveira Viana rebateu a observação do professor da USP quanto à necessidade de organização de um Código de Processo do Trabalho. O projeto de organização da Justiça do Trabalho deveria apenas elaborar normas

(13) VIANA, 1983c, p. 55.

(14) Segundo o autor, “tratava-se de prover com instrumentos administrativos adequados os serviços públicos ou de interesse público, cujas questões, pela sua natureza especialíssima: a) ou necessitavam de uma solução rápida e pronta, de que era incapaz a marcha lenta da administração ordinária; ou b) eram demasiado técnicas para que pudessem ser resolvidas pela dialética sutil e abstrata dos legistas, assentados nos tribunais judiciários” (VIANA, 1983c, p. 56).

(15) VIANA, 1983c, p. 56 (destaque acrescentado). Em outra passagem, Oliveira Viana afirma que: “nas sociedades modernas, todas elas atravessando uma fase de desequilíbrios e desajustamentos profundos, principalmente no campo econômico, a administração da justiça, isto é, a solução jurisdicional dos conflitos suscitados por estes mesmos desajustamentos tem que se fazer por processos fora dos ritos rígidos e complexos dos tribunais de direito comum. Ora, somente os tribunais administrativos, justamente por estarem libertos deste formalismo e da aplicação mecânica das regras de direito (*mechanical jurisprudence*), têm plasticidade e adaptabilidade para realizar estes objetivos” (VIANA, 1983c, p. 58).

(16) CARVALHO, 1991, p. 94/95.

(17) VIANA, 1983c, p. 72 (destaque acrescentado).

(18) A crítica de Oliveira se voltava, em especial, à interpretação dos arts. 121 e 122 da Constituição de 1934, feita por Waldemar Ferreira Martins e outros parlamentares. Na sua opinião, “é o pleno regime do civilismo, do comercialismo, do processualismo, do praxismo, do formalismo jurídico – da ‘Pandectologia mumificada’, de ironia de Wilhem Sauer. É o império soberano da *Praxe Forense*, de Ramalho, e da *Hermenêutica*, de Paula Baptista. Puro jogo de silogismos abstratos. Um texto constitucional – túmido, até quase a rebentar, de significado político e social – reduzido aos termos de uma pura equação algébrica (...)” (VIANA, 1983c, p. 37).

específicas, sem minúcias, abrindo margem para a aplicação do sistema processual comum, mas de acordo com o “espírito do processo do trabalho”.⁽¹⁹⁾ Além disso, ficava estabelecido que o Tribunal Nacional do Trabalho teria competência para elaborar normas complementares ao processo.⁽²⁰⁾ Isso se justificava porque a regulamentação processual deveria ser adaptável à realidade nacional do país — a par do inconveniente da dificuldade de uma alteração legislativa.

É na tentativa de chamar a atenção à realidade do país e ao fato de que as leis processuais deveriam ser adaptadas a ela, que Oliveira Viana faz um alerta à postura do juiz — alerta esse pertinente até hoje. Recorrendo a uma expressão de Oliver Wendell Holmes Jr., Juiz da Suprema Corte norte-americana, Viana aponta a necessidade de o juiz então “ter um pouco de Mefistófeles”, ou seja, sair das categorias abstratas e dos postulados construídos a partir dos textos legais, para lançar seu olhar às realidades e “ouvir o segredo que elas lhe sussurravam”, de maneira a conferir a esses textos legais (e aos códigos e às constituições) uma nova luz, transformando-os em *living law*.⁽²¹⁾

(19) Em suas palavras, “ora, em primeiro lugar, nas legislações conhecidas, o processo do trabalho nunca é regulado com as minúcias e detalhes do processo civil ou comercial. O legislador limita-se a estabelecer apenas aquelas normas que diferenciam o processo do trabalho do sistema processual ordinário, deixando o resto a ser regulado pelas regras e princípios deste. Com esta diferença apenas: que os preceitos do processo ordinário, ao serem aplicados ao processo do trabalho, devem ser interpretados, não segundo o espírito do processo comum, mas segundo o espírito do processo do trabalho” (VIANA, 1983d, p. 185).

(20) O art. 97 do anteprojeto, cujo texto foi debatido na Câmara dos Deputados, previa que “os casos omissos do processo, perante a Justiça do Trabalho, serão supridos por instruções expedidas pelo Presidente do Tribunal Nacional do Trabalho” (VIANA, 1983e, p. 174). No texto do Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, foi adotada redação diferente, estipulando-se que o direito processual comum seria fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto no que fosse incompatível com os princípios gerais deste ou com a justiça social (art. 104).

(21) VIANA, 1983c, p. 33.

Estas observações de Oliveira Viana são importantes para compreender a dinâmica da relação entre o processo do trabalho e o processo comum:

(...) estamos em face de uma legislação de experiência, lavrando em terreno virgem, onde não há nada feito, nenhuma tradição estabelecida — e tudo está aconselhando a não regular esta matéria por via legislativa e, sim, regulamentar, permitindo uma maior flexibilidade na adaptação do processo do trabalho às condições e às exigências da nossa realidade nacional, às condições de distribuição demográfica e social da população trabalhadora, nos campos e nas cidades. Todas estas condições se refletem no funcionamento do mecanismo processual e seria gravemente inconveniente estabelecer, por meio da lei, uma regulamentação desta natureza, minuciosa e precisa. O trabalho legislativo é lento, difícil e demorado, e um sistema processual, que viesse a se revelar inadequado, não teria, assim, facilidade em ser alterado. Armandos a mais alta corporação jurisdicional do trabalho da faculdade de regulamentar a matéria processual, embora dentro das normas gerais estabelecidas pela lei, teríamos feito obra de sabedoria e prudência.⁽²²⁾

O debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira é significativo. Há um confronto entre concepções sobre o direito e o Estado. Percebe-se, nesse sentido, uma disputa sobre o papel da Justiça do Trabalho. As palavras de Oliveira Viana enfatizam os desafios a serem enfrentados pela nova Justiça Especializada. Entre eles, a construção de regras processuais próprias, diferentes das utilizadas no processo comum – sob pena de perder a “razão de ser da sua instituição”, nas palavras de Viana.

Talvez pelo caráter experimental das regras do processo do trabalho, ou mesmo pela sua insuficiência em disciplinar todos os procedimentos necessários, a questão da aplicação

(22) VIANA, 1983d, p. 185/186.

do processo comum se fez presente. Em 1939, já no Estado Novo, o governo de Getúlio Vargas editou o Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio daquele ano, para organizar a Justiça do Trabalho — cuja instituição, vale lembrar, já havia sido prevista nas Constituições de 1934 e de 1937. O art. 39 daquele Decreto-lei contém redação similar ao que veio a ser o art. 769 da CLT: “O direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, salvo naquilo em que for incompatível com as normas deste Decreto-lei”.⁽²³⁾

No projeto da Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, de que resultou o Decreto-lei n. 1.237/1939, o art. 104 preceituava: “O direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, salvo naquilo que for incompatível com os princípios gerais deste ou com a justiça social”.⁽²⁴⁾ Fazia-se referência, portanto, aos *princípios gerais* do direito processual do trabalho e à *justiça social*, sendo esses os parâmetros para aferição da compatibilidade das normas do processo comum.

Examinando a Exposição de Motivos elaborada pela Comissão encarregada do projeto — e liderada por Oliveira Viana —, é possível identificar a preocupação em diferenciar o processo do trabalho do processo comum a partir dos princípios àquele aplicáveis. Eram destacados o formalismo, a lentidão e a complexidade do processo ordinário, em oposição à simplicidade e à celeridade conferidas ao processo trabalhista. A Comissão indicava também os princípios que caracterizavam esse último:

Em relação propriamente ao rito processual, o projeto ficou, tanto quanto possível, dentro dos princípios que caracterizam o processo e o diferenciam do processo ordinário.

O processo do trabalho constitui-se, como é sabido, justamente como uma reação contra a lentidão, a complexidade e o formalismo do processo comum. Neste ponto, filia-se a

mesma corrente de ideias, que estão promovendo a generalização dos “tribunais administrativos” nos países da mais alta organização política. Daí, no rito adotado pelo projeto, o predomínio daqueles princípios que são essenciais e diferenciais do processo do trabalho: o princípio da oralidade, o da unidade do juiz, o da concentração do processo, o da prova e do julgamento imediatos, o da irrecurribilidade das decisões interlocutórias, o da revocabilidade das decisões definitivas (...).

Esses princípios foram obedecidos. Tudo fizemos para dar ao processo dos conflitos individuais e coletivos a simplicidade e a celeridade possíveis, sem sacrifício da segurança dos interesses em jogo.⁽²⁵⁾

A construção da imagem do processo comum como lento, complexo e formal não era nova. Da Exposição de Motivos do Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932 — por meio do qual foram instituídas as Juntas de Conciliação e Julgamento, “para dirimirem os litígios oriundos de questões de trabalho em que sejam partes empregados sindicalizados e que não afetem as coletividades a que pertencerem os litigantes”⁽²⁶⁾ — constava o seguinte:

(...) a criação de uma Justiça do trabalho, para dirimir litígios de natureza individual que, de momento a momento, surgem do contato diário de empregadores e empregados, vem dar solução satisfatória a êses litígios, que até agora não encontram, tanto na organização judiciária federal como na dos Estados, amparo efetivo pelo custo e morosidade dos processos.⁽²⁷⁾

(25) VIANA: 1983b, p. 252/253 (destaques acrescentados). A comissão era composta, ainda, por Luiz Augusto do Rego Monteiro, Deodato Maia, Oscar Saraiva, Geraldo Augusto de Faria Baptista e Helvécio Xavier Lopes.

(26) *Diário Oficial da União*: 26.11.1932.

(27) A Exposição de Motivos, assinada pelo então Ministro do Trabalho, Joaquim Pedro Salgado Filho, está disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-exposicaodemotivos-pe.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

(23) *Coleção de Leis do Brasil*: 31.12.1939.

(24) VIANA, 1983a, p. 229.

A Exposição de Motivos do Ministro do Trabalho, Joaquim Pedro Salgado Filho, apontava também que a distribuição da justiça, com relação aos trabalhadores, recebera, até então, pouca atenção dos legisladores. À exceção dos Juízos Privados de Acidentes de Trabalho⁽²⁸⁾, específicos para essa matéria, “nenhum outro existia que facultasse ao trabalhador o reconhecimento de seus direitos”. Segundo o texto, ainda que algumas leis tenham buscado facilitar os processos de valores reduzidos, o fato de se tratar de processos “do conhecimento exclusivo de bacharéis ou provisionados”, associado, em especial, ao elevado custo dos atos processuais, constituiriam fatores que contribuíam para “afastar de lides e pleitos aqueles que têm de defender interesses de pequena monta”.⁽²⁹⁾

Em outra passagem, a Exposição de Motivos apontava que o Decreto n. 21.396, de 12 de maio de 1932, criara as Comissões Mistas de Conciliação para os conflitos coletivos do trabalho, faltando, entretanto, uma solução para as disputas individuais. O Brasil, nesse aspecto, estaria em “manifesta inferioridade ante a maioria das nações cultas”, que já mantinham justisas especializadas em trabalho, “dotadas dos três requisitos essenciais ao preenchimento dos fins a que se destinam: *economia, rapidez e constituição partidária*”. Esses requisitos estavam assim atendidos:

A forma do processo adotada, pela sua simplicidade e por ser oral, é acessível aos próprios analfabetos e dispensa o patrocínio de terceiros, sendo, por assim dizer, gratuita, pois a taxa cobrada do vencido é muito reduzida. Também o cumprimento das decisões das Juntas é rápido, dada a

sua natureza executiva, e sem ônus para o empregado, sendo de notar que a multa, estabelecida para a hipótese de recusa desse cumprimento, autoriza a prever, sejam muito raros os casos de tais recusas. Atendidos os requisitos de rapidez e economia, verifica-se igualmente a observância do terceiro, a constituição paritária da Junta, formada por dois vogais, um empregador e outro empregado, sob a presidência de terceiro, inteiramente estranho aos interesses em jogo.⁽³⁰⁾

Havia, portanto, a preocupação em atender aos princípios que caracterizavam o processo do trabalho, distinguindo-o do processo comum, e o zelo quanto à efetividade das decisões das Juntas de Conciliação e Julgamento, a qual seria garantida pelo valor das multas estipuladas em caso de inadimplemento.⁽³¹⁾

A edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, não constituiu uma inovação significativa na relação entre o processo do trabalho e o processo comum — com efeito, não era esse o propósito. Além disso, outras normas — como a Lei n. 5.584/1970 — complementaram as regras aplicáveis aos procedimentos trabalhistas.

Tendo como base a discussão acima e seus desdobramentos, o principal aspecto a ser destacado são as características do processo do trabalho, as quais o diferenciam do processo comum. Essas características são, antes de tudo, de natureza principiológica. Em outras

(28) A ação judicial sobre acidentes de trabalho era de competência da Justiça Comum, observando “curso sumário” e prescrição no prazo de dois anos, segundo o art. 22 do Decreto n. 3.724, de 15.1.1919. Cf. *Diário Oficial da União*: 18.1.1919.

(29) Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-exposicaodemotivos-pe.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

(30) Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-exposicaodemotivos-pe.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015. (destaques no original).

(31) A garantia de efetividade das decisões, mediante a imposição de multa, provoca a reflexão quanto à adoção de algumas medidas, no processo do trabalho de hoje, como, por exemplo, o disposto no art. 523, § 1º, do NCPC (art. 475-J do CPC de 1973), a saber, “não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput [15 dias a contar da intimação], o débito será acrescido de multa de dez por cento” (*Diário Oficial da União*: 17.3.2015). A propósito, o art. 652, “d”, da CLT, prevê a competência das Varas do Trabalho para “impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência” (*Diário Oficial da União*: 9.8.1943).

palavras, o que define o processo do trabalho não são propriamente suas regras, mas os princípios que estabelecem e justificam essas regras. É justamente uma abordagem principiológica que pode atender à exigência de segurança jurídica no trato da relação entre o processo do trabalho e o processo comum.

Para melhor esclarecer esse ponto de vista, é importante desenvolver a distinção entre regras e princípios, e o problema da racionalidade da decisão judicial, considerando-se, mais uma vez, a preocupação com a segurança jurídica.

3. A superação da leitura positivista e o reconhecimento da estrutura principiológica do direito moderno

Toda decisão judicial deve ser fundamentada, como prevê o art. 93, IX, da Constituição. O desafio do julgador diz respeito à fundamentação do processo de aplicação do direito, processo no qual ele deve atender às garantias simultâneas de segurança jurídica e de correção normativa (essa última corresponde ao que Ronald Dworkin chama de “a única decisão correta” do caso concreto). Mas é importante registrar, no cenário do debate que se trava sobre a aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho, que *segurança jurídica não tem nenhuma relação com previsibilidade da decisão judicial* – do contrário, o direito (e o processo de tomada da decisão judicial) seria reduzido a uma operação meramente trivial.

Para sustentar a ideia que ora se defende sobre segurança jurídica, mostra-se necessário marcar uma breve distinção entre duas abordagens do direito. A primeira, própria do positivismo, de autores como H.L.A. Hart e Hans Kelsen, e a segunda, de matriz principiológica, na linha de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

Para o positivismo de Hans Kelsen, o direito é compreendido como um sistema autossuficiente e autônomo de regras, cuja legitimidade está relacionada à sua formação,

isto é, à sua instituição pela autoridade competente, independentemente de seu conteúdo ou de sua racionalidade. A ordem jurídica deve ser assimilada de forma fática como uma questão de costume supostamente válido. A noção de segurança jurídica (no estilo “lei e ordem”) adquire, nesse contexto, precedência à de correção normativa (isto é, de decisão correta e adequada às peculiaridades do caso concreto).⁽³²⁾

É nesse ponto que fica explícito o caráter *decisionista* do positivismo jurídico (de Hans Kelsen e também de H.L.A. Hart), o qual vai atingir justamente a preocupação com a segurança jurídica. Afinal, como se dá a interpretação da regra jurídica diante de determinado caso concreto, sobretudo quando a situação fática não estiver claramente abrangida ou regulada por aquela regra? A resposta do positivismo é a seguinte: pela decisão do juiz, de acordo com seu próprio arbítrio⁽³³⁾, ou “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”.⁽³⁴⁾

Esvai-se, assim, não apenas a pretensão de correção normativa da decisão judicial, mas também a de segurança jurídica. Em outras palavras, “o sentido do texto normativo, ou seja, a norma, será aquele que a autoridade afirma ser. A segurança jurídica termina por não ser crível, nem mesmo no âmbito do regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas”.⁽³⁵⁾ A segurança jurídica será reduzida, portanto, a uma questão de puro e simples exercício de autoridade no processo de decisão judicial.

A noção de que o direito encerra um sistema autossuficiente e autônomo de regras não atende, de forma satisfatória, o problema da racionalidade das decisões judiciais. Não há

(32) HABERMAS: 1997, p. 251.

(33) HABERMAS: 1997, p. 251.

(34) DWORKIN: 2002, p. 28.

(35) CARVALHO NETTO, SCOTTI: 2011, p. 53.

regra nem texto que sejam imparciais (assim como não há leitura imparcial ou neutra do texto). O risco de arbitrariedade é inerente à atividade interpretativa. E só é possível lidar com esse risco pelo reconhecimento de que qualquer texto, qualquer norma jurídica, possui uma natureza aberta e indeterminada. O que confere o caráter de imparcialidade é apenas a situação concreta, única e irrepetível de aplicação do direito, nunca o texto em si.⁽³⁶⁾

O sistema de regras (de Kelsen) contribuiu para o desenvolvimento da crença na imparcialidade do aplicador do direito (e da noção de segurança jurídica aí subjacente), ao suposto de que tais regras seriam capazes de regular por si só as situações concretas individuais e irrepetíveis, sendo desnecessária a mediação do aplicador. Entretanto, a norma *per se* nada regula. A atuação — melhor seria dizer “intermediação” — do intérprete ou do aplicador é indispensável.⁽³⁷⁾

Na tentativa de superação desses problemas do positivismo jurídico, Ronald Dworkin desenvolve sua teoria dos direitos, a partir de uma compreensão deontológica das regras e dos princípios jurídicos. Para Dworkin, o que caracteriza o discurso do direito — em oposição ao discurso político — é a utilização de argumentos de princípios.⁽³⁸⁾ Além disso,

Dworkin recorre à distinção entre “regra” e “princípio”. As regras constituem normas concretas, determinadas para uma situação específica de aplicação, enquanto os princípios são gerais e demandam densificação. Ambos possuem validade deontológica, exprimindo o sentido de uma obrigação — por conseguinte, não têm natureza teleológica.⁽³⁹⁾ Regras e princípios também são importantes, em termos argumentativos, na fundamentação de decisões judiciais, embora tratados com lógicas diferentes. As regras são aplicadas no estilo “tudo ou nada”, elas têm um componente “se” que define suas condições de aplicação. Já os princípios detêm uma pretensão de validade não determinada, ou são limitados em seu campo de aplicação mediante condições gerais carentes de interpretação.⁽⁴⁰⁾

Como esclarece Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Mas não é assim que funcionam os princípios (...) Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem

(36) Como afirmam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, “(...) a questão só pode ganhar um enfrentamento mais consistente, possibilitando a criação de um instrumental de outro tipo para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa, quando se passou a assumir a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto. É a unicidade, a irrepetibilidade da situação de aplicação que pode assegurar a imparcialidade e nunca o texto em si, ainda que apoiado em outros textos supostamente neutros, como se esses últimos, por alguma mágica, pudessem escapar do turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam a nossa leitura do mundo” (2011, p. 51).

(37) CARVALHO NETTO, SCOTTI: 2011, p. 64 e 66.

(38) A legitimidade do direito não está relacionada, assim, à legalidade do procedimento de sua instituição. Há uma ruptura com a noção positivista de que argumentos morais ou políticos, ou de outra origem extralegal, não são admitidos pelo direito. Segundo

Dworkin, argumentos de tipo pragmático, ético e moral, são admitidos na medida em que traduzidos como argumentos jurídicos, isto é, na medida em que são traduzidos para a linguagem do direito. De toda forma, os argumentos jurídicos têm precedência sobre argumentos teleológicos próprios da política, por exemplo. Cf. HABERMAS: 1997, p. 257.

(39) Daí porque não podem ser compreendidos como “mandados de otimização”, o que esvaziaria seu sentido deontológico.

(40) HABERMAS: 1997, p. 258/259.

automaticamente quando as condições são dadas.⁽⁴¹⁾

As regras, portanto, contêm em si as consequências jurídicas de sua aplicação — desde que presentes determinadas condições. Os princípios, por sua vez, necessitam de uma decisão particular, conduzindo a argumentação em uma ou em outra direção; ou seja, numa certa situação, o princípio pode fornecer uma razão para que se decida em um sentido ou em outro.

Diferentemente do que ocorre com as regras, colisões de princípios exigem uma solução diferente — não cabe uma decisão no estilo indicado, “tudo ou nada”. De acordo com a decisão a ser tomada, um princípio passa à frente de outro, mas não a ponto de anular esse último. Isso quer dizer que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.⁽⁴²⁾

O direito moderno, pós-tradicional, tem como característica fundamental, não um sistema autossuficiente de regras, mas, sim, uma estrutura principiológica. A análise do caso concreto, sempre único e irrepetível, impõe um tratamento na aplicação das regras diferente do proposto pelo positivismo jurídico, reconhecendo-se, inclusive, que regras podem ser afastadas em razão dos princípios jurídicos que demandam densificação por parte do intérprete, segundo a história institucional e a sistematicidade do conjunto de princípios do ordenamento jurídico. Assim,

(...) a leitura positivista do direito como sistema autossuficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de determinação suas situações de aplicação, deixa escapar a dimensão central de qualquer ordenamento jurídico pós-convencional: sua estrutura

principiológica, necessariamente indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais. (...) num sistema principiológico, mesmo as regras, que especificam com maior detalhe as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las; podem, portanto, ter sua aplicação afastada diante de princípios, sempre com base na análise e no cotejo das reconstruções fáticas e das pretensões a direito levantadas pelas partes na reconstrução das especificidades próprias daquele determinado caso concreto.

A perspectiva decisionista a que chega o positivismo em face da reconhecida indeterminação das regras é rechaçada assim pelo caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do direito.⁽⁴³⁾

No processo de decisão judicial, sobretudo nos chamados *hard cases*⁽⁴⁴⁾, Dworkin constrói a tese da “única decisão correta”. Isso não significa a defesa de que um caso concreto possa ser decidido — de forma correta — apenas em um determinado sentido. As divergências dos operadores sobre a decisão a ser tomada são sempre possíveis (e, em geral, inevitáveis). A preocupação de Dworkin é com a postura do aplicador do direito, que deve buscar a densificação dos sentidos abstratos dos princípios

(41) DWORKIN: 2002, p. 39/40.

(42) DWORKIN: 2002, p. 42. (destaque acrescentado)

(43) CARVALHO NETTO, SCOTTI: 2011, p. 59-60. A superação e o distanciamento de contextos metafísicos e sagrados exigem do direito moderno uma fundamentação pós-tradicional. O direito se torna indisponível, inclusive com relação ao poder político. Segundo Jürgen Habermas, “o momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios – das ‘únicas decisões corretas’.” (HABERMAS: 1997, p. 259)

(44) Mas também nos casos fáceis. Cf. DWORKIN: 1999, p. 423.

compartilhados por determinada comunidade jurídica (isto é, uma “comunidade de princípios”). Essa densificação ocorre justamente nas situações concretas de aplicação, segundo sua adequação às peculiaridades do caso, considerando-se também os demais princípios jurídicos (vale lembrar: ao contrário das regras, os princípios não contêm em si a solução para determinada hipótese de aplicação, mas, no processo de decisão, interpretação e aplicação do direito, conduzem o raciocínio em uma ou em outra direção, para que, então, a decisão seja tomada).

Ronald Dworkin lança mão de sua teoria construtiva do direito, segundo a qual o intérprete deve buscar reconstruir de forma racional a ordem jurídica, de maneira a que o direito vigente possa ser apresentado e justificado de acordo com uma série ordenada de princípios⁽⁴⁵⁾, mostrando, então, o direito em sua melhor luz.⁽⁴⁶⁾ Tem relevância, nesse ponto, o princípio, desenvolvido por Dworkin, da integridade no direito.⁽⁴⁷⁾

Essas premissas indicam que a demanda de racionalidade do direito e, por conseguinte, da decisão judicial está relacionada à densificação dos princípios jurídicos *diante das situações individuais de aplicação*. A ideia de segurança jurídica e de tomada de decisões racionalmente consistentes vincula-se a construções argumentativas com base nos princípios de direito, de acordo com as particularidades do caso

concreto. Isso significa, como já se indicou, que *segurança jurídica não tem nada a ver com previsibilidade da decisão judicial, nem com certeza do conteúdo do texto normativo*.

Os fragmentos lançados no tópico anterior, em especial a partir do debate entre Waldemar Ferreira e Oliveira Viana, revelam o compromisso com os princípios que justificaram (e ainda justificam) o processo do trabalho. As características do processo do trabalho podem ser extraídas, antes de tudo, de seus princípios, mais do que de suas regras e seus procedimentos.

O art. 769 da CLT não pode ser interpretado de acordo com um sistema positivista de regras, até porque a norma não é autoevidente, nem inequívoca, nem esgota em si mesma todas as suas hipóteses de aplicação. É necessário construir uma interpretação desse dispositivo fundada nos princípios do processo do trabalho e de acordo com as especificidades de cada caso concreto, *o que conduz até mesmo à possibilidade de afastar normas expressas da CLT em prol de regras do processo comum, em especial quando essas últimas se mostrarem amparadas pelos princípios que caracterizam o próprio processo do trabalho*.

Mais uma vez são apropriadas as palavras de Ronald Dworkin:

(...) se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. *Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (...)*.⁽⁴⁸⁾

(45) Ver HABERMAS: 1997, p. 261.

(46) Cf. DWORKIN: 1999, cap. 6 e 7; e DWORKIN: 2001, cap. 6.

(47) Em suas palavras, “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor — a comunidade personificada —, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. (...) Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN: 1999, p. 271-272).

(48) DWORKIN: 2002, p. 43 – destaque acrescentado.

4. Três questões postas pelo novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil contém várias disposições que permitem discutir sua aplicabilidade ao processo do trabalho segundo as premissas defendidas acima. O desenvolvimento de alguns exemplos pode ser elucidativo.

O legislador ordinário pretendeu, no novo Código, valorizar o princípio do contraditório no processo civil. Houve exageros, em determinados casos.⁽⁴⁹⁾ O art. 10 é significativo: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Pela literalidade do dispositivo, o contraditório prévio e obrigatório deveria ser observado inclusive quanto a matérias de ordem pública, passíveis de análise de ofício pelo julgador.⁽⁵⁰⁾

A preocupação com o contraditório também se fez sentir com a instituição do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, regulado pelos arts. 133 e 137 do NCPC. Algumas regras do NCPC precisam ser adequadas à sistemática da CLT. O *caput* do art. 133 do NCPC prevê que o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Entretanto, como, no processo do trabalho, o cumprimento da sentença é promovido de ofício pelo juiz (art. 878 da CLT), decorre daí a possibilidade de o magistrado trabalhista, *ex officio*, proceder à desconsideração da personalidade jurídica (inclusive a inversa, à luz do § 2º do art. 133).

(49) Cf., a propósito, FELICIANO: 2015, p. 25-42.

(50) *Diário Oficial da União*: 17.3.2015. Atenuando a rigidez do preceito legal, é interessante analisar os enunciados aprovados no Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — ENFAM. Entre eles, o n. 3 indica que “é desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”, e o n. 4, “na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”.

Mas é o cabimento do incidente em si que suscita maiores problemas no processo do trabalho. Pelo sistema do processo civil, o incidente pode ser instaurado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134). Exceto quando requerida a instauração na petição inicial, o incidente gera a suspensão do processo (§ 2º do art. 134). E, uma vez instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias (art. 135 — eis a preocupação mais evidente com o contraditório). Realizada a instrução, o incidente é resolvido mediante decisão interlocutória (art. 136).

O legislador exigiu aqui o contraditório prévio, anterior à decisão judicial sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Diante de um caso trabalhista concreto, porém, a questão é saber se esse contraditório prévio é compatível com os princípios do processo do trabalho. Ou seja, qual é o peso do princípio do contraditório, nesse caso, ante os princípios do processo do trabalho, como os da celeridade (com amparo imediato no princípio constitucional da duração razoável do processo — art. 5º, LXXIV) e da efetividade das decisões judiciais trabalhistas?

Com base no art. 769 da CLT, tem-se que a Consolidação é, de fato, omissa, pois não disciplina, mediante regras específicas, o processamento da desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, o incidente é compatível com os princípios do processo do trabalho?

Seria possível argumentar, *diante de determinado caso concreto*, que, no processo do trabalho, mais do que no processo comum, os princípios da celeridade e da efetividade das decisões judiciais apontam que, na fase de cumprimento da sentença, o contraditório é diferido, sendo realizado apenas após a garantia do valor líquido da condenação, mediante embargos, como se extrai do art. 884 da CLT.

Essa preocupação se torna mais relevante no processo do trabalho, do que no processo comum, tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas. O foco aqui é, antes de tudo, a garantia do cumprimento da sentença — de forma célere e efetiva —, e essa garantia, em determinado caso, pode exigir justamente a desconsideração da personalidade jurídica, cujo processamento deve se dar de maneira célere (e inclusive de ofício), com o objetivo de assegurar a efetividade da decisão judicial. Nessa linha de argumentação, o contraditório deve, portanto, ser exercido por ocasião dos embargos.

Os princípios do processo do trabalho parecem constituir, então, importantes argumentos para se decidir no sentido da não aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.⁽⁵¹⁾

Há, ainda, razões de ordem prática para afastar a aplicação do referido Incidente. Com efeito, “em especial no processo do trabalho, ‘avisar’ previamente os sócios da provável desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade empresarial corresponderá, amiúde, ao comprometimento de todos os esforços executivos da parte ou do juiz”.⁽⁵²⁾

(51) Ressalvada, consoante a argumentação desenvolvida no tópico anterior, a possibilidade de peculiaridades do caso concreto levarem o juiz a decidir pelo cabimento do incidente em determinada hipótese. Este é o aspecto fundamental: a decisão de acordo com o caso concreto. Por isso se mostra de todo arriscada, e prejudicial à exigência de segurança jurídica, o estabelecimento de um entendimento geral quanto ao cabimento ou não cabimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no processo do trabalho.

(52) FELICIANO: 2015, p. 36. Além disso, há uma elevada probabilidade de que a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, antes mesmo de garantida a execução no processo do trabalho, tenda a ser um procedimento inútil e desnecessário — contrariando a exigência que deflui dos princípios da celeridade e da efetividade das decisões judiciais. O principal fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, nos processos trabalhistas, tem sido o mero inadimplemento das verbas reconhecidas na sentença, como prevê o art. 28, § 5º, do CDC, aplicado por

Outro exemplo, que também desafia os princípios do processo do trabalho, diz respeito à produção da prova testemunhal. Tem-se aqui um conflito entre regras. O art. 820 da CLT prevê que “as partes e testemunhas serão inquiridas *pelo juiz ou presidente*, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados”.⁽⁵³⁾ O processo do trabalho rege-se, portanto, pelo sistema presidencialista de produção das provas.

O art. 459 do novo CPC, em contraste, dispõe que:

Art. 459. As perguntas serão formuladas *pelas partes diretamente à testemunha*, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

§ 1º O juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes.

§ 2º As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

§ 3º As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.⁽⁵⁴⁾

analogia (“também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” — *Diário Oficial da União*, 12.9.1990). Assim, se basta a não satisfação dos direitos reconhecidos em juízo (independentemente das demais hipóteses previstas em lei — arts. 50 do CCB e 28 do CDC) para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica e, portanto, a constrição de bens dos sócios da pessoa jurídica, não há razão para exercício prévio do contraditório. E, eventual alegação do sócio de que não deve responder pela dívida — com fundamento, por exemplo, no art. 1.032 do CCB —, pode ser aduzida nos embargos, de acordo com a sistemática e os princípios do processo do trabalho. Como se afirmou há pouco, a celeridade e a efetividade parecem possuir peso maior do que o contraditório nesse caso.

(53) *Diário Oficial da União*: 9.8.1943 (destaque acrescentado).

(54) *Diário Oficial da União*: 17.3.2015 (destaque acrescentado).

Pelo novo Código, as partes dirigem as perguntas diretamente à testemunha, sem prejuízo do poder do magistrado de formular perguntas, antes ou depois, bem como de indeferir perguntas feitas pelas partes. O legislador adverte, ainda, sobre o tratamento a ser dispensado à testemunha, bem como sobre as perguntas que não serão admitidas.

Indaga-se, então: o art. 459 do novo CPC é aplicável ao processo do trabalho?

Tendo em vista a regra que orienta a relação entre o processo do trabalho e o processo comum — art. 769 da CLT —, seria possível responder negativamente. Afinal, a CLT contém regra específica sobre o tema.

Entretanto, consoante a argumentação antes desenvolvida, é necessária uma abordagem principiológica do art. 769 da CLT, buscando, antes de tudo, a densificação dos princípios de direito, em face das especificidades de cada caso concreto. Em decorrência disso, é possível que normas expressas da CLT sejam afastadas diante de regras do processo comum, sobretudo se essas regras se mostrarem mais condizentes com os princípios que caracterizam o processo do trabalho. Assim, há alguma razão de princípio que sustente a aplicação do art. 459 do novo CPC, em detrimento do art. 820 da CLT?

Um dos princípios específicos do processo do trabalho é o da informalidade, que orienta a instauração de procedimentos menos burocráticos no âmbito da Justiça do Trabalho. Essa informalidade é sentida inclusive no trato do magistrado com as partes e os advogados.

A possibilidade de inquirição da testemunha diretamente pelas partes visa exatamente a modificar uma formalidade das audiências de instrução, qual seja, a prática de a parte (normalmente, por seu advogado) encaminhar a pergunta ao juiz, que, então, deferindo-a, dirige a pergunta à testemunha. Essa mera formalidade é retirada do processo civil. E o princípio há pouco mencionado parece constituir um importante motivo para a supressão dessa formalidade também no processo do trabalho.

A manutenção da formalidade, pela Justiça do Trabalho, representaria um contrassenso, uma inversão de princípios: a adoção, no processo do trabalho, de procedimento mais formal, do que no processo civil.⁽⁵⁵⁾

Um terceiro exemplo. O art. 219 do NCPC estabelece que, na contagem dos prazos processuais em dias, serão computados apenas os dias úteis. Já o art. 775 da CLT prevê que os prazos, no processo do trabalho, são contínuos e irrelevantes.

Diante do art. 769 da CLT e do conflito entre regras, seria possível fazer a mesma pergunta anterior: há alguma razão de princípio que sustente a aplicação do art. 219 do NCPC ao processo do trabalho?

A resposta a essa indagação parece ser negativa. Isso porque o princípio da celeridade possui um peso diferenciado no processo do trabalho, em decorrência da já mencionada natureza alimentar dos créditos trabalhistas. É certo que questões relacionadas ao descanso dos aplicadores do direito e dos participantes do processo sustentam a forma especial de contagem dos prazos, instituída pelo novo Código de Processo Civil. Entretanto, no caso do processo do trabalho, há um motivo de ordem principiológica para afastar a regra do art. 219 do NCPC e, em contrapartida, fundamentar a manutenção da forma de contagem prevista no art. 775 da CLT.⁽⁵⁶⁾

(55) É importante registrar que o art. 459 do NCPC não acarreta nenhuma diminuição nos poderes do juiz quanto à condução da audiência e à produção das provas, sobretudo no processo do trabalho, em que é aplicável, ainda, o art. 765 da CLT (“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” — *Diário Oficial da União*: 9.8.1943). Por outro lado, o mesmo raciocínio feito acima pode ser desenvolvido para sustentar a aplicação, no processo do trabalho, dos arts. 520, 521 e 523 do NCPC, com base, porém, nos indicados princípios da celeridade e da efetividade das decisões judiciais trabalhistas.

(56) Esse mesmo motivo parece não ter o mesmo peso quando se trata de lides que não decorrem da relação

Os exemplos acima, entre diversos outros, vão tensionar a relação entre o processo do trabalho e o processo comum. Esse último vem se aprimorando, tornando-se mais célere e menos formal em alguns aspectos e, por outro lado, também mais eficiente. Como a Justiça do Trabalho vai reagir a essas novas normas do processo comum? A questão será vista como um simples conflito entre regras, uma oposição entre proposições lógicas e abstratas, ou como um problema de natureza principiológica, a ser solucionado considerando-se as peculiaridades de cada caso concreto e os princípios jurídicos aplicáveis? Como lidar, nesse cenário, com a exigência de segurança jurídica?

5. Considerações finais — a importância do tratamento dos princípios do processo do trabalho segundo as especificidades de cada caso concreto

Os princípios e as regras do processo do trabalho foram criados com o objetivo de instituir um tratamento judicial diferenciado para as ações que tinham por objeto, em especial, questões salariais, relacionadas à sobrevivência dos trabalhadores. A marca fundamental do processo do trabalho vem, desde seu início, dos princípios que o caracterizam e justificam suas regras. Um rápido exame de algumas das ideias que estiveram na base de construção do processo do trabalho, entre 1930 e 1943, mostra exatamente isso. Fica evidente, então, que a relação entre o processo do trabalho e o processo comum é orientada a partir de princípios, mais do que de regras.

No Estado Democrático de Direito, o princípio da segurança jurídica exige a tomada consistente de decisões judiciais. Essa consistência é aferida racionalmente no processo de fundamentação dessas decisões, isto é, na explicitação das premissas decisórias por

de emprego, como, por exemplo, uma ação em que contendem dois sindicatos. Nesse caso, pode mudar o peso dos princípios em jogo.

parte do julgador, como exige o art. 93, IX, da Constituição de 1988.

A segurança jurídica e a preocupação com a tomada de decisões consistentes em termos racionais estão relacionadas a construções argumentativas elaboradas a partir dos princípios jurídicos, densificados com base nas especificidades de cada caso concreto. A característica primordial do direito moderno é sua estrutura principiológica — daí a importância da distinção entre regras e princípios. Por conseguinte, *segurança jurídica não significa previsibilidade da decisão judicial, nem certeza quanto ao conteúdo do texto normativo (que, por sua vez, sempre demanda interpretação, com todos os problemas implicados nessa atividade)*.

Os pronunciamentos jurisdicionais devem cumprir ao mesmo tempo as exigências de aceitabilidade racional e de consistência decisória. Como esclarece Jürgen Habermas:

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito refletem-se também as contingências desse contexto de surgimento. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das

contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva histórica para a sistemática acontece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas.⁽⁵⁷⁾

Uma premissa a ser reafirmada é a de que *a densificação dos princípios de direito, no processo de decisão judicial, deve ser realizada à luz do caso concreto*. Trata-se do pressuposto que vai permitir o atendimento simultâneo das ideias de segurança jurídica e de tomada consistente de decisões racionais.

A abordagem aqui proposta, quanto à interpretação a ser desenvolvida sobre o art. 769 da CLT, para enfrentar os problemas que serão *concretamente* colocados quanto à relação entre o processo do trabalho e o processo comum, parte dessa premissa.

Ao longo de sua história, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu vários entendimentos sobre a aplicabilidade de dispositivos do processo comum ao processo do trabalho. A previsão da CLT sobre ônus da prova (art. 818), por exemplo, é, com frequência, interpretada de forma conjunta aos preceitos respectivos do CPC (art. 333, segundo o Código de 1973, e art. 373 do NCPC).⁽⁵⁸⁾ Já

com relação aos requisitos da petição inicial, confere-se ênfase à regra da CLT (art. 840, § 1º) em comparação à sua correspondente do CPC (art. 282 da Lei de 1973 — art. 319 do NCPC), em atenção a princípios como o da simplicidade.⁽⁵⁹⁾ A norma do processo comum quanto ao prazo em dobro nas situações em que os litisconsortes têm procuradores distintos (art. 191 do CPC de 1973 — art. 229 do NCPC) é considerada inaplicável ao processo do trabalho, por contrariar o princípio da celeridade.⁽⁶⁰⁾

Tais entendimentos — e vários outros — foram construídos a partir de casos concretos. Isso abre à jurisprudência um processo de aprendizado e de eventual correção de direções (do que resulta, em muitas questões, o cancelamento de verbetes jurisprudenciais).

Por essas razões, a relação entre o processo do trabalho e o processo comum deve ser analisada caso a caso, ou seja, de forma concreta, segundo as especificidades que são apresentadas ao julgador.

Se a chave de compreensão do art. 769 da CLT, no que diz respeito à relação entre o processo do trabalho e o processo comum, é principiológica (como é próprio do direito moderno), sua aplicação deve ser aferida caso a caso, de acordo com as respectivas peculiaridades e os princípios jurídicos pertinentes. Uma

(57) HABERMAS: 1997, p. 246.

(58) Por exemplo, o acórdão com a seguinte ementa: “RECURSO DE REVISTA. (...) PRÊMIOS. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. OFENSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. O egrégio Tribunal Regional, soberano no exame dos fatos e provas da lide, registrou que cabia à reclamada em decorrência do seu poder/dever de documentar o contrato de trabalho, apresentar os elementos da prova indispensáveis à elucidação do pleito de diferenças no pagamento de prêmios, ônus do qual não se desincumbiu a contento, sendo devidas as diferenças na forma indicada na petição inicial. Nesse contexto, não se verifica ofensa aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, pois a partir do momento que reclamada alegou o correto pagamento da parcela, atraiu para si o ônus probatório e, como visto, dele não se desvencilhou, o que permite concluir que foi respeitada a regra de distribuição do ônus da prova prevista nos referidos preceitos de lei. Recurso de revista de que não se

conhece.” (*Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: 28.8.2015).

(59) “INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR. O processo do trabalho é marcado por princípios que abrandam o rigor formal das regras processuais, tais como o princípio da simplicidade e da instrumentalidade das formas. A existência de breve exposição dos fatos de que resultou o litígio na reclamação trabalhista, nos termos do art. 840, § 1º, da CLT, é suficiente a demonstrar a existência de causa de pedir. Recurso de Revista não conhecido.” (*Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: 10.4.2015).

(60) Eis o teor da Orientação Jurisprudencial n. 310 da SBDI-1 do TST: “A regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em decorrência da sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista”.

orientação estipulada de cima para baixo e de forma abstrata seria justamente a causadora de insegurança jurídica.

6. Referências bibliográficas

Livros e artigos:

CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Viana. In: *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 7, 1991, p. 82-99.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: _____ (org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 52/96.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações Críticas. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estêvão (Coords.). *Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 25/42;

FERREIRA, Waldemar Martins. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*. vol. I. São Paulo: Editora Limitada, 1938.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*. vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1939.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia — entre facticidade e validade*. vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

VIANA, Oliveira. Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, apresentado ao Ministro Waldemar

Falcão. In: *Problemas de Direito Corporativo*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983a.

VIANA, Oliveira. Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora do Projeto de Organização da Justiça do Trabalho. In: *Problemas de Direito Corporativo*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983b.

VIANA, Oliveira. *Problemas de Direito Corporativo*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983c.

VIANA, Oliveira. Notas à margem do parecer do Professor Waldemar Ferreira. In: *Problemas de Direito Corporativo*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983d.

VIANA, Oliveira. Anteprojeto de Organização da Justiça do Trabalho. In: *Problemas de Direito Corporativo*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983e.

Legislação:

BRASIL. Poder Executivo. Exposição de Motivos. Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932. Rio de Janeiro, DF, 23.11.1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22132-25-novembro-1932-526777-exposicaodemotivos-pe.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2015.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932. Institui Juntas de Conciliação e Julgamento e regulamenta as suas funções. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, DF, 26.11.1932.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939. Organiza a Justiça do Trabalho. *Coleção de Leis do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 31.12.1939.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, DF, 9.8.1943.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17.1.1973.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12.9.1990.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17.3.2015.

Decisões judiciais:

BRASIL. *Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 6.3.2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma. Recurso de Revista n. 24900-70.2011.5.13.0003. Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 10.4.2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Recurso de Revista n. 121800-39.2008.5.04.0014. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 28.8.2015.

Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC e suas implicações no processo do trabalho

Sandro Gill Britez^(*)

Resumo:

- ▶ Trata-se de uma análise das repercussões de um novo instituto criado no código de processo civil que entrará em vigor no ano vindouro, denominado de “incidente de desconconsideração da personalidade jurídica”, e suas implicações no Processo do Trabalho, notadamente ante a regra de integração prevista no art. 15 do novo CPC, bem como à luz dos Princípios que informam este ramo especializado do Poder Judiciário.

Abstract:

- ▶ The text below intends to analyse the consequences of the disregard of legal entity theory brought from the new CPC when it comes to apply the new incident in the Labor Procedural law field.

Palavras-chave:

- ▶ Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica do novo CPC — Compatibilidade com o Processo do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Do Incidente da Desconconsideração da Personalidade Jurídica
- ▶ 3. Da lei a ser aplicada no Processo do Trabalho
- ▶ 4. Do procedimento a ser adotado
- ▶ 5. Da Compatibilidade com o Processo do Trabalho
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho Substituto TRT 9ª Região. Especialização em Processo Civil – Unisul – Santa Catarina. Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro

1. Introdução

O novo Código de Processo Civil, que se encontra no período de *vacatio legis* (art. 1.045), trouxe inúmeras novidades no cenário do ordenamento processual brasileiro e como é comum nesses momentos de transição de diplomas jurídicos, existe muita discussão acerca do acerto ou desacerto das mudanças previstas para ocorrer e, também, quais dessas alterações acabarão por impactar o Processo do Trabalho, em maior ou menor grau.

Certo que inúmeras disposições ali contidas servirão para integrar o ordenamento processual trabalhista, por força da norma prevista no art. 15, no sentido de que: *“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”*

Essa disposição se amolda perfeitamente ao disposto no art. 769 da CLT, que prevê: *“(…) Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”*

O que interessa analisar, neste estudo, é a questão que afeta o novo incidente criado pelo regime do processo civil comum, denominado de “incidente de desconconsideração da personalidade jurídica”, e que vem expresso nos arts. 133 a 137 do novo código.

Este tema tem provocado acesa polêmica no âmbito da magistratura trabalhista, em sua maioria avessa à ideia de criação de mais um incidente no curso do processo, o que, em tese, poderia vir a contrariar o Princípio da Simplicidade e Celeridade tão caros ao Processo do Trabalho.

Por essa razão, esta inovação não deveria ser prestigiada nesta Justiça Especializada, por força da incompatibilidade principiológica deste dispositivo com os Princípios que informam o Direito do Trabalho como um todo e o Processo do Trabalho, em especial.

Analisemos então os dispositivos constantes do Capítulo IV do Título III do Livro

III da Parte Geral do novo CPC, para então verificarmos se efetivamente estamos diante de normas absolutamente incompatíveis com o Processo do Trabalho.

2. Do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica

O art. 133 do novo CPC⁽¹⁾ exige que a desconconsideração seja analisada apenas a partir da provocação da parte ou do Ministério Público, quando este vier a intervir no processo.

Entendo que esse dispositivo encontra plena compatibilidade com o Processo do Trabalho, pois ainda que nesta justiça especializada os atos de execução possam ser praticados de ofício, nos termos do art. 878 da CLT, por certo que a **norma** a ser extraída é aquela que assegura a prática de atos de ofício destinados à persecução de bens do devedor e não aquela que autorizaria, sem pedido da parte, o redirecionamento da execução para parte diversa daquela que se encontra apontada no título executivo e que, portanto, é um terceiro em relação à lide até então estabelecida.

O parágrafo primeiro⁽²⁾ do art. 133 deixa claro que somente poderá ser autorizada a desconconsideração da personalidade jurídica quando forem observados os pressupostos estabelecidos em lei.

Ocorre que existem basicamente duas leis tratando deste tema.

Temos o art. 50 do Código Civil que estabelece: *“... Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”*

(1) O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber falar no processo.

(2) O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

Esse instituto é tratado pela doutrina e jurisprudência como sendo a **Teoria Maior** da Desconsideração da Personalidade Jurídica das empresas.

Como contraponto a este entendimento, temos o art. 28 da Lei n. 8.028/90 (Código de Defesa do Consumidor), no seguinte sentido: “(...) O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Trata-se da denominada **Teoria Menor** da Desconsideração da Personalidade Jurídica, assim considerada por contar com pressupostos mais elásticos em relação à norma prevista no Código Civil, cujo objetivo é possibilitar a reparação de danos ao consumidor hipossuficiente na relação estabelecida com os fornecedores de produtos e serviços.

3. Da lei a ser aplicada no processo do trabalho

Por haver aproximação ideológica e principiológica com o Processo do Trabalho, é a **Teoria Menor** que tem sido adotada na Justiça do Trabalho, notadamente em face do disposto no § 5º acima reproduzido, no sentido de que a simples criação de obstáculo pela pessoa jurídica já é requisito suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

Nesse sentido as seguintes ementas:

Agravo de Instrumento. Responsabilidade do Sócio. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação no Direito do Trabalho sempre que não houver patrimônio da sociedade, quando ocorrer

dissolução ou extinção irregular ou quando os bens não forem localizados, respondendo os sócios de forma pessoal e ilimitada, a fim de que não se frustrasse a aplicação da lei e os efeitos do comando judicial executório. Por outro lado, para que o reclamado se beneficiasse do disposto no art. 10 do Decreto n. 3.708/19, era necessário que comprovasse que o outro sócio excedeu do mandato ou que praticou atos com violação de contrato ou da lei, o que não é o caso. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-22289-2002-900-09-00) 5ª Turma, relator Min. João Batista Brito Pereira.

“Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Penhora sobre bem de sócio. Aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto para a efetividade da execução e, nesse sentido, vem-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em consequência, o julgamento, em última análise, tem motivação fundada no art. 28 da Lei n. 8.078/90, sem importar em afronta direta aos incisos II, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.” (AIRR-1517-2001-013-03-00 – publicado no DJ de 21.5.2004- 2ª Turma do TST).

O que temos, então, é que no Processo do Trabalho a lei a ser utilizada é aquela aplicável aos consumidores, hipossuficientes na relação jurídica estabelecida, tanto quanto o são os trabalhadores na relação de emprego firmada com os seus empregadores.

4. Do procedimento a ser adotado

Seguindo adiante na análise dos artigos que compõem o instituto em questão, verifica-se que ficou estabelecida a possibilidade de instauração do mecanismo em qualquer fase do processo, quer seja de conhecimento ou execução (art. 134 do novo CPC).

Naturalmente que não se mostra necessária a instauração do incidente naquelas hipóteses em que o sócio da empresa devedora foi relacionado no polo passivo desde o ingresso da petição inicial (§ 2º).

A partir da instauração do incidente suspende-se o processo, para viabilizar a análise e decisão, o que somente vai ocorrer após a manifestação do sócio, que tem o prazo de quinze dias para apresentar defesa nos autos (art. 135 do novo CPC).

É exatamente este o procedimento tão atacado na seara trabalhista, sob o argumento de que estabelecer um iter procedimental prévio à inclusão do sócio e constrição de bens poderá tornar ineficaz futura busca por bens ou bloqueio de valores em contas correntes, ou seja, o procedimento se traduzirá em mais um empecilho para a efetivação da prestação jurisdicional.

Ocorre que a tentativa de disciplinar a desconsideração de personalidade jurídica não se mostra de todo inédita na Justiça do Trabalho.

Em face das inúmeras discussões envolvendo a conduta correta a ser adotada na Justiça do Trabalho para solucionar questões afetas à forma de proceder-se à desconsideração da personalidade jurídica das empresas e ante a existência de **omissão** na CLT, a respeito do procedimento a ser adotado, se fazia necessária a uniformização dos procedimentos.

O que tínhamos era uma plethora de procedimentos diversos adotados em cada Vara do Trabalho, ao sabor unicamente do entendimento do Juiz da execução, com inúmeras decisões nas quais os sócios eram incluídos no polo passivo e tinham bens apreendidos sem sequer ter sido regularmente incluídos no polo passivo.

Por esta razão, entendeu por bem a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho regular esta questão, fazendo incluir na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho o art. 68, que prevê o procedimento a ser adotado diante de pedidos de desconsideração da personalidade jurídica dos devedores.

O procedimento previsto segue abaixo:

“Desconsideração da Personalidade Jurídica

Art. 68. Ao aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão

fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:

I – determinar a reatuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista;

II – comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões no Judiciário do Trabalho a inclusão do sócio no polo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso;

III – determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 596 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência ou não da sua responsabilidade executiva secundária.

Art. 69. Comprovada a inexistência de responsabilidade patrimonial do sócio por dívida da sociedade, mediante decisão transitada em julgado, o juiz que preside a execução determinará ao setor competente, imediatamente, o cancelamento da inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso.”

A grande diferença entre o procedimento preconizado pelo novo CPC e aquele previsto na Consolidação dos Provimentos diz respeito ao momento em que será autorizada a apreensão dos bens.

No caso do novo CPC a penhora de bens exige o prévio contraditório, ao passo que na Consolidação das Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho a apreensão pode ocorrer **previamente**, e somente após essa garantia do juízo é que o sócio pode, por intermédio dos embargos à execução, discutir o acerto ou não da medida que o integrou à lide, na condição de responsável.

Perceba-se que não está em discussão aqui a existência ou não da responsabilidade dos sócios, pois quanto a isto existe expressa previsão legal, conforme se verifica do disposto

no art. 596 do CPC: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem o direito de exigir que sejam primeiro executidos os bens da sociedade. § 1º Cumpra ao sócio que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembaraçados, quantos bastem para pagar o débito”.

É exatamente para viabilizar o direito assegurado em lei que o novo CPC exige a intimação prévia do sócio para que indique bens da sociedade livres de ônus e passíveis de penhora, ou, por outro lado, comprove nos autos a razão ou as razões que o levam a entender que não responde pelos débitos da sociedade.

Não é incomum que as descon siderações de personalidade jurídica e inclusão de sócios sejam efetuadas com base em alterações contratuais desatualizadas que se encontram juntadas aos autos e também não é raro que o sócio incluído já tenha se desligado da sociedade há muito mais do que os dois anos aos quais alude o art. 1.003, parágrafo único do CC, de modo que do ponto de vista legal já não responde mais, sequer de forma subsidiária, pelos débitos da sociedade.

Não é raro, também, que o sócio intimado apresente bens da sociedade que o exequente, até então, não havia conseguido apresentar ao juízo da execução.

Enfim, existem diversas situações de fato que não só justificam como até mesmo exigem a prévia intimação do sócio do devedor para que compareça em juízo e apresente seus fundamentos para justificar a ausência de responsabilidade quanto ao pagamento da dívida em execução.

5. Da aplicação do procedimento previsto no novo CPC no direito do trabalho

Entendo, portanto, plenamente aplicável este procedimento ao Processo do Trabalho, pois, sem descurar do fato de que este ramo do

Direito possui institutos e princípios próprios, ainda assim o Direito do Trabalho, e em especial o Processo do Trabalho, há que se resignar com a condição de que se submete aos influxos do Direito Constitucional.

Este ramo especializado do Direito não se trata de um ramo estanque do ordenamento jurídico, não podendo negligenciar normas basilares do Direito Processual Constitucional, que prevêm que: “*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 (...)*”.

Até mesmo o Direito Processual do Trabalho deve render homenagens à Constituição da República e ali está estabelecido de forma bastante contundente que: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (art. 5º, LIV); bem como de que: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.*” (art. 5º, LV).

Perceba-se que uma das “pedras de toque” do novo Código Civil é exatamente a exaltação do Princípio do Contraditório, exigindo-se a intimação da parte contrária ainda que a questão a ser dirimida possa ser arguida de ofício pelo magistrado (arts. 9 e 10)⁽³⁾.

A análise da sua exposição de motivos não deixa dúvidas quanto a este desiderato, conforme se verifica do seguinte trecho:

”1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluísem no Código, expressamente,

(3) Art. 9 – Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10 – O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

princípios constitucionais, na sua versão processual.

Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.”

Possibilitar ao sócio da empresa devedora a manifestação antes de ter seus bens apreendidos não se trata, portanto, de qualquer favor concedido por magnanimidade deste ou daquele Juiz do Trabalho, e sim imposição que deriva da lei e da Constituição da República.

Se é certo que esta medida poderá vir a representar esvaziamento do patrimônio do sócio, não é menos certo que quando estamos diante de suspeita de má-fé do devedor, o ordenamento jurídico coloca à disposição do credor medidas cautelares de arresto passíveis de contornar essa situação.

Não obstante a ação cautelar autônoma tenha sido proscrita do regime, as medidas/tutelas cautelares ainda se encontram em pleno vigor, conforme se constata do disposto no Título II do Livro V da Parte Geral do novo CPC (Da Tutela Provisória).

Não se olvide de que mesmo para os sócios das empresas executadas, ainda existe a presunção de boa-fé, e eventual alegação de má-fé — se comprovada —, autorizará o manejo de tais medidas acautelatórias.

O que não se pode, no meu entender, é determinar a apreensão indiscriminada de bens de terceiro que sequer foi formalmente integrado à lide, sem possibilitar-lhe o acesso ao contraditório e sem viabilizar minimamente sua manifestação e defesa nos autos, tudo sob o pálio de uma suposta prevalência do direito

do credor hipossuficiente, em detrimento de todos os demais princípios que informam o Direito Constitucional Processual.

Existe malferimento até mesmo ao art. 8º da CLT que assim disciplina esta questão: “(...) As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”.

O interesse público a ser preservado é acima de tudo o direito ao processo legal justo, com contraditório formado e com a possibilidade de defesa de terceiros incluídos na lide, e esse interesse deve prevalecer inclusive em face do direito do credor trabalhista, pois, repise-se, este ramo do direito embora informado por Princípios próprios, não se mostra uma ilha isolada e estanque do ordenamento jurídico e por esta razão deve observar não só a Constituição, como também as demais normas jurídicas que lhe servem de sustentação, dentre elas, notadamente, o Direito Processual Comum.

O Princípio da Legalidade deve sempre ser prestigiado, sob pena de cairmos no puro arbítrio dos julgadores.

Perceba-se que um dos vetores do novo CPC foi o direito ao contraditório e esse valor não pode ser negligenciado pelo Processo do Trabalho, que deve, além disso, observar também o disposto no art. 7º:

“É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

No mesmo sentido o art. 8º:

“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do

bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, vetores esses que asseguram um procedimento ético, justo e equilibrado, o que em nada se contrapõe ao que preconiza o Direito Processual do Trabalho.

Ao adotar-se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica o que teremos é um accertamento prévio da situação jurídica do sócio, que caso se entenda que efetivamente deve fazer parte da lide, poderá, após a garantia do juízo, apresentar embargos à execução (que muito dificilmente terá decisão diversa daquela já tomada quando da análise do incidente) e levar esta questão até o segundo grau de jurisdição, com a apresentação de agravo de petição, tudo nos termos já consagrados pela Consolidação dos Provimentos anteriormente mencionada.

Perceba-se que sequer será necessária uma instrução mais aprofundada sobre este tema, pois ordinariamente o que teremos será uma petição do sócio apontando os fundamentos pelos quais entende que não deva responder pelo adimplemento da dívida da sociedade. Por outro lado, haverá uma manifestação do credor em sentido contrário, e a partir de então estará viabilizada a decisão interlocutória a ser promovida pelo juízo, com base apenas na documentação juntada, sem necessidade de instrução mais complexa a respeito (art. 136 do novo CPC).

A instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, como se pretendeu demonstrar, em nada se choca com os Princípios do Direito do Trabalho, pois mesmo neste ramo do direito a presunção da boa-fé há que prevalecer, a formação do contraditório há que ser respeitada e a viabilização da ampla defesa deve ser assegurada. Estes valores notadamente vão ao encontro dos princípios éticos e da busca da aplicação da justiça que, acima de tudo, deve inspirar todos os julgadores, de qualquer ramo do Poder Judiciário.

Importante remarcar aqui que não podemos nos olvidar das características intrínsecas do ordenamento jurídico, quais sejam: a unidade a coerência e a completude⁽⁴⁾.

A unidade do ordenamento se dá a partir da observância de todas as normas aplicáveis à regulação do fenômeno jurídico, observada a preponderância axiológica da Constituição da República, pois se trata da norma fundamental do ordenamento jurídico, representando o: “(...) termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes de direito podem ser remontadas a uma única norma.”⁽⁵⁾

É precisamente esta unidade do ordenamento que está em jogo quando um dos ramos do direito se considera autorizado a desprezar preceitos Constitucionais e dispositivos legais para, por meios questionáveis, atingir os fins de satisfação dos créditos trabalhistas, em desatenção a princípios mezinhos do contraditório e da ampla defesa.

6. Considerações finais

Estamos diante de profundas alterações produzidas pelo novo Código de Processo Civil que ainda se encontra no período de *vacatio legis*, e essa fase se presta exatamente a examinar a extensão e alcance dos novos institutos trazidos a lume com a nova Codificação e verificar em que medida essas alterações poderão ou deverão ser adotadas no Processo do Trabalho.

O que se procurou demonstrar, com o presente texto, é a plena aplicabilidade ao Processo

(4) BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Editora UNB, 10. ed.

(5) Obra citada, p. 49,

do Trabalho do “incidente de desconsideração da personalidade jurídica” previsto no novo CPC, pois não existe aqui qualquer prejuízo aos Princípios que informam o Processo do Trabalho. Pelo contrário, existe, isso sim, a reafirmação deste ramo do direito especializado com a concretização da Justiça, de forma equânime, ponderada, razoável e célere, sem que esta última característica possa ser utilizada como argumento para que todos os demais institutos e princípios do Direito sejam ignorados, sem atenção para uma visão sistêmica do ordenamento jurídico a qual, naturalmente, o Direito do Trabalho não pode simplesmente ignorar.

A Consolidação das Leis do Trabalho não contempla o procedimento a ser adotado na hipótese de pedidos de desconsideração da personalidade jurídica. Desta forma, mostra-se autorizada a integração do ordenamento jurídico especializado com a utilização supletiva dos dispositivos constantes do novo CPC, tudo por força do disposto no art. 15 deste diploma legal combinado com o art. 769 da CLT.

O Processo do Trabalho, embora dotado de Princípios específicos e com plena autonomia doutrinária e científica, não pode ser encarado

como uma ilha isolada dentro do ordenamento jurídico, devendo, ao contrário, procurar o diálogo com os demais ramos do Direito, em especial do Direito Processual Comum e, acima de tudo, do Direito Processual oriundo diretamente da Constituição da República, de forma a concretizar o postulado da Unidade do ordenamento jurídico, corolário da visão sistêmica e hierárquica próprias deste ramo da ciência.

A visão fragmentada do ordenamento jurídico pode levar à solução de um caso concreto de maneira mais ágil e prática, sem dúvida, porém o preço a pagar será o da insegurança jurídica, do arbítrio judicial, do desprezo à legalidade e à Constituição, o que seguramente não interessa à sociedade como um todo, que precisa contar com normas estáveis, seguras, previsíveis e regulares, pois este é o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito.

7. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Ed. UNB, 10. ed.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Edipro, 3. ed.

A audiência pública como instrumento de efetividade dos direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas — uma abordagem sob a ótica do novo Código de Processo Civil

Neiva Marcelle Hiller^(*)

Resumo:

- Com o reconhecimento dos direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas, mostra-se necessário que o direito processual seja remodelado, agora no sentido de possibilitar meios coletivos de tutela. A audiência pública na justiça do trabalho revela-se importante ferramenta no auxílio do julgador na formação de sua convicção, bem como possibilita que a coletividade interessada participe efetivamente do processo. O novo Código de Processo Civil ressalta a necessidade de ações coletivas para demandas repetitivas, bem como integra a audiência pública nas práticas dos tribunais, quando instaurados Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas — IRDR. Alguns Tribunais Regionais do Trabalho têm engendrado esforços no sentido de disciplinar o procedimento da audiência pública, pois reconhecem a necessidade de prestar efetividade ao princípio da soberania popular consagrado no art. 1º da CRFB/1988.

Palavras-chave:

- Direitos individuais homogêneos — Direitos coletivos — Tutelas coletivas — Audiência pública.

Abstract:

- Due the recognition of collective and individual labor homogeneous rights, it is essential that the procedural law is refurbished, in order to allow collective protection means. In Labor Justice, the public hearing is an important tool for the formation of the Judge's conviction, which enables the interested community to effectively participate the litigation process. The new Civic Procedure Code Emphasizes the necessity of collective actions for litigation process that has the same subject, as well as integrates the public hearing in

(*) Advogada, especialista em Direito do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho 12ª Região — EMATRA 12.

Labor Court's praxis, in occasions that "Repetitive Demands Incident Resolution (IRDR)" are established. Several Labor Courts have gathered efforts to discipline the procedure of the public hearing, since they recognize the need to put in to practice the Popular Sovereignty Principle, established in the first article of Brazil's 1988 Constitution.

Keywords:

- Individual homogeneous rights — Collective rights — Collective protection — Public hearing.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A pós-modernidade e suas exigências
- 3. Direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas
 - 3.1. Direitos coletivos trabalhistas
 - 3.2. Direitos individuais homogêneos
- 4. A audiência pública na Justiça do Trabalho
 - 4.1. O novo Código de Processo Civil e a audiência pública na Justiça do Trabalho
 - 4.1.1. Propositura de ação coletiva — judiciário como ente comunicador
 - 4.1.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — IRDR — judiciário ativo
- 5. A audiência pública nas práticas dos Tribunais Trabalhistas
 - 5.1. Portaria n. 5/2013, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro
 - 5.1.1. A dupla função dos motoristas de ônibus no Estado do Rio de Janeiro
 - 5.2. Provimento n. 12/2011 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
 - 5.2.1. Critérios de cálculo da complementação definitiva de aposentadoria da CEEE, para empregados vinculados ao Plano Único e cujos contratos estavam em curso durante a vigência do Regulamento de 1979 da Fundação ELETROCEEE
 - 5.3. Estudos sobre audiência pública no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região
- 6. Considerações finais
- 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

O tratamento jurídico concedido à coletividade de trabalhadores sempre foi deficiente. Ao passo que muitos direitos foram reconhecidos ao "sujeito coletivo", as relações processuais de caráter coletivo ainda são insuficientes e inadequadas à efetividade de tais direitos. Ao lado do reconhecimento dos direitos coletivos

e individuais homogêneos trabalhistas, mostra-se imprescindível que as vestes procedimentais para tutelá-los não sejam aquelas utilizadas à tutela de direitos individuais ou público estatais, mas suficientes para atender a suas próprias e reais exigências.

A exposição de motivos do Código modelo de processos coletivos para Ibero-América

reconhece que o processo tradicional não se presta à defesa dos direitos e interesses coletivos ou transindividuais⁽¹⁾, evidenciando que os conceitos a eles associados também se mostram inadequados às necessidades inerentes às formas coletivas de tutela processual. Neste sentido, adverte José Isaac Pilati:

O sujeito de direito, agora, não é mais o indivíduo encastelado no direito real *erga omnes*, mas também a coletividade; os bens coletivos não são de propriedade do Estado com seu direito administrativo, mas de todos os cidadãos. No campo do processo judicial, o juiz, por isso mesmo, já não é um juiz que só responde a perguntas de indivíduos (públicos ou privados); mas um magistrado que uma vez chamado, preside o exercício de direitos coletivos fundamentais⁽²⁾.

Perante o judiciário trabalhista, a ausência de mecanismos próprios ao trato dos direitos coletivos, além de contribuir para a manutenção de um judiciário abarrotado, tem permitido que sentenças e acórdãos distintos sejam proferidos para casos idênticos. Exemplo disso é a dupla função dos motoristas de ônibus existente em diversos Estados brasileiros⁽³⁾. Alguns julgadores entendem tratar-se de acúmulo de função, já outros, que a norma coletiva que instituiu o acúmulo de função está correta, pois não viola frontalmente qualquer norma legal de ordem pública. Indubitável que questões como esta, que envolvem direitos coletivos, merecem um tratamento diferenciado, sobretudo que possibilite aos julgadores obterem informações suficientes ao correto e uniforme julgamento dos processos.

É neste contexto, que se apresenta e se discute a inserção da audiência pública nas

práticas do judiciário trabalhista que, além de democratizar o processo do trabalho no que tange aos conflitos coletivos, contribuirá ao adequado entendimento dos julgadores quanto aos fatos colocados a julgamento.

A audiência pública se mostra importante, sobretudo, pelo fato de que os direitos coletivos e os individuais homogêneos, não merecem trajes procedimentais de direitos puramente individuais, mas necessitam de mecanismos de tutela próprios, que possibilitem a coletividade interessada participar do processo decisório de assuntos a ela relacionadas.

Em que pese, o art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho⁽⁴⁾ consigne que os juízes e tribunais do trabalho possuem ampla liberdade na direção do processo e que velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas; não se tem verificado, na prática, a adoção de mecanismos diferenciados à tutela de direitos coletivos.

Neste contexto, o novo Código de Processo Civil⁽⁵⁾, vem ressaltar a necessidade de um tratamento diferenciado aos conflitos individuais repetitivos, impondo ao juiz do processo, além da necessidade de propositura de ações coletivas para tais casos, a possibilidade da realização de audiências públicas com o fito de subsidiar o julgamento eficaz do processo.

O NCPC, em seu art. 976, prevê a instauração de *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — IRDR*⁽⁶⁾ quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. No art. 983, § 1º, do NCPC, consta que, para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

(1) Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutela-coletiva/download/codigomodelo_exposicao-demotivos_2_28_2_2005.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

(2) PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 134.

(3) A título exemplificativo, tal fato tem ocorrido em cidades do Estado do Rio de Janeiro e Santa Catarina.

(4) Doravante será denominada CLT.

(5) Doravante será denominado NCPC.

(6) Doravante será apenas denominado de IRDR.

Além disso, o art. 139, inc. X, do NCP, dispõe que incumbe ao juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

As disposições do NCP, são perfeitamente aplicáveis ao processo do trabalho por força de seu art. 15⁽⁷⁾ e art. 769⁽⁸⁾ da CLT.

A opção político-constitucional definida pelo Estado Democrático de Direito prevê uma série de objetivos, tarefas, direitos e obrigações de ordem política, econômica e social, com pretensão de realização e efetividade, é necessário que existam mecanismos infraconstitucionais que viabilizem esses apontamentos e atendam às necessidades da sociedade. O NCP vem abrir caminho à criação de outras disposições legais que visem alçar os direitos coletivos à situação de protagonistas, merecedor de ferramentas de tutelas adequadas às suas características essenciais.

Portanto, este escrito aborda a utilização da audiência pública na Justiça do Trabalho, como instrumento de efetividade dos direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas, amparado nas exigências pós-modernas e nas disposições do NCP.

2. A pós-modernidade e suas exigências

Em que pese os direitos coletivos terem sido proclamados no pós-Segunda Guerra Mundial, a visão do homem corporativo como sujeito de direitos ascendeu com o chamado Estado

social, pós-Primeira Guerra Mundial. Os interesses da classe burguesa predominantes no Estado liberal passaram a ceder parte do seu espaço aos interesses da classe trabalhadora no Estado social. O modelo de Estado liberal:

(...) funcionava como um instrumento a serviço da burguesia, uma vez que: dificultava sobremaneira o direito de associação, abandonava o mercado aos economicamente poderosos e reconhecia os postulados da liberdade e da igualdade apenas no campo formal, reduzida a meros direitos de defesa ante o Estado e não como direitos de participação política da sociedade⁽⁹⁾.

Já no modelo do Estado social trabalhou-se, no plano político, o sentido de manter a segurança interna e externa do país; no plano jurídico, construir o Estado de Justiça e, no plano social, atender as necessidades assistenciais, previdenciárias e educacionais da coletividade⁽¹⁰⁾.

Assim, seguindo o modelo de Estado social, a CRFB/1988:

(...) confere prioridade ao trabalho humano (em face do capital); da ênfase à existência digna (frente a acumulação); impõe a defesa do ambiente em detrimento da exploração econômica (responsabilizando produtos, serviços e processos por impactos negativos); pretende a inclusão social, no sistema produtivo; e persegue a redução das desigualdades regionais e sociais (direito difuso em favor dos atores sociais atingidos pela desigualdade)⁽¹¹⁾.

Percebe-se que, com o advento do Estado social, a propriedade privada passou a ser vista

(7) Art. 15 – Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

(8) Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

(9) SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. *A Tutela dos Direitos Coletivos em Face do Modelo de Estado Social Brasileiro*. 2009. 168 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Ribeirão Preto. Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, 2009. p. 67.

(10) *Idem*.

(11) PILATI, José Isaac. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 100.

sob o prisma da sua “função social” que “implica admitir que a racionalidade econômica não seja absoluta, nem a produtividade por si só baste para satisfazer os desígnios primordiais do Direito, que é proteger a espécie humana e a perpetuidade da civilização”⁽¹²⁾.

Neste contexto, infere-se que os momentos pós-guerras mundiais tiveram eventos importantes: o afrouxamento das amarras privatistas oriundas do Estado liberal e a afirmação dos direitos de terceira dimensão, nos quais estão inseridos os direitos coletivos e individuais homogêneos.

Diante disso, pode-se afirmar que os direitos coletivos se destacaram com o advento do Estado social, mas demandam, cada dia mais, um espaço especial, um espaço para se desenvolverem, não apenas no campo teórico de afirmação, mas, sobretudo, no campo prático de tutela.

O estudo dos direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas, seus institutos, seus titulares e as suas formas de tutela têm sido um desafio aos estudiosos do direito na pós-modernidade. Cada vez mais se tem percebido que a melhor forma de resolver problemas que afetam um grande número de pessoas é fazer do conjunto uma unidade, concedendo o espaço democrático que merecem e uma resposta jurídica igual a todos que estejam submetidos ao mesmo problema.

A respeito da modernidade e da pós-modernidade, pode-se afirmar que a primeira é focada no paradigma centrado no Estado como ente superior separado da Sociedade, legitimado por democracia formal representativa; já a segunda, atinge o núcleo duro da modernidade, ou seja, a unidade da soberania estatal em mãos de representantes – fazendo insculpir na Constituição Federal de 1988⁽¹³⁾ que: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou

diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único).

O professor José Isaac Afirmar Pilati entende que a modernidade:

É um modelo simples, cego de um olho (para o coletivo) que convive tolerante com diferenças sociais que não consegue ver, nem solucionar com suas políticas e muito menos com seu sistema de justiça legalista e emperrado; sistema ao qual não interessa o conflito em sua realidade fática integral, casuística, mas filtrado, antisséptico, metafísico; aos pedaços num cipoal de formalidades (...)⁽¹⁴⁾.

A CRFB/1988 veio para romper com a modernidade engessada no modelo de democracia representativa e conceder o merecido espaço que a democracia participativa merece, com a participação efetiva da sociedade nas decisões sociais, seja por meio de audiências públicas, consultas públicas ou iniciativa popular.

Assim, com a CRFB/88, em especial depois da Emenda Constitucional n. 45/04, a pós-modernidade jurídica veio resplandecente e trouxe nova noção de soberania, agora partilhada com a Sociedade; direitos sociais, função social, política judiciária com a liderança do Conselho Nacional de Justiça⁽¹⁵⁾.

A nova realidade que emergiu com a CRFB/1988 e que alçou o agente coletivo à condição de transformador da realidade social em que vive, fez com que o papel do jurista pós-moderno também se remodelasse. A atenção que antes era direcionada a uma realidade mais individualista passou a ser direcionada a uma realidade mais coletivista e participativa.

Importante acrescentar outro fato essencial à tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos — a Lei n. 7347/85 —, que instituiu a ação civil pública:

(12) PILATI, José Isaac. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 72.

(13) Doravante ser denominada CRFB/1988.

(14) PILATI, José Isaac. *Audiência pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 23-24.

(15) *Ibidem*, p. 24.

A partir da entrada em vigor da Lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985, que verdadeiramente instituiu a ação civil pública no Brasil, operacionalizou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma revolução, transformando-se de ordenamento de tutela jurisdicional de direito individual, para ordenamento de tutela jurisdicional também de direitos e interesses massificados⁽¹⁶⁾.

A pós-modernidade exige que seja redefinido os objetos, sujeitos e processos, e que seja aberto espaço a novas práticas jurídicas em favor do Estado, dos Indivíduos e da Sociedade; que reintroduza na mediação do Direito a dimensão coletiva, a começar pela ampliação da classificação de bens. Isso porque, ao lado dos bens públicos e privados da modernidade, a pós-modernidade inaugura os bens coletivos constitucionais⁽¹⁷⁾.

Enfim, pode-se dizer que os direitos coletivos são frutos da pós-modernidade e podem ser caracterizados como “novos direitos” em que:

(...) seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre indivíduos e o Estado), pois dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado, mas, agora, à abertura holística da coletividade humana para com a natureza⁽¹⁸⁾.

Nesta senda o estudo desses “novos” direitos exige pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar a sua materialização

e para garantir sua tutela jurisdicional, seja por meio de um novo Direito Processual, seja por meio de uma Teoria Geral das Ações Constitucionais⁽¹⁹⁾.

3. Direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas

3.1. Direitos coletivos trabalhistas

Os direitos coletivos são aqueles considerados de terceira dimensão, juntamente com os direitos metaindividuais, difusos, de solidariedade e do desenvolvimento, que tiveram a proteção iniciada após a Segunda Guerra Mundial – 1945-1950⁽²⁰⁾.

Para Pilati, bens coletivos “são todos aqueles que a constituição vigente garante a todos como fundamentais; que não pertencem a ninguém individualmente e dos quais só se pode dispor coletivamente (...)”⁽²¹⁾.

O art. 81, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor⁽²²⁾ — Lei n. 8.078/90 —, define interesses ou direitos coletivos como sendo aqueles transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Desta forma, direito coletivo:

Nasce da ideia de corporação, na medida em que são determináveis quanto a um grupo ou categoria. Entretanto, são direitos metaindividuais por não serem atribuídos aos membros de modo isolado, mas de forma coletiva, os quais estão unidos por uma mesma relação jurídica base⁽²³⁾.

(16) ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva. 2003. p. 263-265.

(17) PILATI, José Isaac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 25.

(18) WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: A. C. Wolkmer; J. R. M. Leite (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil*: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 17.

(19) *Idem*.

(20) *Idem*, p. 23.

(21) PILATI, José Isaac. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 118-119.

(22) Doravante será denominado CDC.

(23) MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 355.

Para Mauricio Godinho Delgado, conflitos coletivos trabalhista são aqueles que:

Atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviços, quer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo a categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla⁽²⁴⁾.

Na seara trabalhista, são exemplos de interesses coletivos: a eliminação dos riscos no meio ambiente de trabalho, no interesse exclusivo dos trabalhadores da empresa; demissão coletiva de trabalhadores durante uma greve; descumprimento generalizado de cláusulas convencionais⁽²⁵⁾.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite, aplicável ao caso hipotético de trabalhadores da empresa “Z” que buscam a obtenção de um meio ambiente de trabalho seguro:

Se esse grupo de trabalhadores objetiva a eliminação dos riscos à vida, à saúde e à segurança, emerge aí o interesse coletivo do grupo (transindividual), de natureza indivisível (eliminando-se os riscos, todos serão beneficiados indistinta e simultaneamente), cujos titulares (o grupo dos trabalhadores da empresa Z) estão ligados entre si (empregados da mesma empresa) e com a parte contrária (empregador), através de uma relação jurídica base (vínculo organizacional, no primeiro caso, e relação empregatícia, no segundo)⁽²⁶⁾.

No que tange aos sujeitos, Mauricio Godinho Delgado afirma que no Direito do Trabalho os sujeitos dos Direitos Coletivos são “os sindicatos,

embora também os empregadores possam ocupar essa posição, mesmo que agindo de modo isolado”⁽²⁷⁾. Isso porque “tal diferenciação ocorre porque os trabalhadores somente ganham corpo, estrutura e potência de ser coletivo através de suas organizações associativas de caráter profissional, no caso, os sindicatos(...)”⁽²⁸⁾.

Contudo, o entendimento de que os Sindicatos sejam sujeitos dos direitos coletivos pode não ser o mais adequado, pois é possível afirmar que sujeitos coletivos são o próprio corpo social e que os sindicatos são entidades associativas que os representam. Assim temos os representantes (sindicatos) e representados (trabalhadores). Por meio de uma entidade associativa — o sindicato — é que os trabalhadores têm os seus direitos coletivos resguardados e tutelados.

3.2. Direitos individuais homogêneos

O art. 81, inc. III, do CDC, define interesses ou direitos individuais homogêneos como sendo aqueles de origem comum, ou seja, que “se originam na mesma situação de fato ou de direito, os titulares são determinados, e o interesse é divisível e disponível”⁽²⁹⁾.

Salvador Franco de Lima Laurino afirma que a dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos decorre de dois elementos: a origem comum do direito e; a homogeneidade, que significa a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais de cada integrante dessa pluralidade de pessoas⁽³⁰⁾.

(24) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.316.

(25) MELO, Simão de Melo. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 87-88; apud SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1.374.

(26) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001. p. 58-59.

(27) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.344.

(28) *Idem*.

(29) SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr 2015. p. 1.374.

(30) LAURINO, Salvador Franco de Lima. Revista da Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo. v. 105, 2010. p. 122-123. Questões atuais sobre a substituição processual. *Revista do TST*, Brasília, v. 74, n. 3, p. 97, jul./set. 2008; apud MALLETT, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 128, 2010.

Há quem entenda que direitos individuais homogêneos não são espécie de direitos coletivos⁽³¹⁾, pois são direitos subjetivos individuais⁽³²⁾ e apenas se sujeitam a tutela coletiva, por conta da homogeneidade que apresentam⁽³³⁾. Contudo, segundo DIDIER, com base na doutrina de BARBOSA MOREIRA, os direitos coletivos *latu sensu* subdividem-se em: Essencialmente Coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e; Acidentalmente Coletivos (individuais homogêneos)⁽³⁴⁾.

Sobre esta divergência doutrinária, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que “direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11.9.1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos (...)”⁽³⁵⁾.

Na seara trabalhista são exemplos de interesses ou direitos individuais homogêneos: o pedido de pagamento de adicionais de periculosidade, insalubridade a trabalhadores

de uma empresa, pagamento de horas extras etc.⁽³⁶⁾

Contudo, é necessário cautela e reflexão quanto a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. O professor Estêvão Mallet ensina que:

A mera origem comum não é suficiente para a caracterização dos direitos como homogêneos, ao contrário do que pareceu ao legislador do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Para tomar exemplo expressivo, pode-se considerar a hipótese de horas extras. O não pagamento de horas extras à totalidade dos empregados decorre certamente de origem comum, por conta do mesmo comportamento omissivo do empregador, dirigido à generalidade de seus empregados. No entanto, nem sempre há homogeneidade dos direitos. No mais das vezes, simplesmente não prestam serviços além da jornada contratada. Outros, embora o façam, compensam o excesso de trabalho em um ou alguns dias com redução do horário em dias sucessivos, na forma do art. 59, § 2º, da CLT, de modo que não têm direito a pagamento adicional. Há ainda os que, mesmo sem compensação de horário, não são credores de nenhum pagamento, diante das excludentes do art. 62, inc. I e II, da CLT. Por fim, para os que efetivamente devem receber horas extras, a variação de tempo excedente impõe exame particularizado de cada situação individual. Não há como, em tal contexto, pretender tratar coletivamente os diferentes direitos individuais, para resolver, em um único processo, todos os litígios⁽³⁷⁾.

Neste contexto, se for proferido uma sentença em processo coletivo que condene determinada

(31) STF – Tribunal Pleno, RE n. 163.231/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, jul. em 26.2.1997 in *DJU* de 29.6.2001, p.55.

(32) GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 30; *apud* MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. v. 105, p. 123, 2010.

(33) ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade da disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34; *apud* MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. v. 105, p. 123, 2010.

(34) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 73. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984. 3ª série, p. 195-197.

(35) STF, RE n. 163.231, relator Ministro Maurício Corrêa, Data: 3.8.2001; STF, AI IgR 559.141, relator Ministro Marco Aurélio de Mello, Data: 24.8.2011.

(36) SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1..374.

(37) MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. v. 105, p. 122-123, 2010.

empresa a pagar horas extras aos seus empregados, por exemplo, estaríamos diante de uma sentença genérica, que simplesmente replicaria o teor de um comando legal que determina o pagamento de horas extras em caso de labor extraordinário.

Em outras palavras, “sentença que apenas enuncia provimento abstrato não resolve o litígio. Não solve o concreto conflito de interesses trazido a julgamento. Nada acrescenta ao que antes já existia na própria lei. Apenas repete algo que o ordenamento jurídico prescreve”.

Denota-se, portanto, que o direito individual apto a ensejar ação coletiva, IRDR e audiências públicas, deve ser, realmente, homogêneo e não apenas temático.

4. A audiência pública na Justiça do Trabalho

A audiência pública é um instrumento intimamente ligado às práticas democráticas e propicia a tomada de determinada decisão administrativa com legitimidade e transparência.⁽³⁸⁾ Para Alexandre Gavronski a audiência pública é:

[...] ato público, de caráter consultivo, regido pela oralidade e aberto à população interessada em determinada matéria de relevância coletiva que lhe serve de objeto, destinado a garantir transparência e participação da população na decisão a ser tomada, incrementando-lhe a legitimidade e a aproximando da realidade e necessidades que informam a questão⁽³⁹⁾.

As finalidades da audiência pública são “informar, colher subsídios, debater, rever e analisar os fatos concretos do assunto apresentado, para posterior julgamento. As audiências públicas são as reuniões coletivas que envolvem

a participação de todos os interessados afetados ou não, que objetiva discutir o assunto colocado em pauta.

Assim, é necessário encarar a audiência pública:

(...) como processo coletivo deliberativo, em que a coletividade constrói e a autoridade convoca, coordena, ordena, e se estiver de acordo, homologa o acordo coletivo. Não usurpa os poderes soberanos da participação, não abusa da prerrogativa estatal, não desvia o processo para a esfera representativa de decisão⁽⁴⁰⁾.

Nesta perspectiva, deixa-se de interpretar leis, pura e simplesmente, para construir uma solução casuística, com base na participação popular, no consenso e no estudo social interdisciplinar.

O crescente uso de vias alternativas de solução de controvérsia, como a mediação⁽⁴¹⁾ e a arbitragem⁽⁴²⁾, também gravitam nessa realidade. Assim, trata-se, sem dúvidas, de uma fase de transição do velho modo de pensar e tratar o direito, individualista e concentrada basicamente no poder estatal, para uma forma mais democrática e participativa da Sociedade.

Foram as Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 que inicialmente abordaram a audiência pública no âmbito do Poder Judiciário. As referidas Leis tratam, respectivamente, do processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi a Emenda Regimental n. 29/2009 que regulamentou a audiência pública, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência

(38) SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 261 e 263, jul./set. 2002.

(39) GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011. p. 329.

(40) PILATI, José Isaac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 44.

(41) Lei n.13.140/2015.

(42) Lei n. 9.307/1996.

pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal.

Pela importância que se tem dado, a participação dos interessados nas tomadas de decisões, priorizando o processo participativo, a Justiça do Trabalho brasileira tem atuado de forma a sedimentar a oitiva da sociedade em casos que demandam uma análise coletiva, por assim dizer.

No Tribunal Superior do Trabalho, o primeiro e polêmico assunto levado à audiência pública, foi a Terceirização de mão de obra. O tema é objeto de aproximadamente cinco mil recursos em tramitação no TST e outros milhares de processos em andamento na Justiça do Trabalho de todo o País. A legalidade ou ilegalidade da terceirização levanta inúmeras questões, com sérias repercussões nas relações individuais e coletivas de trabalho, e as decisões judiciais a respeito do tema têm notórios impactos econômicos e sociais⁽⁴³⁾.

Os Tribunais Regionais do Trabalho também têm engendrado esforços no sentido de introduzir, efetivamente, a audiência pública dentre as suas práticas, sobretudo, para atender as novas regras que serão implementadas pelo NCPC.

4.1. O novo Código de Processo Civil e a audiência pública na Justiça do Trabalho

Conforme narrado, mais do que nunca urge criar e incorporar novas concepções de direito, que vão desde a adequação das normas legais existentes às necessidades dos casos concretos, até a positivação de direitos no ordenamento jurídico. Neste sentido, articula Wolkmer que:

(43) Informações obtidas em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php>. Acesso em: 4 out. 2015.

Diante da existência de limitações nos procedimentos, impõe-se a ousadia da criação de mecanismos alternativos, assentados em ações legislativas rápidas, efetivas e simplificadas, e em instâncias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizada. (...) Tais implicações vão desde as modalidades de gerar a produção do direito até a sua apreciação jurisdicional por tribunais descentralizados, democráticos e com maior participação comunitária⁽⁴⁴⁾.

Nesta perspectiva e no que tange a produção do direito, o NCPC introduziu em seu rol de artigos, disposições que contribuem à busca de um tratamento tutelar adequado aos direitos coletivos e individuais homogêneos.

4.1.1. Propositura de Ação Coletiva: judiciário como ente comunicador

O NCPC ao tratar dos poderes, deveres e responsabilidades do juízo, fixou no art. 139, inc. X, que incumbe ao juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

O CDC, em seu art. 82, dispõe que são legitimados, concorrentemente, para propor ações coletivas visando a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: I – o Ministério Público, II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código.

(44) WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: A. C. Wolkmer; J. R. M. Leite (Orgs.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40

Desta forma, havendo demandas individuais repetitivas deve o magistrado oficiar os legitimados para, se for o caso, promoverem a propositura da ação coletiva. Tanto os direitos coletivos quanto os direitos individuais homogêneos são passíveis de subsidiar tais ações.

Quanto a realização de audiência pública, apesar de não haver disposição legal para que seja realizada em primeiro grau de jurisdição, não se pode afastar a possibilidade de sua realização, sobretudo com fundamento no art. 765 da CLT e pelo princípio da adequação formal.

O princípio da adequação formal vem do Código de Processo Civil Português, que no art. 265-A dispõe que:

Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que **melhor se ajustem ao fim do processo**, bem como as **necessárias adaptações**. (grifou-se)

O novo CPC não trouxe expressamente o princípio da adequação forma, embora seu projeto original o contemplava. Contudo, nada impede que o juiz o utilize, mormente pelo disposto no art. 765 da CLT. No entendimento de Marinoni:

A norma constitucional que afirma a ação [art. 5º, XXXV] institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de influir sobre o convencimento judicial, assim como a **possibilidade do uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta**. [...] O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito, além de **obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial**. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que **o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas**

processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo⁽⁴⁵⁾ (grifou-se).

Direitos Coletivos: A título exemplificativo, é possível que várias ações relatando a existência de meio ambiente de trabalho inseguro, em determinada empresa, sejam protocoladas. Tal fato faz surgir o dever de agir do magistrado e dos legitimados coletivos, aqueles oficiando estes, e estes, propondo a ação coletiva necessária. A ementa abaixo refere-se a uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho:

DANO MORAL COLETIVO. JUSTIÇA DO TRABALHO. A violação ao meio ambiente de trabalho determina dano moral coletivo que não se confunde com o dano individual dos parentes do empregado que morreu na obra da empresa ré. **Tal ofensa atinge todos os empregados eventuais da empresa, os quais foram colocados em situação de risco no desenvolvimento de suas atividades.** A lesão é sofrida pela coletividade de empregados e tem caráter extrapatrimonial.⁽⁴⁶⁾ (grifou-se)

Referente a ementa acima, o juízo *a quo*, entendeu o seguinte:

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO contra VALDECIR PICOLATO - ME, para, nos termos da fundamentação e presentes os requisitos para a concessão da tutela inibitória, ratificar a liminar concedida para que o réu: **a) cumpra e faça cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como adote as medidas competentes**, nos termos que

(45) MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. I, p. 285-291.

(46) Acórdão do processo 0001042-86.2012.5.04.0403 (RO); Data: 4.6.2014; Origem: 3ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul; Órgão julgador: 6ª Turma; redatora: Maria Cristina Schaan Ferreira; Participam: Maria Helena Lisot, Raul Zoratto Sanvicente.

dispõe o art. 157, incisos I e III da CLT; b) **Elabore, implemente e mantenha atualizado o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional — PCMSO**, de acordo com o que dispõe a NR-7, aprovada pela Portaria MTb n. 3214/78 e alterações posteriores, c/c art. 157, inciso I, da CLT; c) **Forneça, gratuitamente, os Equipamentos de Proteção Individual (EPI'S) adequados ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, instruindo, fiscalizando e obrigando os trabalhadores ao uso (...)**, nos termos do que estabelecem os arts. 166 e 167 da CLT, observado o disposto na NR 18, item 18.23 e seus subitens, aprovada pela Portaria MTb n. 3.214/78 e alterações posteriores; d) **Forneça treinamento admissional e periódico a todos os empregados para execução de suas atividades com segurança**, nos termos do que dispõe o item 18.28 e seus subitens, aprovada pela Portaria MTb n. 3.214/78 e alterações posteriores; e) **Adote todas as Medidas de Proteção contra Quedas de Altura**, de acordo com o que dispõe o item 18.13 e seus subitens da NR-18, aprovada pela Portaria MTb n. 3214/78 e alterações posteriores; Mantenho, ainda, a multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), a ser recolhida ao FAT ou a outro órgão indicado pelo MPT tempestivamente (art. 461, § 4º do CPC), ficando ciente a parte ré, ainda, de que o Juízo poderá se valer das medidas suficientes ao cumprimento da presente decisão, consoante os permissivos legais dos parágrafos 5º e 6º do art. 461 do CPC, em caso de novas violações constatadas (grifou-se).

Em que pese o Min. Teori Albino Zavascki, entenda que os direitos coletivos *latu sensu* são tutelados por Ação Civil Pública, Ação Popular e Ação de Improbidade Administrativa, e que os direitos individuais homogêneos são tutelados por Ação Civil Coletiva e Mandado de Segurança⁽⁴⁷⁾, pela dicção do art. 139, inciso

X, do novo CPC, nada impede que, havendo ações individuais relatando a inobservância de direitos coletivos, *stricto sensu*, a exemplo de meio ambiente de trabalho inseguro, o juiz oficie os legitimados para, se for o caso, propor ação coletiva.

Cumpra salientar que ações individuais podem tanto trazer a lume violação de direitos individuais homogêneos, como, também, direitos coletivos *stricto sensu*. Assim, considerando que o art. 139 do novo CPC menciona “demandas individuais repetitivas”, não há razão para não utilizar ações coletivas para ambos os direitos violados.

Direitos Individuais Homogêneos: Pode-se dizer que a maioria das ações coletivas propostas por força do art. 139, inc. X, serão oriundas da violação desta classe de direitos.

A ementa abaixo trata de ação intentada por Sindicato profissional, vejamos:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO PROFISSIONAL PARA POSTULAR EM JUÍZO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. A representatividade do sindicato na defesa dos direitos de seus membros é ampla e irrestrita. O que determina a qualidade jurídica de direito individual homogêneo é a causa de pedir da pretensão almejada. No caso em tela, a origem comum dos direitos postulados (horas extras e respectivos reflexos) decorre da implantação, sem prévia negociação coletiva, de “banco de horas”, o que consolida a natureza homogênea a arrimar a legitimidade da substituição processual pelo sindicato, nos moldes do art. 8º, III, da CRFB/88, não havendo que se falar em ilegitimidade ativa *ad causam*. Recurso do sindicato a que se dá provimento.⁽⁴⁸⁾ (destaque nosso)

(47) ZAVASKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.

34. Citado por SOUSA, José Augusto Garcia de. *Tutela Coletiva de Direitos*. FGV: 2014. p. 14. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/tutela_coletiva_de_direitos_2014-2.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2015.

(48) PROCESSO TRT 15ª REGIÃO N. 0001433-58.2013.5.15.0093; RECURSO ORDINÁRIO – 1ª TURMA – 1ª CÂMARA; RECORRENTE: SINDICATO

Assim, imagina-se inúmeras ações individuais sendo intentadas contra uma mesma empresa ou grupo econômico, acusando de implantação de banco de horas sem a prévia realização de acordo coletivo com sindicato profissional. Ao chegar ao judiciário, estas ações são aptas a subsidiar ações coletivas enunciadas no art. 139, inc. X, do NCPC.

Seguem ementas do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. HORAS EXTRAS. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA 1. O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já proclamou que o art. 8º, III, da Constituição Federal autoriza a legitimação do sindicato para atuar, de forma ampla, como substituto processual, tendo em vista a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos da categoria, assim entendidos aqueles que decorrem de uma origem comum relativamente a um grupo determinado de substituídos. 2. **Jungida a pretensão ao pagamento de horas extras decorrentes da nulidade do sistema de compensação “banco de horas” em virtude de suposto descumprimento de norma coletiva, legítima a entidade sindical para agir em juízo.** 3. Recurso de revista do Sindicato de que se conhece e a que se dá provimento para determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem.⁽⁴⁹⁾ (destaque nosso)

AGRAVO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. **O objeto da ação ajuizada pelo sindicato (intervalo intrajornada), na qualidade de substituto processual, pode ser caracterizado como direito individual**

homogêneo, por força do art. 8º, III, da Constituição de 1988, de modo que a entidade sindical detém legitimidade para atuar como substituto processual. Precedentes. Agravo a que se nega provimento.⁽⁵⁰⁾ (destaque nosso)

O mesmo pode ocorrer em caso de ações versando sobre ausência de pagamento de adicional noturno, adicionais de periculosidade ou insalubridade etc.:

RECURSO DE REVISTA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ORIGEM COMUM. Nos termos do art. 8º, III, da CF, ao sindicato é reconhecida a possibilidade de substituição processual ampla na defesa de **interesses coletivos e individuais homogêneos dos integrantes da categoria que representa**. No caso dos autos, embora na petição inicial tenha relacionado um único trabalhador, tem-se que a pretensão do sindicato é relativa a direitos individuais homogêneos (**horas *in itinere*, adicional noturno, adicional de periculosidade, remuneração por desempenho individual e de horas extras**), e não a direitos personalíssimos, pois o substituído encontra-se vinculado por uma mesma relação jurídica e os direitos pleiteados têm origem comum. **As centenas de processos com a mesma feição e objeto, somente reforçam a ideia de homogeneidade, pois apontam para uma conduta uniforme da empresa como fonte da lesão.** Recurso de revista a que se dá provimento.⁽⁵¹⁾ (destaque nosso)

Denota-se, portanto, que com o advento do novo CPC, a participação dos legitimados coletivos será ainda maior, pois receberão do judiciário o apontamento dos casos de demandas repetitivas que exigem atuação. Por fim, havendo necessidade da oitiva coletiva e/ou de outros profissionais interdisciplinares, nada obsta o magistrado de realizar audiência pública.

DOS EMPREGADOS DE AGENTES AUTÔNOMOS DO COMÉRCIO E EM EMPRESAS DE ASSESSORAMENTO, PERÍCIAS, INFORMAÇÕES E PESQUISAS E DE EMPRESAS DE SERVIÇOS CONTÁBEIS DE CAMPINAS E REGIÃO (autor); RECORRIDO: DIGITALCERT LTDA. – EPP (ré); ORIGEM: 6ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINAS (Juíza Sentenciante: Carolina Sferra Croffi).

(49) TST – RR: 1555220115090095, relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 22.4.2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30.4.2015.

(50) TST – Ag-RR: 996009820075150068, relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 14.4.2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24.4.2015.

(51) TST – RR: 12353020105030135, relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 19.2.2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21.2.2014.

4.1.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — IRDR: judiciário ativo

Sem correspondência no código de Buzaid, o NCPC trouxe em seu art. 976, a possibilidade da instauração do IRDR quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Ao passo que o art. 139, do NCPC, trouxe a incumbência ao juiz de primeiro grau de oficial os legitimados da ocorrência de ações repetitivas, o art. 976 leva a incumbência ao relator do processo.

O IRDR foi uma das mais importantes inovações do NCPC e tem por escopo promover uma superior concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica⁽⁵²⁾. Em outras palavras, o IRDR almeja uniformizar as decisões trabalhistas, assegurando igualdade e segurança jurídica a todos aqueles que procuram o judiciário trabalhista com o mesmo problema jurídico-trabalhista.

Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono (§ 2º do art. 976 do NCPC).

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, por petição; III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição (art. 977 do NCPC), sendo que o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (art. 978 do NCPC).

(52) MACHADO JÚNIOR, Dario Ribeiro. *Novo Código de Processo Civil*: anotado e comparado: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Dario Ribeiro Machado Júnior e outros; coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 569.

Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (§ 2º do art. 979 do NCPC).

O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 980 do NCPC), sendo que superado este prazo, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (parágrafo único do art. 980 do NCPC).

Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II – poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III – intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (art. 982 do NCPC).

É possível afirmar que o IRDR ocasiona:

Uma “cisão da cognição judicial”, já que aquelas ações individuais ou coletivas em trâmite ainda perante a primeira instância, são suspensas até que venha a ser proferida pelo tribunal de segundo grau a decisão sobre a questão jurídica controvertida⁽⁵³⁾.

Em complementação ao art. 976 do NCPC, o art. 983 do mesmo diploma legal dispõe que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

(53) *Idem*.

Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria e, concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente (§§ 1º e 2º do art. 983 do NCPC). Assim:

O relator ouvirá demais interessados no julgamento, o que abrange pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, as quais poderão requerer a juntada de documentos ou postular diligências necessárias para a melhor compreensão da questão de direito comparado⁽⁵⁴⁾.

Percebe-se, portanto, que o novo CPC trouxe, taxativamente, a possibilidade da realização de audiência pública, demonstrando o início de uma caminhada no sentido de conceder um tratamento diferenciado às demandas envolvendo direitos coletivos e individuais homogêneos. Contudo, o tratamento do NCPC ainda é incipiente, ao passo que somente prevê a sua realização mediante instauração do IRDR. A audiência pública tem cabimento além das entranhas do IRDR, pois deve fazer parte de todo processo que envolva interesse coletivo e individual homogêneo, sempre que as especificidades do caso exigir sua presença.

5. A audiência pública nas práticas dos tribunais trabalhistas

Pela crescente atenção que se tem dados aos direitos coletivos e individuais homogêneos, a Justiça do Trabalho tem atuado de forma a viabilizar a atuação da sociedade nos casos que demandem uma análise coletiva, por assim dizer.

Para construir um procedimento mais participativo, os tribunais trabalhistas vêm estudando as melhores formas de tornar a

audiência pública um instrumento a favor da efetividade e segurança jurídica de seus julgados.

Assim, o primeiro passo que os Tribunais Regionais do Trabalho têm dado, juntamente com suas Escolas judiciais, é no sentido de criar procedimento para a realização das audiências públicas.

5.1. Portaria n. 5/2013, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro

A Portaria n. 5/2013, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, disciplinou a realização da audiência pública na jurisdição do TRT1, reconhecendo que o Estado Democrático de Direito clama pela efetividade do princípio da soberania popular consagrado no art. 1º da CRFB/1988.

A referida portaria justificou a audiência pública nos seguintes fatores:

- a missão constitucional do Estado Democrático de Direito, a persecução do princípio da soberania popular, consagrado no art. 1º da CRFB/1988;

- os valores institucionais da transparência, do compromisso e da participação, bem como o Plano Estratégico 2010-2014, que prevê, como princípio básico, mecanismos de participação social e ambiental para a construção de uma prestação de serviço mais democrática, descentralizada e integrada;

- a competência da Escola Judicial em desenvolver saberes transdisciplinares, que permitam o adequado e eficiente enfrentamento, nos Juízos Trabalhistas, dos conflitos inerentes às complexas e dinâmicas relações sociais contemporâneas (Resolução n. 9/2011 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho).

A Escola judicial reconhece que enfrentar o tema da audiência pública na justiça do trabalho é muito mais de iniciativa procedimental

(54) MACHADO JÚNIOR, Dario Ribeiro. *Novo Código de Processo Civil*: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Dario Ribeiro Machado Júnior e outros; coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 570.

do que de reconhecimento da viabilidade operacional.

No caso do TRT1, a disciplina foi para a realização de audiência pública extrajudicial, ou seja, o seio da Escola Judicial, com o fito de colocar em discussão assuntos polêmicos do ponto de vista de decisões divergentes no judiciário laboral.

A Portaria n. 5/2013 enfrentou os seguintes assuntos para a implementação da audiência pública:

a. Quem convoca a audiência pública:

É de incumbência do diretor da Escola Judicial e do Conselho Cultural-Pedagógico decidir pela convocação de audiência pública sobre qualquer tema relacionado à jurisdição trabalhista de ofício ou mediante solicitação de magistrado, órgão jurisdicional ou administrativo do tribunal ou de entidades da sociedade civil organizada.

b. Quem preside:

Em que pese a portaria não mencionar expressamente que presidirá a audiência pública, conclui-se que será um magistrado, tanto que o parágrafo único do art. 9º dispõe que o magistrado, que presidir a audiência, poderá suspender a palavra ou desconsiderar teses escritas dos participantes, que façam manifestações não pertinentes ao tema.

c. Sobre o edital:

O art. 3º da portaria determina que o diretor da Escola Judicial publicará edital que regerá a audiência e convocará os interessados a se inscreverem. O § 1º dispõe que o edital será amplamente divulgado por meio de: publicação no Diário Oficial, comunicado da Assessoria de Comunicação no portal do Tribunal e notícia no portal da Escola, sem prejuízo de outros meios pertinentes. O § 2º reza que a publicação será realizada no prazo de 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias antes do evento.

d. Convidados:

De acordo com o art. 4º da portaria, serão, necessariamente, convidados para comparecer à audiência:

I. Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região;

II. Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT);

III. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região (Amatra1);

IV. Presidente da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro;

V. Presidente da Associação Carioca dos Advogados Trabalhistas (ACAT);

VI. Presidente da Associação Fluminense de Advogados Trabalhistas (AFAT);

VII. Presidente das entidades de classe pertinentes ao tema;

VIII. Presidentes dos sindicatos das categorias patronais e de empregados das áreas pertinentes;

IX. Diretor do Escritório no Brasil da Organização Internacional do Trabalho; e

X. Superintendente Regional do Trabalho e Emprego no Rio de Janeiro.

O Diretor da Escola Judicial e o Conselho Cultural-Pedagógico decidirão sobre a conveniência e a necessidade de convidar outras pessoas ou entidades (§ 1º do art. 4º), sendo que os convidados deverão confirmar a presença, podendo comparecer pessoalmente ou por meio de representante (§ 2º do art. 4º).

Os participantes, convidados na forma do art. 4º, que confirmarem presença ou enviarem representante, terão 15 (quinze) minutos cada para defender sua posição (art. 7º), sendo que poderão entregar por escrito a tese, em no máximo 10 (dez) laudas, sem prejuízo do tempo para manifestação oral (parágrafo único do art. 7º).

A participação estará franqueada a todos os interessados e pessoas jurídicas, que solicitarão inscrições no prazo determinado no edital (art. 5º) e por limitação de tempo, serão aceitas no máximo 10 (dez) inscrições avulsas (§ 1º do

art. 5º). Caso o número de inscritos supere o número de vagas, será realizado sorteio prévio e público (§ 2º do art. 5º).

a. Defensores e opositores:

Havendo defensores e opositores acerca da matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião (§3º do art. 5º), sendo que os excedentes poderão enviar por escrito a manifestação, em no máximo 3 (três) laudas, para a caixa de correio da Escola Judicial até a data da audiência (§ 5º do art. 5º).

Os participantes, inscritos na forma do art. 5º, terão 10 (dez) minutos cada para defender sua posição (art. 8º), sendo que poderão entregar por escrito a tese, em no máximo 3 (três) laudas, sem prejuízo do tempo para manifestação oral (parágrafo único do art. 8º).

b. Ouvintes:

A entrada para assistir a audiência será franqueada a todos os que se inscreverem previamente, dentro do prazo estipulado no edital, por mensagem eletrônica ou pessoalmente na Escola Judicial, garantidas as vagas aos magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (art. 6º).

c. Relatório da audiência pública

Ao relatório devem ser anexadas as manifestações por escrito, descartadas aquelas não pertinentes ao tema (§ 1º do art. 11) e será enviado, por meio de malote digital, a todos os magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região; por ofício, à Procuradoria Regional do Trabalho e à Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, e será publicado na *internet* (§ 2º do art. 11).

5.1.1. A dupla função dos motoristas de ônibus no Estado do Rio de Janeiro

Inúmeras ações têm buscado o judiciário para discutir o inconformismo dos motoristas de ônibus quanto a dupla função (motorista e cobrador) a que estão submetidos. As ações individuais protocoladas no judiciário trabalhista

têm gerado decisões conflitantes, alguns juízes têm se posicionado a favor deste tipo de trabalho e outros, contra.

Para dirimir o conflito decorrente de decisões conflitantes no âmbito do mesmo tribunal, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, no dia 5.9.2014, promoveu audiência pública sobre o assunto: a dupla função dos motoristas de ônibus.

A dupla função foi uma das principais reivindicações da categoria na greve de rodoviários, em maio de 2014. O objetivo da audiência pública foi ouvir as pessoas interessadas, bem como especialistas, sobre determinados assuntos que não são de domínio completo do juiz.

O exercício da dupla função dos motoristas de ônibus já ocasionou inúmeros acidentes nas ruas e é motivo de preocupação também da Câmara dos Deputados, em Brasília, posto que tramita o Projeto de Lei n. 2.163/2003, que objetiva proibir a dupla função nos ônibus urbanos e interurbanos.

De acordo com o desembargador Evandro Pereira Valadão Lopes, do TRT da 1ª Região, “os homens têm uma limitação de conhecimento, que não alcança todas as particularidades da vida. Por isso, a audiência pública tem esse papel importante de ser um instrumento de comunicação do Judiciário com a sociedade”⁽⁵⁵⁾.

Percebe-se, portanto, que o papel do magistrado do século XXI não está mais atrelado aos limites da lei, mas preocupado com a efetividade de suas decisões. As soluções individuais de forma tradicional só têm prolongado a agonia das duas instituições, e da população. Bens coletivos como meio ambiente de trabalho seguro são problemas de processo participativo e não de processo tradicional; pertencem ao Judiciário, ao Ministério Público, às autoridades do mesmo modo que pertencem à Sociedade.

(55) Informações obtidas em: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/materia-completa?nID=20948781>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

5.2. Provimento n. 12/2011 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

O Provimento n. 12/2011, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Rio Grande do Sul, dispõe que o Presidente do Tribunal, de ofício, poderá convocar audiência pública sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de relevante interesse público, debatidas no âmbito do Tribunal, ou, ainda, por deliberação dos seus órgãos judicantes. A audiência pública será presidida pelo Presidente do Tribunal ou por Desembargador por ele indicado.

O art. 3º do referido provimento dispõe que a audiência pública observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado por meio de edital e fixará prazo para a inscrição das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Presidente do Tribunal selecionar as pessoas que serão ouvidas e divulgar a lista dos habilitados, sem prejuízo das que entender que devam ser indicadas, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública poderá, a critério do Presidente, ser transmitida pelos meios disponíveis de comunicação;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência.

O art. 4º do provimento dispõe que o edital que convocar a audiência pública, entre outros elementos, deverá conter: I – a data, local e horário da realização da audiência pública; II – identificação do assunto objeto da audiência;

III – orientação e prazo para as inscrições e recebimento de documentos.

O art. 5º prescreve que a Secretaria do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e da SDC será responsável pela operacionalização das ações necessárias para a realização das audiências determinadas, sendo que, de acordo com o parágrafo único do citado artigo, o processamento da audiência pública será realizado em autos próprios.

O art. 6º dispõe que o presidente poderá expedir convites específicos e conceder a palavra durante a audiência a entidades e partes que avaliar relevante para a elucidação, esclarecimento e participação no debate.

5.2.1. Critérios de cálculo da complementação definitiva de aposentadoria da CEEE, para empregados vinculados ao Plano Único e cujos contratos estavam em curso durante a vigência do Regulamento de 1979 da Fundação ELETROCEEE

Outro caso de audiência pública na justiça do trabalho ocorreu no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no dia 21 de outubro de 2011. O TRT-RS realizou a primeira audiência pública da sua história. O evento abordou os critérios de cálculo da complementação definitiva de aposentadoria da CEEE, para empregados vinculados ao Plano Único e cujos contratos estavam em curso durante a vigência do Regulamento de 1979 da Fundação ELETROCEEE.

A audiência foi conduzida pelo presidente do Tribunal, desembargador Carlos Alberto Robinson. O objetivo foi debater questões sociais, econômicas, fáticas e técnicas sobre a matéria, que era controversa na jurisprudência do TRT-RS, gerando decisões diferentes entre as Turmas Julgadoras. Foram várias as ações sobre o mesmo assunto, mas três reclamatórias deram origem a Incidentes de Uniformização de Jurisprudência (IUJs). Ao apreciar os IUJs

na sessão de 13 de junho de 2011, o Tribunal Pleno do TRT-RS decidiu pela realização da audiência.

Os advogados dos reclamantes, da CEEE e da Fundação ELETROCEEE tiveram 20 minutos para se manifestar. A audiência também contou com mais 12 pronunciamentos, de participantes previamente inscritos e habilitados. Entre eles, advogados, representantes de entidades da área Previdenciária, atuários e aposentados da CEEE.

Sem dúvidas, a oitiva dos interessados, bem como de outros agentes sociais, foram importantes para que no dia 21.10.2011, fosse proferida decisão sobre o caso pelos integrantes do Tribunal Pleno do TRT4⁽⁵⁶⁾.

Para o presidente do TRT-RS, desembargador Carlos Alberto Robinson, a audiência foi bem sucedida e cumpriu com seu objetivo. O magistrado destacou que este tipo de evento é uma forma de aproximação do Judiciário com a sociedade⁽⁵⁷⁾.

5.3. Estudos sobre audiência pública no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

A convite da Escola Judicial do TRT da 12ª Região, o professor José Isaac Pilati participou de um projeto relacionado a linha de pesquisa: tutelas coletivas. A ideia foi discutir e propor, conjuntamente com os magistrados, um modelo de audiência pública para a Justiça do Trabalho.

Em síntese, a “minuta” da resolução que visa regulamentar a audiência pública no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da

12ª Região, dentre outras disposições, dispõe serem conflitos objetos de audiência pública, as demandas repetitivas e de grandes litigantes. Ficou resolvido que qualquer magistrado ou interessado poderá propor a instauração de audiência pública sobre tema relacionado a jurisdição trabalhista, cabendo ao Núcleo Permanente de Audiências Públicas — NAP decidir acerca da instauração da audiência pública, os membros da Comissão, dentre os quais o magistrado é coordenador.⁽⁵⁸⁾

Denota-se aqui, que a Escola Judicial do TRT da 12ª Região, vai além das disposições emanadas pelos tribunais mencionados anteriormente, pois suas regras além de valerem para realização de audiência pública judicial, não limita a audiência pública à segunda instância, uma vez que qualquer magistrado ou interessado poderá propor a sua instauração.

O edital de convocação da audiência pública indicará: I – os membros da Comissão da Audiência Pública; II – o objeto; III – o objetivo; IV – a data, o horário e o local de abertura da audiência pública; V – o rito e as formas de participação; VI – a proposta de cronograma dos atos processuais; VII – os respectivos efeitos jurídicos do processo; VIII – a relação de participantes e convidados. A Comissão de Audiência Pública decidirá sobre a inclusão de novos participantes e convidados, após a publicação do edital⁽⁵⁹⁾.

Cumprir acrescentar que a “minuta” da resolução que visa regulamentar a audiência pública no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, não busca apenas a discussão do assunto para posterior deliberação do(s) julgador(es), mas busca a autocomposição pelo consenso, reconhecendo para tanto as condições de autonomia e independência dos cidadãos como sociedade e como indivíduos; das autoridades e agentes públicos como

(56) A conclusão foi que o cálculo da complementação dos proventos de aposentadoria de empregados da CEEE vinculados ao Plano Único, cujos contratos de trabalho se encontravam em curso na vigência do Regulamento de 1979 da Fundação ELETROCEEE, aplica-se o art. 19 da referida norma, deduzindo-se o valor efetivamente pago pela Previdência Social, e não o valor hipotético.

(57) Outras informações poderão ser obtidas em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/servicos/audienciapublica>>.

(58) PILATI, José Isaac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 143.

(59) *Ibidem*, p. 144/145.

representantes do poder do Estado; e dos magistrados do trabalho em suas prerrogativas de jurisdição⁽⁶⁰⁾. Neste contexto:

O papel do Estado é de auxiliar técnico, de parceiro, de financiador, de fornecedor de informações e infraestrutura. No processo coletivo — seja administrativo, legislativo, seja judicial, o que se procura é uma decisão de consenso entre condôminos, perante as instituições políticas da soberania popular direta, participativa e não representativa⁽⁶¹⁾.

Entende Pilati que “o processo é das partes, a decisão é construída por elas com a intermediação do magistrado”⁽⁶²⁾. No entanto, caminha-se a passos curtos neste sentido. O que se espera, por ora, é que seja oportunizado a introdução do sujeito coletivo nos processos decisórios, mesmo que seja para prestarem as informações necessárias ao julgador, expondo suas angústias, seus temores e seus anseios.

6. Considerações finais

A pós-modernidade ressaltou os direitos coletivos e demanda um tratamento diferenciado a esta classe de bens jurídicos, sobretudo, no campo da tutela.

A democracia representativa, caracterizada pela escolha de pessoas que exercerão o poder político em nome do povo, foi superada, não anulada, pela CRFB/1988, que incluiu formas participativas de atuação da sociedade (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/1988).

Hodiernamente, pode-se perceber uma evidente reação legal, doutrinária e judiciária, no sentido de afastar as soluções tipicamente processuais-individualistas aos litígios de caráter

coletivo, tendendo, ao revés, à construção de instrumentos e ritos adequados ao tratamento desta classe de bens, a exemplo da adoção das audiências públicas perante o judiciário.

Privilegia-se, agora, uma democracia participativa e deliberativa, no sentido de que os cidadãos envolvidos na situação problema, oxigenem o espaço pluralístico de debate e construam, juntamente com o poder judiciário, uma decisão justa e uniforme a todos os destinatários do provimento jurisdicional.

Isso porque, fatos e sentença são ligados por uma linha de elucidação e convencimento, sem os quais a sentença não cumpre o seu papel: dar a cada um o que é seu de direito e de forma igualitária a todos aqueles submetidos a mesma situação-problema.

A despeito da letra expressa do NCPC, com aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho, as tradições processuais pouco a pouco vão sendo deixadas para trás e cedendo um lugar especial a tutela dos direitos coletivos.

A integração do coletivo na tutela de seus direitos, enseja um longo e árduo caminho, abluído de discussões para encontrar as melhores alternativas de atuação, voltadas a um agente que não pode utilizar as “roupas” que ganharam a forma do corpo individual e estatal, pois as sobras ou faltas, dificultarão o alcance de suas finalidades.

Para isso, a produção acadêmica é de suma importância, pois colocará o assunto em pauta de discussão no sentido de incentivar a prática, aprimorar as técnicas e incorporar uma cultura de tutela coletiva dos bens pertencentes a coletividade.

Ao cabo e fim, com base no tema da pesquisa ora projetada, tem-se por intento participar de maneira efetiva e contributiva para o desenvolvimento de uma cultura participativa nas decisões judiciais, onde o bem-estar social e a dignidade da pessoa humana, sejam o norte de atuação tanto do Estado (judiciário) como da sociedade (coletividade interessada).

(60) Art. 3º da Minuta de resolução que regulamenta a realização de audiências públicas no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Publicado em: PILATI, José Isaac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 141.

(61) PILATI, José Isaac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 123.

(62) PILATI, José Isaac. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 125.

7. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2007.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extra-processuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011.
- GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995; *apud* MALLETT, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. v. 105, 2010.
- LAURINO, Salvador Franco de Lima. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. v. 105, 2010. Questões atuais sobre a substituição processual. *Revista do TST, Brasília*, v. 74, n. 3, jul/set 2008; *apud* MALLETT, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. v. 105, 2010.
- MALLETT, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. v. 105, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. I.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais*. São Paulo: RT, 2009.
- MELO, Simão de Melo. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984. 3ª série.
- PILATI, José Isaac. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- _____. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. *A Tutela dos Direitos Coletivos em Face do Modelo de Estado Social Brasileiro*. 2009. 168 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Ribeirão Preto. Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, 2009.
- SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 2002.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: A. C. Wolkmer; J. R. M. Leite (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade da disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2007.

Dilemas do direito processual do trabalho com o advento do novo CPC

Murilo C. S. Oliveira^(*)

Resumo:

- ▶ O ensaio debate, em termos gerais, as polêmicas sobre a aplicação do novo Código de Processo Civil no âmbito trabalhista. Discorre sobre os conceitos de aplicação subsidiária e supletiva com ênfase nas ideias de lacuna ontológica e axiológica. Indica as principais características do Direito Processual do Trabalho e sua finalidade como parâmetro de identificação da compatibilidade com as novas regras do CPC. Coteja as inovações do novo CPC numa classificação em grupos, a fim de cogitar a aplicabilidade pela natureza da modificação. Ao final, formula algumas conclusões.

Abstract:

- ▶ The article discusses, in general terms, the controversies on the implementation of the new Civil Procedure Code in procedural labor law. It discusses the application of subsidiary and supplementary concepts emphasizing the ontological and axiological gap of ideas. It indicates the main characteristics of the Procedural Law of Labor and its purpose as compatibility of the new rules of the CPC. It reflects about the innovations of the NCPC, a classification into groups in order to entertain the applicability by the nature of the modification. In the end, it presents some conclusions.

Palavras-chave:

- ▶ Novo CPC e processo do trabalho — Aplicação supletiva e subsidiária — Efetividade do direito processual do trabalho.

Keywords:

- ▶ New Civil Procedure Code and procedural labor law — Subsidiary and supplementary application — Effectiveness of procedure labor law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Aplicação supletiva e subsidiária
- ▶ 3. Compatibilidade? As características do Direito Processual do Trabalho

(*) Juiz do Trabalho na Bahia e Professor Adjunto da UFBA. Especialista e Mestre em Direito pela UFBA. Doutor

em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT.

- 4. Possíveis inovações
- 5. (In)conclusões
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

É demasiado difícil repensar um modelo processual (e igualmente uma história consolidada de experiências com algumas virtudes) quando, subitamente, um dos seus pilares se altera significativamente. Alguns dirão que nada muda, pois aquele pilar não era tão essencial assim. Outros assegurarão que é preciso refazer a estrutura e repensar todo o modelo, pois seu cerne foi severamente transformado.

Numa frágil metáfora, é como se um edifício já construído e funcionando com considerável eficiência recebesse novas colunas que destroçam sua fachada, seu interior e até lhe sugerem uma nova arquitetura. Mais difícil ainda perceber que estes novos pilares também podem ser afastados ou recortados a fim de manter a arquitetura antiga: além das profundas mudanças, seus efeitos são ainda autodefinidos pelos moradores antigos.

Fugindo do racismo metafórico, é este o dilema atual do Direito Processual do Trabalho (DPT) perante as inovações trazidas pela Lei n. 13.105/2015 que conforma o novo Código de Processo Civil (novo CPC). Dilema justamente porque dois caminhos extremados logo se apresentam: a tradicional misoginia de repúdio às inovações e a consequente repulsa aos novos princípios, institutos e regras; no lado oposto, a adesão incondicional ao novo que reduz a parte processual da CLT a mero procedimento especial, o qual adere indistintamente às normas do novo CPC, mesmo naquilo já regulado pela CLT.

Decidir os caminhos do DPT diante do novo CPC revela-se algo desafiador porque se trata de (tentar) prescrever o futuro. Mais complexo porque, além dos aspectos doutrinários, cuida-se de esboçar um itinerário que tenta antever a experiência vindoura dos julgadores.

No entanto, é preciso ter, ao menos, uma trilha: é o que este ensaio se propõe.

2. Aplicação supletiva e subsidiária

É recorrente no Direito Processual do Trabalho, inclusive em outros países, o problema da interdependência com o sistema do processo civil diante da situação de lacuna. A recorrência e a interdependência advêm tanto da natural incompletude do processo trabalhista como pela tortuosa e polêmica aplicação sucessiva do processo comum, inclusive a justificar uma “técnica da subsidiariedade”, como indicava Luciano Athayde Chaves (2007, p. 27). Enquanto, anteriormente, o processo trabalhista inspirava as reformas no processo civil, atualmente, as transformações do processo civil colocam em dúvida o próprio processo trabalhista.

A relação entre Processo do Trabalho e Processo Civil era mediada com exclusividade pela regra disposta no art. 769 da CLT⁽¹⁾. Na regra da CLT, a aplicação de todo “processo comum” e não apenas das regras do CPC, depende de dois requisitos: omissão e compatibilidade.

A ausência de regra processual da CLT configura a primeira e superficial dimensão de omissão. Isto é, o acesso às normas do CPC dependeria sempre da inexistência de disposição normativa na CLT. Aprofundando este conceito, depara-se com as ideias de lacuna ontológica e axiológica⁽²⁾ que tornam mais complexa a compreensão do que seria omissão.

(1) Art. 769 da CLT – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

(2) Carlos Henrique Bezerra Leite apresenta a seguinte definição e exemplificação das citadas lacunas: “a) *lacuna ontológica*, pois não há de se negar que o desenvolvimento das relações políticas, sociais e econômicas desde a vigência da CLT (1943) até os dias atuais, revelam que inúmeros institutos e garantias

A rigor, não há ausência de normas nas lacunas ontológicas e axiológicas. Nestes casos, o texto legal da CLT não é omissivo, mas sua aplicação se revela contrária ao propósito geral do modelo processual da CLT⁽³⁾.

Na lacuna ontológica, a regra da CLT existente se mostra, quando comparada à regra similar do CPC, menos eficaz em relação ao modelo e princípios do processo trabalhista, podendo ser entendida como “superada”. Em verdade, não se trata de uma lacuna, mas sim de uma superação pela adoção de regra mais efetiva, visto que a regra existente já é inócua e, por consequência, vazia ou inexistente. A não exigência de compromisso do perito no âmbito da Justiça do Trabalho representa colisão literal com o teor do art. 827 da CLT, o qual menciona “peritos compromissados”, contudo, cuida-se de

do processo civil passaram a influenciar diretamente o processo do trabalho (astreintes, antecipação de tutela, multas por litigância de má-fé e por embargos procrastinatórios etc.), além do progresso técnico decorrente da constatação de que, na prática, raramente é exercido o *ius postulandi* pelas próprias partes, e sim por advogados cada vez mais especializados na área trabalhista; b) *lacuna axiológica*, ocorre quando a regra do art. 769 da CLT, interpretada literalmente, se mostra muitas vezes injusta e insatisfatória em relação ao usuário da jurisdição trabalhista quando comparada com as novas regras do sistema do processo civil sincrético que propiciam situação de vantagem (material e processual) ao titular do direito deduzido na demanda. Ademais, a transferência da competência material das ações oriundas da relação de trabalho para a Justiça do Trabalho não pode redundar em retrocesso econômico e social para os seus novos jurisdicionados nas hipóteses em que a migração de normas do CPC, não obstante a existência de regras na CLT, impliquem melhoria da efetividade da prestação jurisdicional, como é o caso da multa de 10% e a intimação do advogado (em lugar de citação) do devedor para o cumprimento da sentença” (2007, p. 103).

- (3) Luciano Athayde Chaves pontua que: “[...] precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando ainda disponha de regramento sobre determinado instituto este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes” (2007, p. 33).

típica lacuna ontológica no sentido se dispensar o “inócua” compromisso previsto na CLT, adotando-se a regra do art. 422 do antigo CPC (art. 466 do novo CPC). Também são exemplos flagrantes da lacuna ontológica a aplicação direta da regra de distribuição do ônus da prova pelo art. 333 do CPC antigo (atual art. 373, novo CPC), a aplicação do art. 475 do antigo CPC em detrimento da literalidade do art. 1º, V, do Decreto-lei n. 779/ 1969, nos termos da Súmula n. 303 do TST, entre outras situações.

Na lacuna axiológica, as regras da CLT, novamente comparadas às regras processuais do CPC, se mostram “injustas” e incapazes de realizar a finalidade do processo laboral. Como a lacuna axiológica está baseada na dimensão de valor, sua aplicação é mais combatida, gerando, infelizmente, menos aceitação na jurisprudência. O melhor exemplo é a defesa de aplicação do art. 475-J do CPC (atual art. 523, §1º do novo CPC) no âmbito trabalhista: é estranho não aplicar uma regra que garanta mais efetividade e celeridade à execução trabalhista apenas por argumentos formais que desconsideram as possibilidades do §1º do art. 832 da CLT ou mesmo o poder geral de efetivação do art. 765 da CLT⁽⁴⁾. Por outro lado, a mesma dimensão valorativa faz com que a taxatividade do § 1º do art. 884 da CLT seja ignorada, para também se admitir “compensação” e outras hipóteses de defesa do embargante, em aplicação direta do art. 745 do

- (4) A Seção de Dissídios Individuais I do TST, por maioria, fixou a inaplicabilidade do art. 475-J do antigo CPC ao processo do trabalho, entendendo que haveria normas específicas na CLT sobre o tema que não estabelecem multa por falta de pagamento (ausência de omissão), que a aplicação supletiva do CPC seria primordialmente na fase de conhecimento e caso houvesse compatibilidade, de modo se aplicaria a Lei n. 6.830/80 conforme art. 889 da CLT. Em posição contrária, a da Jornada da Anamatra de 2007 aprovou o seguinte Enunciado: “71. Art. 475-J DO CPC. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista”.

CPC, justamente por uma concepção ampliada e justa — logo de índole axiológica — acerca do direito de defesa do devedor trabalhista.

O reconhecimento de complexidade na definição de lacuna — e sua adjetivização como ontológica ou axiológica — gravita em torno do valor da efetividade processual e das garantias constitucionais processuais de duração razoável, celeridade e eficiência. Trata-se, então, de correntes hermenêuticas que buscam a ampliação da ideia de “lacuna” almejando a importação (mesmo sem omissão) de regras do processo comum que sejam mais compatíveis e adequadas ao modelo processual trabalhista. A síntese desta ideia de ampliação pode ser encontrada no Enunciado n. 66 da Jornada da Anamatra de 2007:

Enunciado N. 66 – I JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DA ANAMATRA – 2007. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social.

Com o novo CPC, uma nova regra de ligação entre o Processo do Trabalho e o Processo Civil foi criada. Trata-se do teor do art. 15 do novo CPC⁽⁵⁾. A primeira leitura deste artigo pode levar à conclusão que o novo CPC pouco inovou na sua aplicação supletiva na área trabalhista, haja vista que ali consta que há aplicação subsidiária do novo CPC na lacuna da CLT. Entretanto, uma segunda e mais atenta leitura constata que a aplicação do novo CPC

também será supletiva. Compete, então, tentar distinguir a aplicação supletiva e aplicação subsidiária, a fim de compreender a razão (e a distinção) entre o art. 15 do novo CPC e o art. 769 da CLT.

Na etimologia trazida por Houssais (2009), “supletivo” expressa “complemento” ou “suplemento”, enquanto que “subsidiário” indica algo que ajuda, socorre, reforça, aumenta, entre outros sentidos. Há, portanto, certa confluência de sentidos, o que exige uma distinção no âmbito jurídico com mais refino e precisão técnica.

Na doutrina jurídica processual trabalhista⁽⁶⁾, denota-se que a aplicação supletiva atuaria como complemento diante de uma omissão parcial, enquanto subsidiária seria um suplemento para a omissão total. Cássio Colombo aponta a seguinte diferenciação: “Da análise de tais definições é possível concluir que subsidiário é aumento e supletivo é complemento. No subsidiário falta regra, no supletivo há complemento porque a regra é incompleta” (p. 127).

Esboçada a distinção entre supletivo (complemento mesmo sem omissão) e subsidiário (suplemento com omissão), uma terceira leitura

(5) Art. 15 do novo CPC. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

(6) Mauro Schiavi considera que: “a) supletivamente: significa aplicar a CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo do trabalho. Como exemplos: hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz que são mais completas no CPC, mesmo estando disciplinada na CLT (art. 802, da CLT), ônus da prova previsto no CPC, pois o art. 818, da CLT é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as hipóteses de ausência de prova e prova dividida; o depoimento pessoal previsto no CPC, pois a CLT disciplina apenas o interrogatório (art. 848, da CLT), sendo os institutos afins e propiciam implementação do contraditório substancial no processo trabalhista etc; b) subsidiariamente: significa aplicar o CPC quando a CLT não disciplina determinado instituto processual. Exemplos: tutelas provisórias (urgência e evidência), ação rescisória; ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade etc. (2015, p. 55-56).

— ainda mais problematizante — do art. 15 do novo CPC impõe uma crítica à redação deste dispositivo. Ora, se o núcleo da distinção entre supletivo e subsidiário é justamente a existência de omissão, restou contraditório falar em aplicação “supletiva” quando o trecho inicial do dispositivo é “Na ausência de normas que regulem processos [...] trabalhistas”.

Tal trecho inicial ao exigir inicialmente a ocorrência de omissão, termina, se levado à literalidade, recusando a ideia prevalecente na doutrina de que a aplicação supletiva dispensa a omissão. Como a interpretação deve se pautar pela finalidade e ontologia, é preciso superar esta contradição da fria literalidade para ratificar a conclusão doutrinária de que o novo CPC, diferentemente do anterior, deseja “avançar” nos outros ramos processuais, a partir da “aplicação supletiva” do seu art. 15.

Diante do novel art. 15 do novo CPC e sua proposta expansiva para os demais ramos processuais, urge frisar a importância e a vigência do requisito compatibilidade do art. 769 da CLT. Neste particular, cumpre rechaçar a interpretação de que o art. 769 da norma consolidada foi revogado⁽⁷⁾. Isto porque o art. 769, ao se referir “processo comum”, alcança os sistemas processuais do ordenamento que transcendem o conteúdo do CPC, valendo

exemplificar os microsistemas processuais da tutela coletiva (Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, entre outros) ou o modelo processual dos juizados especiais.

Além do art. 769 da CLT dispor sobre conteúdos normativos mais amplos do que o CPC, também difere do art. 15 do novo CPC ao condicionar as transposições das regras processuais comuns à existência de compatibilidade com o DPT. Se o art. 769 revela um maior alcance e uma característica exclusiva — a compatibilidade —, não se pode concordar com o entendimento de que o art. 769 da CLT foi revogado pelo novo CPC.

Numa tentativa exegética de coexistência destas regras, pode-se afirmar que o art. 15 almeja a aplicação das regras do novo CPC como maior amplitude do que antes ocorria, sendo esta a interpretação mais sistemática da sua redação. No entanto, a regra do art. 769 da CLT se mantém firme, tendo a noção de “compatibilidade” o papel de filtro para a recepção destas novas regras do novo CPC.

3. Compatibilidade? As características do Direito Processual do Trabalho

A despeito das discussões acima sobre a aplicação supletiva e subsidiária, é tão óbvio como verdadeiro afirmar que a questão primordial acerca da aplicação do novo CPC no âmbito trabalhista é a delimitação da noção de “compatibilidade”, tendo como pressuposto o entendimento da não revogação do art. 769 da CLT. Conforme a dicção inversa deste artigo, são aplicáveis as regras do processo comum caso sejam compatíveis com as normas do Processo Judiciário do Trabalho (título X da CLT).

O raciocínio metonímico conduz, então, a conclusão que definir a compatibilidade é, igualmente, definir o que é o próprio Direito Processual do Trabalho. Pode-se, numa definição sintética, compreender tal ramo jurídico como o sistema processual dos litígios do mundo do trabalho (relação de emprego, de trabalho e sindical) e de organização e

(7) É esta a opinião de Edilton Meireles: “É sabido que a regra posterior revoga a anterior “quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (§ 1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). A CLT, em seu art. 769, regula a aplicação subsidiária do direito processual comum no processo do trabalho. Já o art. 15 do novo CPC passou a tratar da mesma matéria relativa a aplicação subsidiária de regras processuais ao processo do trabalho. Logo, estaria revogado o art. 769 da CLT. Antes, conforme art. 769 da CLT, subsidiária era a regra do “direito processual comum”. Agora é o CPC. Antes, apenas se aplicava a regra subsidiária, o que pressupõe uma omissão absoluta. Agora, aplicam-se as regras do CPC subsidiária ou supletiva. Assim, tem-se que o art. 769 da CLT está revogada em face do art. 15 do novo CPC a partir da vigência deste. Isso porque este novo dispositivo trata da mesma matéria regulada no art. 769 da CLT” (MEIRELES, 2015. p. 44).

funcionamento da Justiça do Trabalho, sem prejuízo de uma outra definição analítica e de matiz constitucionalista⁽⁸⁾. Mais do que uma definição descritiva-sintética, a compreensão do Direito Processual do Trabalho se dá na história formativa e sobretudo na finalidade: realizar o Direito Material do Trabalho.

Recorrendo à formação do Direito Processual do Trabalho, sabe-se que a função primeva deste ramo processual seria criar um modelo processual no qual houvesse, sob o ângulo formal e material, a facilitação do acesso à Justiça por parte do trabalhador. De nada serviria um Direito do Trabalho protetivo se sua efetivação foi alocada numa justiça comum com trâmites e procedimentos formais, caros, lentos e complexos. O Direito do Trabalho sem o Direito Processual do Trabalho seria uma bela promessa ao vento: encantadora, mas nada real.

A primeira característica do Direito Processual do Trabalho surge com evidência: confirmar no âmbito processual o caráter protetivo do Direito Material do Trabalho. Era preciso ter uma justiça apropriada, especializada e familiarizada com as singularidades e urgências para uma solução justa do conflito capital-trabalho. Em termos de teoria geral do processo, este compromisso do Direito Processual do Trabalho com a proteção do Direito do Trabalho servia visto como a mais intensa dimensão da instrumentalidade do processo. A síntese histórica desta ontologia protetiva é retratada nas palavras de Coqueijo Costa:

O desequilíbrio dos sujeitos no processo do trabalho impõe a especialização deste

processo, como consequência das peculiaridades do conflito individual de trabalho, para corrigir tal desequilíbrio. Daí, os princípios da gratuidade, da inquisitorialidade, da celeridade, da proteção (“*in dubio pro operário*”) da imediatidade, da oralidade e da simplicidade (1986, p. 19).

Esta forte instrumentalidade do “Processo Judiciário do Trabalho” em relação ao Direito do Trabalho não apenas incorpora o princípio protetivo no plano processual, mas também atrai a incidência de outros princípios do direito material para o ambiente processual. O princípio da verdade real, insito ao art. 765 da CLT, que autoriza “qualquer diligência” para se esclarecer a verdade, é manifesta tradução processual do princípio da primazia da realidade no Direito do Trabalho, o que também justifica o maior valor probante ao depoimento de testemunhas em relação à prova documental. No mesmo sentido, o princípio da irrenunciabilidade também se materializa em sede processual — designado como “princípio da indisponibilidade” (LEITE, 2015, p. 99) —, impondo a observância da ordem pública contra negociações processuais que veiculem renúncia de direitos dos trabalhadores.

Concomitante à instrumentalidade vinculada à proteção do trabalhador, era preciso romper com o formalismo processual enquanto condição para efetivação do acesso à Justiça. Em contraste ao padrão cultural do processo comum da época, a CLT criou um procedimento pautado na dimensão de simplicidade, seja na fluidez de um procedimento centrado na oralidade (aí admitido a possibilidade de *ius postulandi* das partes) ou com menos requisitos de validade nos atos processuais⁽⁹⁾, a exemplo da

(8) Carlos Henrique Bezerra Leite propõe um conceito mais extensivo e de índole constitucional: “[...] ramo da ciência jurídica, constituído por um sistema de valores, princípios, regras e instituições próprias, que tem por objeto promover a concretização dos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos dos trabalhadores e a pacificação justa dos conflitos decorrentes direta e indiretamente das relações de emprego e de trabalho, bem como regular o funcionamento dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho” (2015, p.105).

(9) José Cairo Junior refina esta ideia: “[...] “princípio do informalismo, também denominado de instrumentalidade das formas, diz respeito à existência de uma carga menor de requisitos de validade de um ato processual ou mesmo a possibilidade de convalidação de um ato defeituoso, desde que não prejudique as partes e que sejam atingidos os objetivos fixados na lei” (2008, p. 48).

simplicidade da petição inicial e/ou permissão da defesa oral. A simplicidade é, deste modo, a segunda principal característica do Direito Processual do Trabalho.

Como resultado de procedimento oral e demarcado pela simplicidade/informalismo, chega-se ao terceiro caractere estruturante: a celeridade. Um modelo processual que cuida, em tese, da efetivação de parcelas de natureza alimentar deve observar um rito de rapidez notória. Prazos menores, a concentração de atos orais em audiência, a imediatidade do juiz, amplos poderes instrutórios do juiz, irrecurribilidade de decisões interlocutórias, ausência de efeito suspensivo nos recursos, entre outros elementos deste sistema processual que é, conforme apuração do CNJ, o modelo mais rápido de processamento de ações⁽¹⁰⁾.

Outro resultado marcante deste modelo processual trabalhista é a efetividade. A opção política pelo modelo inquisitivo de processo com poderes amplíssimos conferidos expressamente ao Juiz, nos exatos termos do art. 765 da CLT, atribui ao magistrado trabalhista um protagonismo compromissário com a efetividade da tutela jurisdicional. Ora, o art. 765 da CLT ao permitir “*ampla liberdade na*

direção do processo” e a adoção de “*qualquer diligência*” pelo Juiz do Trabalho, conforma-se como cláusula geral de amplos poderes ao juízo trabalhista na condução do feito, a qual legitima e impõe ao Juiz a construção de um itinerário processual que fuja das protelações e que garanta um resultado efetivo. No rito de alçada, também vigora este impulso *ex officio* pelo magistrado, consoante o art. 4º da Lei n. 5.5584/70.

Tais características do processo trabalhista sustentam sua autonomia enquanto ramo especializado, mas com uma relação de interdependência com o processual comum. O Direito Processual do Trabalho tem como esqueleto a teoria geral do processo civil (conceitos de processo, procedimento, princípios processuais, garantias constitucionais, devido processo legal etc.), mas tem como carne essa tríade da simplicidade-celeridade-efetividade, afora da alma protecionista.

Uma vez assimiladas tais características peculiares e do mesmo modo reconhecida uma independência relativa em relação ao processo civil — assemelhada a independência do Direito do Trabalho em relação ao Direito Civil, é necessário recusar a teoria monista, a qual qualifica o processo do trabalho como simples “desdobramento” do processo civil. É esse monismo a base epistêmica da concepção que relega o DPT a mero procedimento especial do processo civil e, por decorrência, adere incondicionalmente ao novo CPC, justificando a revogação do art. 769 da CLT. No entanto, convém relativizar a teoria dualista, no sentido de se reconhecer uma autonomia relativa do processo do trabalho, em atenção à consideração da unidade do processo e da jurisdição⁽¹¹⁾.

(10) Vale conferir a notícia do CNJ de 15.9.2015: “Justiça do Trabalho aumenta produtividade e tem alto grau de virtualização - A Justiça do Trabalho conseguiu, em 2014, baixar mais casos do que o número de processos ingressados durante o ano, o que deve resultar em redução do estoque para o final do ano. Ao todo, ingressaram quase 4 milhões de processos e foram baixados 4,2 milhões, 6,2% a mais do que em 2013. O Índice de Produtividade de Magistrados (IPM) apresentou alta de 5,3% no último ano e 18,3% no sexênio (2009-2014). O percentual de casos que ingressaram de forma eletrônica está em forte crescimento e mais da metade das ações (57%) entraram na Justiça trabalhista virtualmente. Esse ramo da Justiça também apresentou patamar favorável em relação à velocidade dos julgamentos, já que a taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos em tramitação que não foi baixado durante o ano, é 21 pontos percentuais menor do que a média geral do Poder Judiciário [...]”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80430-justica-do-trabalho-aumenta-produtividade-e-tem-alto-grau-de-virtualizacao>>.

(11) Jorge Luiz Souto Maior elucida a questão: “Assim, verifica-se que o processo do trabalho possui, realmente, características especiais, mas que são ditadas pelas peculiaridades do direito material que ele instrumentaliza. Esses pressupostos de instrumentalização, especialização, simplificação, voltados para a efetividade processual, são encontrados — e bastante desenvolvidos — na teoria geral do processo civil, razão pela qual, no fundo, há que se reconhecer a unidade do processo” (1998, p. 25).

Registre-se que há tempos Coqueijo Costa já conciliava as ideias de autonomia e unidade⁽¹²⁾.

A noção de “compatibilidade” com o “Processo Judiciário do Trabalho” se revela como relação de pertinência e coerência⁽¹³⁾ com as características e com a ontologia protetiva do Direito Processual do Trabalho. Por conseguinte, as diversas inovações trazidas no novo CPC que estejam em harmonia com as diretrizes de simplicidade, celeridade e efetividade, mas igualmente aptas a assegurar a instrumentalidade protecionista do processo laboral. Não persistem dúvidas de que esta delimitação de “compatibilidade” somada à ampliação da aplicação supletiva do novo CPC vão proporcionar maiores incidências das inovações processuais no âmbito laboral, todavia sem que haja a descaracterização do DPT e seu “emblema de simplicidade e eficiência” (CHAVES, 2007, p. 33).

4. Possíveis inovações

No contexto de infindáveis debates sobre o novo CPC, é compreensível diante de uma codificação nova encontrar opiniões e posições

tão extremadas no debate doutrinário. A mais conhecida oposição é aquela formulada por Jorge Luis Souto Maior que considera o novo CPC esquizofrênico⁽¹⁴⁾. Do mesmo modo que o adesionismo irrestrito ao novo CPC foi recusado pelas razões supra, é mister também se distanciar deste repúdio total ao novo CPC, haja vista que é possível encontrar inúmeras inovações neste novo diploma processual que sejam harmônicas e coerentes com as características do DPT.

Nas grandes polêmicas ao novo CPC, a crítica também se dirige à quantidade e qualidade das mudanças. Estima-se que 80% do texto do novo CPC reproduziu os mesmos conceitos e institutos do CPC de 1973⁽¹⁵⁾, entretanto as mudanças foram qualitativamente impactantes, pois cuidaram do modelo processual, de faculdades e ônus dos sujeitos processuais, de minúcias de procedimentos, entre outras intensas transformações insertas nos “20%” de novos textos. Apesar da quantidade de repetição de regras, acredita-se que o novo CPC é qualitativamente diferente do antigo,

(12) “Finalmente, autonomia não se opõe a unidade. O que se passa com as ciências é o seguinte: frente à comprovação de uma especialidade ou particularidade em determinado conjunto de relações jurídicas, a doutrina começa a afirmar a autonomia de determinado ramo do direito substitutivo. Normalmente, dedicam-se ao cultivo deste os juristas que haviam investigado o direito substantivo correspondente, o que os leva a exagerar nos elementos de diferenciação do processo civil frente ao novo direito processual especializado surgente. Num terceiro tempo, porém, começam a se pôr de manifesto os elementos comuns a todo tipo de processo, o que não exclui, naturalmente, diferenças de organização e estrutura em cada um deles. Reafirma-se, assim, a unidade essencial ao direito processual – na doutrina, no plano legislativo e no ensino universitário (COSTA, 1986, p. 22).

(13) Tal entendimento poderia vir a constar expressamente da CLT, por força do Projeto de Lei n. 7.152/2006 que assim dispunha: “O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário.” No entanto, tal proposta legislativa foi, infelizmente, arquivada.

(14) “No entanto, quando se examinam os 1.072 artigos do novo Código (que, em concreto, representam muito mais porque a maioria dos artigos é subdividida em parágrafos, incisos e letras) tem-se logo a percepção de que se trata de um organismo doente, que sofre do mal da megalomania, mas que acaba, de fato, flertando com a esquizofrenia. Na ânsia regulatória, o Código desce a minúcias tão profundas que acaba destruindo aquela que poderia ser sua ideia básica de constituir um instrumento para a melhoria da prestação jurisdicional, até porque começa prometendo às partes o direito de obterem “em prazo razoável a solução integral do mérito” (art. 4º) (SOUTO MAIOR, 2015. p. 16).

(15) É a opinião de Guilherme Guimarães Feliciano: “Diz-se dele, por exemplo, ser de duvidosa necessidade, na medida em que simplesmente revisita, em variadas matérias, o que hoje já dispõe o Código de Processo Civil de 1973 (cerca de 80% dos dispositivos do novo código – num total de 970 – reproduzem *ipsis litteris* os artigos do Código BUZAID). Sugere-se, por isso, que melhor seria prosseguir com a estratégia das minirreformas, hábil a produzir iguais efeitos de renovação, sem todavia impactar o meio forense com a revogação integral de um texto legislativo já consagrado e curtido nas caldeiras do tempo, pela obra da doutrina e da jurisprudência” (2015, p. 344).

porque suas alterações foram na estrutura, nos princípios e nos modelos de procedimentos.

Numa tentativa de classificação das mudanças do novo CPC, é possível visualizar as inovações em certos grupos, conforme o objetivo da inovação. Num exercício classificatório precário, embora didático, é possível agrupar as inovações em grupos conforme a natureza/objetivo destas alterações. São verificáveis os seguintes grupos de inovação: regras de simplificação; regras de ampliação do contraditório e dos prazos; regras de eficiência; regras de negociação; e regras de coletivização dos julgamentos.

O primeiro grupo pode ser denominado como regras de “simplificação do processo”, as quais tornam mais simples e menos formalista a atuação no processo. São amostras incontestes desta simplificação: a concentração das objeções — anteriormente apartadas — na defesa, a exemplo da incompetência territorial que doravante é matéria de “preliminar” (art. 64, novo CPC); a simplificação do conceito de prevenção (art. 59, novo CPC) que é, a partir de então, o registro/distribuição, à semelhança do DPT; a simplificação do sistema de tutelas provisórias; a diluição das “condições da ação” nos pressupostos processuais.

É evidente que foi o modelo processual trabalhista quem inspirou este movimento de “simplificação”⁽¹⁶⁾, visto que seria este um dos principais caracteres responsáveis pela efetividade do processo. Se o processo civil conseguiu se tornar, em alguns aspectos, ainda mais simples do que o processo do trabalho, é mais do que coerente transpor tais simplificações para o processo laboral. Logo, a aplicação supletiva e compatível do novo CPC ao DPT indica que a exceção de incompetência territorial pode ser apresentada como simples preliminar da

defesa, contrariando da ideia do *caput* do art. 799 da CLT, mas simultaneamente expandindo o teor do § 1º do mesmo art. 799 no sentido de toda as alegações (exceções, objeções etc.) do Reclamado devem se concentrar na defesa.

Num segundo grupo de inovações, depara-se com “regras de eficiência” processual. O novo CPC redimensiona a ideia de economia processual, agregando-se a perspectiva da gestão processual eficiente e efetiva, permitindo que o magistrado adote outros itinerários e procedimentos mais eficientes para o processo. São exemplos marcantes da ideia de eficiência: julgamento preferencialmente de mérito (arts. 4º e 488 do novo CPC); a criação do julgamento parcial (art. 356, novo CPC); o direito a escolha do meio executório mais eficiente (art. 139, IV, novo CPC); as “conexões probatórias” entre processos com os mesmos fatos, como medida de eficiência (§ 3º do art. 55 do novo CPC); a indicação e substituição da parte ilegítima pela legítima (arts. 338 e 339 do novo CPC); dentre outras. Tais alterações são aplicáveis ao DPT, uma vez que combinam com a característica da efetividade do processo trabalhista.

As regras de “contraditório amplíssimo” surgem num terceiro grupo e estão baseadas no princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10º, novo CPC). Visam positivar a dimensão substancial do princípio do contraditório enquanto poder de influenciar⁽¹⁷⁾. A necessidade de uma fundamentação exaurente (art. 489 do novo CPC) pode ser entendida também como decorrência de uma dimensão mais

(16) Anota Guilherme Guimarães Feliciano: “Entre alguns principais ganhos ‘ideológicos’ do novo CPC, realce-se a assimilação da simplicidade e da informalidade processual, na linha do que sempre vigorara no âmbito do processo laboral, desde a década de quarenta do século passado [...]” (2015, p. 113).

(17) Segundo Fredie Didier Jr: “Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simples participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. [...] É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão (2015, p. 79).

ampla do “devido processo legal”, do dever de fundamentação e, por paralelismo, é inserida nestas regras de ampliação do contraditório.

De igual modo, o novel regramento da desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do novo CPC), o § único do art. 493 do novo CPC e o teor do art. 933 do novo CPC, impõem a oitiva prévia das partes sobre atuação do magistrado que seria, anteriormente, *ex officio*. Também se pode acrescentar a ampliação dos prazos (contagem em dias úteis — art. 219 do novo CPC) e interstícios (20 dias para audiência de conciliação, conforme art. 344, 20 minutos de intervalo entre as audiências por força do § 12 do mesmo artigo) como medida de ampliação do contraditório.

Tais regras de ampliação do contraditório se colidem, naturalmente, com o caractere da celeridade do processo trabalhista, contudo destinam-se a realizar numa ampla dimensão um valor fundamental do Estado Democrático de Direito e uma garantia processual constitucional: o amplo direito de defesa. Não se pode, então, justificar a supressão da ampla defesa por observância da celeridade. Contudo, não se pode, igualmente, criar mecanismos de delongamento do processo a fim de ampliar o direito de defesa já existente ou se olvidar da possibilidade de contraditório diferido, como ocorre na fase executiva ou nas tutelas de urgência.

Ora a dilação dos prazos e interstícios revela-se como extensão anormal da ampla defesa no âmbito trabalhista, pois seu sistema é estruturado pela celeridade como nota distintiva. Observa-se que, neste particular, não há violação à ampla defesa, a qual já existe nos prazos mais curtos, inclusive pela simplicidade que se pode manejar a defesa. Ou seja, as regras de ampliação de prazos e interstícios colidem com o modelo do DPT, não podendo ser aplicadas nem mesmo supletivamente.

Sobre a vedação da decisão supresa e a fundamentação exaurente da decisão, acredita-se que tais regras são aplicáveis ao processo

laboral, por se tratarem de derivações das garantias constitucionais, as quais amoldam o modelo do processo trabalhista. No entanto, mesmo estes preceitos lastreados na Constituição merecem colmatação e adequação aos demais dispositivos e garantias constitucionais, sobretudo a duração razoável do processo e a sua efetividade, valendo observar a possibilidade de contraditório diferido como medida de efetividade processual na situação, a título de exemplo, da desconsideração da personalidade jurídica.

Daí que o art. 10 do novo CPC e as regras congêneres deverão ser adaptadas ao modelo trabalhista, valendo já antecipar que será na audiência — na perspectiva da concentração e economia dos atos processuais — que se poderá facultar a imediata manifestação das partes sobre fundamento ou fato “novo”. Aliás, convém realçar que numa justiça especializada a configuração de “fatos ou fundamentos novos” é algo não tão frequente — assim se espera! —, visto que há, em tese, maior conhecimento do direito material e processual daqueles que atuam nesta seara, seja do ponto de vista dos fatos recorrentes nas relações de trabalho ou das teses jurídicas sobre o Direito do Trabalho e seus aspectos processuais.

Já os requisitos para a fundamentação das decisões judiciais (art. 489 do novo CPC) são incidentes na sentença trabalhista numa perspectiva de complemento (e não de sobreposição) do art. 832 da CLT, mas, entretanto, sem perder a cultura da concisão e simplicidade. É indispensável cotejar as teses relevantes — e não todas as alegações — arguidas no processo e relacionar o caso em julgamento com os precedentes existentes, mas sem que isso signifique a reprodução da prolixia, a pragmática da transcrição desconexa de citações doutrinárias e jurisprudenciais e demais filigranas conceituais.

Seguindo nos grupos de inovações, têm-se as regras de negociação que abrangem a nova política de mediação e conciliação de um lado e, do outro, a grande inovação que é a negociação processual. Sobre conciliação e mediação, há

confluência e identidade entre o que o novo CPC endossa e valoriza como autocomposição em relação à CLT, cuja conciliação encontra-se no seu cerne e origem histórica. Há, todavia, necessidade de se repensar os ritos e expedientes conciliatórios da Justiça do Trabalho em atenção às novas propostas incorporadas no novo CPC, em especial a mediação feita por um profissional especializado na matéria.

A negociação processual (arts. 190 e 191) com seu princípio do autogregamento processual se contrapõe ao essencial do modelo processual trabalhista: o perfil inquisitivo. Em verdade, a Justiça do Trabalho faz diversas negociações processuais (calendário processual, fixação de provas, escolha de perito etc), mas todas sob controle do juiz. Ainda que o parágrafo único do art. 190 do novo CPC permita, com certas condições, o controle do juiz sobre a negociação processual, tal instituto não cabe no processo laboral, pois permitiria às partes “quebrar” o típico procedimento trabalhista aumentando os prazos ou testemunhas, em violação a um procedimento já definido em lei. Além desta estranha “contratualização” do processo, algo conflitante com os princípios materiais e processuais trabalhistas, haveria evidente perda de eficiência na gestão de processos com particularidades “contratadas” diante das rotinas e padrões de trabalho das varas trabalhistas.

Ao final desta simplória classificação das inovações, depara-se com as regras de uniformização dos julgamentos, as quais representam a adoção do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional. Até se afirma que não há mais ascendência de um modelo processual típico no sistema brasileiro. Tem-se uma confluência de modelos: o *civil law* dos Códigos, o modelo constitucional influenciado pelos EUA e o sistema de precedentes, o que já permite cogitar um “*brazilian law*”⁽¹⁸⁾.

(18) É o que defende Fredie Didier Jr: “O pensamento jurídico brasileiro opera (tem de operar) [...] com os marcos teóricos e metodológicos desses dois grandes modelos de sistema jurídico [*common law* & *civil law*]. Um exemplo talvez seja útil para compreender

Não há muitas dúvidas de que um sistema de precedentes que conforma um sistema de coletivização do julgamento na perspectiva de uniformidade e segurança jurídica se coaduna com o propósito do DPT. Ademais, o advento da Lei n. 13.015/2015 modificou expressamente a CLT nesta perspectiva, inclusive se antecipando ao novo CPC. É digno de nota que, doravante, deve o Juiz observar as decisões precedentes do seu Tribunal (art. 489, VI, novo CPC) ou demonstrar a superação do fundamento ou a distinção do caso concreto, o que é plenamente compatível com o processo laboral.

Fugindo aos padrões da singela classificação supra, encontra-se outras regras inovadoras do novo CPC que dispõem sobre temas nos quais há total omissão da CLT e sobre os quais o CPC sempre foi o pilar de suporte. Seriam a típica situação de aplicação subsidiária: tutela de urgência e evidência, aqui ressaltadas: o novo sistema de cautelares; coisa julgada; ação rescisória etc. Outros temas, sobretudo aqueles que seriam de aplicação supletiva, revelam-se grandes polêmicas e dissensos na doutrina, a exemplo da gratuidade da justiça, honorários advocatícios, desconsideração da personalidade jurídica, cabendo o aguardo da direção da jurisprudência.

5. (In)conclusões

Tentou-se, neste ensaio, percorrer os dilemas do Direito Processual do Trabalho a partir

a importância desta constatação. Há, no Brasil, robusta produção doutrinária e vasta jurisprudência sobre o devido processo legal e a boa-fé objetiva. Operamos, sem maiores percalços, com institutos de origens diversas (o primeiro, *common law*, o segundo, *civil law*). O pensamento jurídico brasileiro começa, inclusive, a ganhar autonomia, desvinculando-se de sua ascendência, como demonstra a concepção brasileira sobre o devido processo legal substancial [...], bem diferente da visão original estadunidense. A própria vinculação entre a boa-fé processual e o devido processo legal [...] é uma construção teórica brasileira, original e muito profícua. [...] Temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que, como disse um aluno em sala de aula, poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law*” (2015, p. 60).

das influências do novo CPC, no intuito de confrontar as opiniões antagonistas da discussão para tentar formular uma trilha ou direção. Posto o sentido amplo de aplicação supletiva, foi preciso resgatar a ontologia do processo laboral e seus caracteres a fim de esboçar o que seria compatibilidade. Ao trilhar mostrou-se igualmente vaga, mas, ao menos, apresentou as seguintes pistas:

1. O Direito Processual do Trabalho, autônomo mas interdependente, foi (e deve continuar sendo) um instrumento de realização do Direito Material do Trabalho, afirmando diferente do Processo Civil pela tríade marcante da simplicidade-celeridade-efetividade;
2. Para tanto, este modelo processual é índole inquisitiva, como consta no art. 765 da CLT. No particular, esse art. 765 ascende e ganha relevo na aplicação supletiva, pois freia a transposição do modelo colaborativo do novo CPC e suas dilações demasiadas de prazos, interstícios e procedimentos. Frise-se que, como regra geral, em quaisquer processos na Justiça do Trabalho, aplicam-se às disposições preliminares da CLT (arts. 763-769);
3. A dimensão da aplicação supletiva permitirá mais importação das regras do novo CPC ao processo trabalhista, conquanto que tais inovações sirvam ao propósito e objetivos do modelo do Direito Processual do Trabalho. Justamente as correntes hermenêuticas que defendiam as ideias de lacuna ontológica e axiológica foram empoderadas ou confirmadas por esta aplicação supletiva;
4. Felizmente, o modelo teórico processual e as regras da CLT (arts. 769 e 765) permitem que o magistrado trabalhista filtre as inovações do novo CPC, a fim de tornar o processo laboral ainda mais eficiente, simples e célere, inclusive visando redistribuir os ônus da demora processual para os litigantes habituais.
5. No tocante às ações não empregatícias na Justiça do Trabalho, nas quais o caráter

protecionista não é marcante, haverá ainda mais incidência das inovações do novo CPC. Daí a necessidade da revisão da Instrução Normativa n. 27/2005 do TST;

Enfim, todas inovações que representem simplificação, eficiência e efetividade processual devem ser aplicadas, mesmo diante de anterior previsão da CLT, em atenção à dimensão da noção de “supletividade”, mas sobretudo porque são garantidoras de um DPT caracterizado pela instrumentalidade protetiva, pela simplicidade, celeridade e eficiência.

6. Referências bibliográficas

- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC Repercussões no Processo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Curso Direito Processual do Trabalho*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. Salvador: Jus Podvm: 2008.
- CESÁRIO, João Humberto. *Provas no Processo do Trabalho*. Cuiabá: Instituto JHC, 2015.
- CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- COLOMBO FILHO, Cássio. A autonomia do Direito Processual do Trabalho e o novo CPC. *Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região*: edição especial sobre o novo CPC, ano IV n. 39, Curitiba, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 111-128.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva. Versão 1. [CD-ROM]. 2009.

MEIRELES, EDILTON. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.31-54.

SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Novo Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.55-64.

SILVA, Bruno Freire. *O novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. 2015. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/o-conflito-entre-o-novo-cpc-e-o-processo-do-trabalho>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

WALDRAFF, Célio Horst. A Aplicação Supletiva e Subsidiária do novo CPC ao Processo do Trabalho. *Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região*, edição especial sobre o novo CPC, ano IV, n. 39, Curitiba, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

Fundamentação exauriente x fundamentação analítica. Aplicação ao processo do trabalho

Cláudio Brandão^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo argumenta que as regras de fundamentação introduzidas pelo art. 489 do novo Código de Processo Civil brasileiro não são inconstitucionais, não revelam dificuldades reais para o desenvolvimento do processo em tempo razoável e, ademais, sequer representam novidade no marco do sistema constitucional em vigor.

Abstract:

- ▶ The paper argues that the reasoning rules introduced by article 489 of the new Brazilian Civil Procedure Code are not unconstitutional, do not reveal real difficulties for the development of the procedure in a reasonable time and, moreover, even represent innovation in the framework of the constitutional system in force.

Palavras-chave:

- ▶ Fundamentação de sentença — Novo Código de Processo Civil brasileiro — Sistema de precedentes judiciais — Deveres do juiz.

Keywords:

- ▶ Reasoning of judicial decision — New Brazilian Civil Procedure Code — System of judicial precedents — Judge's duties.

Aprovado o CPC, iniciou-se longo debate na doutrina em torno de alguns dos seus institutos e dispositivos, particularmente no que toca à sua aplicação ao processo do trabalho.

Desde então, inúmeros artigos e livros analisam as novidades nele inseridas, como os princípios fundamentais do processo, espe-

cialmente o do contraditório efetivo e vedação da “decisão surpresa” (arts. 9º e 10); os limites de sua aplicação ao processo do trabalho (art. 15); o incidente de desconsideração da pessoa jurídica (arts. 133 a 137); a negociação processual (art. 190 e parágrafo único); o julgamento parcial de mérito (art. 355); o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a

(*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e membro eleito da Academia Brasileira de Direito do

Trabalho. Professor convidado da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e da Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito.

988); o regramento pertinente à fundamentação exauriente (art. 489, § 1º), dentre muitos outros.

Pretendo, em rápidas pinceladas, examinar esse último tema, a partir do seguinte questionamento: o novo regramento constitui, de fato, novidade? Causa prejuízo ao andamento do processo? Traduz problema insolúvel ao juiz do trabalho? Dificultará, em demasia, a prolação de decisões? É inconstitucional?

Para facilitar a compreensão do raciocínio que pretendo desenvolver, transcrevo, de início, o *caput* do citado dispositivo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Da sua leitura, percebe-se que trata dos requisitos da sentença, ao dispor sobre os elementos estruturais que a compõem: o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

O primeiro, de caráter meramente descritivo, registra os dados relevantes do processo (identificação das partes e do caso, com referência ao pedido e à contestação, além das principais ocorrências) e possui a finalidade de demonstrar que foi efetivamente analisado pelo magistrado, além de também possibilitar a comparação entre o caso julgado com outros que ainda o serão, “a fim de que casos iguais ou semelhantes recebam igualmente o mesmo tratamento (*‘treat like cases alike’*)”.⁽¹⁾

O segundo contém a sua base intelectual, as razões adotadas pelo magistrado para fundamentar a conclusão; a dialética entre o caso e as normas utilizadas para a sua solução.

O terceiro, o dispositivo propriamente dito; a conclusão, com o acolhimento ou a rejeição do pedido.

A primeira indagação a ser feita consiste em saber se essa regra pode ser aplicada ao processo do trabalho, diante da circunstância de haver outra na CLT, específica quanto aos mesmos elementos estruturais. Ao serem confrontados, percebe-se que, na essência, não diferem. O *caput* do art. 832 menciona que da decisão deverão constar os nomes das partes, o resumo do pedido e da defesa (ou seja, o relatório), os fundamentos (a base intelectual) e a conclusão (dispositivo), como se constata:

Art. 832 – Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

Diante da semelhança de conteúdo entre os dois dispositivos, não há necessidade de se recorrer ao CPC, mesmo porque nada acrescenta, nem modifica a regra consolidada.

Quando os olhos se voltam para os parágrafos, porém, o assunto ganha outros contornos. De logo, destaco que a regra é igualmente dirigida aos tribunais, não apenas pela menção contida no § 1º do art. 927⁽²⁾, como também pelo amplo alcance do comando contido no § 1º do artigo em análise, decorrente da expressão “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. Confira-se:

§ 1º Não se considera fundamentada **qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão**, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

(1) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 415.

(2) § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

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

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Haveria vícios incontornáveis nesse dispositivo, a ponto de não poder ser aplicado ao processo do trabalho?

Segue-se a análise.

Primeiro, não identifico inconstitucionalidade. Isso porque não indica ao magistrado como fundamentar a sua decisão, nem tolhe ou cerceia o exercício da função jurisdicional, especificamente quanto ao ato de julgar. Apenas “corporificou, de forma minudente e escrupulosa, os principais aspectos do conceito de ‘decisão fundamentada’”.⁽³⁾ Indica o que não constitui fundamento de decisão judicial ou, em outras palavras, relaciona defeitos de natureza grave nela contidos, capazes de levar à sua nulidade, e não há regra semelhante na CLT; portanto, possível se mostra a sua aplicação.

A ausência de fundamentação, muito mais do que simples nulidade, constitui violação de direito fundamental contido no art. 93, IX, da

Constituição,⁽⁴⁾ pois todo cidadão tem o direito inalienável de saber qual foi a motivação adotada pelo julgador para condená-lo, para lhe impor o cumprimento de determinada prestação contida na decisão.

Pode-se, então, falar em direito fundamental à decisão motivada⁽⁵⁾.

E a pergunta que deve ser feita é: o que verdadeiramente significa fundamentar uma decisão? A resposta não pode ser outra: fundamentar é indicar como, a partir dos elementos contidos no processo e com base em princípios e regras, o julgador, singular ou colegiado, chegou a determinada conclusão em detrimento de outras.

Significa dizer à parte os motivos que levaram o Estado-juiz a pronunciar determinada solução da controvérsia posta à sua apreciação, em função de regras previamente estabelecidas, sejam de direito material, sejam de direito processual.

Fundamentar não é construir decisão de forma vaga e imprecisa de tal modo que não explique onde, nos autos, se encontram as premissas fundantes da conclusão; não é, por exemplo, o emprego de textos genéricos nos quais a simples inserção da negativa conduziria a solução distinta, tais como: “a prova dos autos permite concluir que o autor tem razão” ou, em sentido contrário, “a prova dos autos permite concluir que o autor não tem razão”. Nas duas situações não há fundamento; são decisões inconstitucionais.

(4) “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

(5) A respeito do detalhamento do dever de fundamentação à luz do CPC: DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 326-349.

(3) HIGA, Flávio da Costa. Comentários sobre a parte geral do novo CPC. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estêvão (Orgs.). *Processo do trabalho* (Coleção Repercussões do Novo CPC). v. 4. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 145.

Assinalam Marinoni, Arenhart e Mitidiero: Em outras palavras, para que uma decisão possa ser considerada *como fundamentada* à luz dos arts. 93, IX, da CF, e 7º, 9º, 10, 11 e 489 do CPC, exige-se: i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão julgador judicial; i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente apropriada.⁽⁶⁾

Pretendeu o legislador combater práticas identificadas pela doutrina como:

(i) *fundamentação fictícia*, ou seja, a que se apresenta dissociada das circunstâncias do caso concreto; (ii) *fundamentação apenas implícita*, i.e, a que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; (iii) *fundamentação per relationem*, que simplesmente faz referencia outra; (iv) *fundamentação que se limita a reproduzir jurisprudência*; e (v) *fundamentação incompleta*.⁽⁷⁾

Nessa perspectiva, o dever de fundamentar assenta-se em três postulados básicos: a) garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado; b) garantia de controle da legalidade das decisões judiciais; c) garantia das partes, ao permitir constatar se o juiz levou em conta argumentos e provas apresentados no processo⁽⁸⁾.

(6) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 443.

(7) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil — teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.047.

(8) GUNTHER, Luiz Eduardo. A fundamentação da sentença no novo CPC e sua repercussão no processo do

E o que indicam os incisos do questionado parágrafo? Informam que não é fundamento e que, portanto, atingem a Constituição:

a) decisão genérica, construída ou não sob a forma de paráfrase de lei ou qualquer outro ato normativo (inciso I), de enunciado de súmula de jurisprudência de tribunal superior (inciso V) ou mediante a utilização de motivação aplicável em qualquer caso (inciso III). Solução, portanto, cabível em qualquer caso, porque não aprecia os elementos efetivos da controvérsia; é construída a partir de fórmulas pré-concebidas e se limita a dizer com outras palavras o que está escrito no texto normativo que, supostamente, se aplicaria ao caso⁽⁹⁾;

b) decisão que se vale de conceitos jurídicos indeterminados sem promover a necessária e imprescindível adequação ao caso concreto (inciso II), como ocorre, por exemplo, com a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem indicar porque é razoável e porque é proporcional a solução adotada, a alternativa escolhida. Neste caso, é aquela que se limita a repetir o conceito sem particularizar a sua incidência no caso concreto;

c) decisão que não analisa todos os argumentos relevantes da causa, capazes de conduzir a solução diversa (inciso IV). A respeito desse inciso, aliás, tem-se dito que, a partir dele, o julgador estará obrigado a analisar, um a um, os argumentos contidos

trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC — repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148.

(9) Veja-se, a propósito, decisão do STF: EMENTA: Decisão judicial: ausência de fundamentação e nulidade. Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é “inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais”: não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra. (RE 217631, relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 9.9.1997, DJ 24.10.1997, p. 54.194 EMENT VOL-01888-12, p. 02.408).

na petição inicial e na defesa, tal qual um autômato, olvidando, quem assim pensa, que o legislador menciona “argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Se, por exemplo, o debate girar em torno do número de horas extras, o empregador alegar quitação e esta alegação não houver sido apreciada na sentença, evidente que se mostra defeituosa a decisão porque, se acolhida, o resultado seria alterado, se for demonstrado não mais haver créditos a serem ressarcidos. O mesmo ocorreria, por exemplo, se a defesa invocasse a existência de acordo de prorrogação de jornada, na mesma situação; o resultado final seria modificado.

Não são, portanto, todos, mas aqueles que, se acolhidos, possibilitariam solução distinta, ou seja, argumentos relevantes e, nesse aspecto, nada há de novo.

Não houve inovação significativa na forma de apreciação da prova, quando comparada a redação do art. 131 do CPC/73⁽¹⁰⁾ com a do art. 371 do CPC.⁽¹¹⁾ Neste último, menciona-se que o julgador, ao fazê-lo — no seu conjunto (“apreciará a prova constante dos autos”) —, deverá indicar “as razões da formação do seu convencimento” e, naquele, embora houvesse referência à apreciação livre da prova produzida nos autos, também se afirma que lhe incumbe “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Em ambas as hipóteses, mantém-se a prerrogativa quanto à interpretação dos fatos e aplicação da norma, a sua autonomia e liberdade

de valoração da prova, de lhe atribuir o significado que os autos permitem e igualmente em ambos se identifica o dever de apontar a motivação.

Na essência, o debate havido em torno da mudança promovida decorre de equivocada compreensão do princípio do livre convencimento motivado, previsto no primeiro dos dispositivos citados, isto é, a liberdade de apreciação e valoração da prova, com o dever de indicar, na decisão, as razões que o levaram a adotar determinada conclusão. Ao longo da vigência do diploma processual de 1973, identificaram-se, em algumas decisões, distorções na aplicação desse princípio, ao ser compreendido como a total e completa ausência de fundamentação ou a possibilidade de o juiz decidir da forma como bem lhe aprouvesse, distanciado dos elementos contidos nos autos, revelados pela prova produzida. Liberdade para interpretar confundida com liberdade para decidir.

Essa autorização não havia no Código de 1973, nem há agora. A exclusão da expressão “livremente”, identificada na comparação entre as duas realidades normativas, não alterará o cenário, pois qualquer espécie de desvirtuamento na constatação do que as provas demonstraram nunca foi nem será autorizado por lei, diante do direito fundamental contido no art. 93, IX, da Constituição. Livre convencimento motivado não se confunde com a liberdade de escolha da decisão e não encontra óbice na força vinculante da tese do precedente judicial, no novo cenário normativo.

Evidentemente, também é necessário que os argumentos das partes sejam coerentes entre si e guardem pertinência com a questão jurídica controvertida. Argumentação irrelevante, ainda que faça parte da defesa ou da petição inicial, carecerá de exame, pois não será capaz de alterar a decisão; se o for, a obrigação de hoje será a de amanhã, como foi a de ontem: apreciá-la, e nisso não há nada de novo, repita-se.

(10) “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1973)

(11) “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Por outro lado, o dever de fundamentação imposto ao magistrado possui correlação direta com o dever de argumentação atribuído às partes. É resposta devida às questões jurídicas que integram a controvérsia. Corresponde ao

[...] dever de dialogar com a parte a respeito dos *argumentos capazes de determinar por si só* a procedência ou improcedência de um pedido – ou de determinar por si só o conhecimento, não conhecimento, provimento ou desprovimento de um recurso [...] de que falam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para, em seguida, concluírem:

“Isso quer dizer que todos os *demaís argumentos* só precisam ser considerados pelo juiz com o fim de *demonstração de que não são capazes de determinar conclusão diversa* daquela adotada pelo julgador”.⁽¹²⁾

Uma palavra também deve ser dirigida aos argumentos genéricos formulados pelas partes, não raras vezes lançados sem qualquer correlação com o tema controvertido. Em quase todos os recursos de revista interpostos consta preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sem que seja indicado, de modo preciso, o defeito contido na decisão, como também faz parte dos agravos de instrumento a alegação de usurpação de competência por parte do Presidente do TRT, ao negar seguimento ao recurso de revista. Para tais afirmações, a resposta deve ser prestada de maneira idêntica;

d) decisão que deixar de observar a força obrigatória do precedente judicial, sem apontar as razões da distinção ou da superação, elementos comuns à teoria consagrada, de modo expresso, desde a Lei n. 13.015/2014, e constitui importante inovação: impor ao magistrado o dever de mencionar as razões com base nas quais o caso por ele examinado não se enquadra no

precedente, diante de sua força obrigatória. Ademais, caberá ao tribunal indicar os fundamentos que evidenciam a sua superação, técnicas próprias do sistema de precedentes judiciais, que fazem parte do processo do trabalho desde setembro de 2014.

Nesse último aspecto, convém assinalar que o Código inova e o faz de modo a deixar clara a força obrigatória dos precedentes judiciais, ao prever que caberá reclamação nas hipóteses previstas no art. 985, § 1º⁽¹³⁾, e art. 988⁽¹⁴⁾.

Convém ressaltar que não é suficiente à parte simplesmente arrolar precedentes nas peças de ataque e de defesa, com o intuito de obter o pronunciamento do órgão do julgador na análise de cada um deles.

Em face do dever de argumentação que lhe é imposto, a indicação de cada precedente deve estar acompanhada das razões que justificam a sua aplicação ao caso em exame, sob pena de constituir alegação genérica, contrária, por conseguinte, ao Princípio da Dialecticidade, e que autoriza o relator a não conhecer do recurso (art. 932, III⁽¹⁵⁾), aplicável também nas demais instâncias como decorrência natural da previsão contida no art. 341⁽¹⁶⁾.

(13) § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

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

I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei n. 13.256, de 2016)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei n. 13.256, de 2016)

(15) Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

(16) Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes

(12) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445-446.

É certo que a regra legal menciona “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte” e, como se sabe, não possuem o mesmo significado, nem produzem o mesmo efeito no processo.

Enquanto o precedente, editado à luz do Microsistema de Formação Concentrada de Precedentes, possui força obrigatória e, por isso mesmo, se impõe às demais instâncias e ao próprio Tribunal, o mesmo não ocorre com as súmulas anteriores à Lei n. 13.015/2014 e ao CPC, dotadas, como visto, de caráter persuasivo.

O mesmo ocorre com a “jurisprudência”, que deve ostentar as características de estabilidade, integridade e coerência (art. 926).

Em qualquer dessas hipóteses, deverá a parte indicar as razões pelas quais se aplicariam ao caso concreto os julgados que indicar; não é suficiente apenas relacioná-los.

Ao promover a compatibilização de tais regras com o processo do trabalho, o TST, por meio da Instrução Normativa n. 39/2016, pronunciou-se afirmativamente, ao incluí-lo entre os dispositivos aplicáveis (art. 3º).

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao processo do trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

[...]

– art. 489 (fundamentação da sentença);

Na sequência, detalhou, com maior precisão, no inciso I, os contornos dessa aplicação subsidiária. Inicialmente, ao esclarecer o conceito de

da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

- I – não for admissível, a seu respeito, a confissão;
- II – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;
- III – estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

“precedente”, para fins de amparar o julgamento liminar de improcedência (art. 332) e de indicar aqueles que possuem força obrigatória (art. 927).

Fê-lo em virtude da peculiaridade da existência de Orientações Jurisprudenciais da SbDI-I, que podem vir a ser editadas, se assim entender o Colegiado, no julgamento das demandas repetitivas que a ela estão submetidas, além de também contemplar a nova realidade da tese jurídica prevalecente como resultado do julgamento dos incidentes destinados à uniformização da jurisprudência:

Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no processo do trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao processo do trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo **Tribunal Superior do Trabalho** em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado.

No inciso II, deixou-se claro que os precedentes, ainda que pertençam às espécies indicadas no inciso I, somente serão dotados de força obrigatória se possuírem, explicitamente, os fundamentos que a sustentam, a denominada *ratio decidendi*. Não constitui precedente enunciado meramente genérico,

que não contém o suporte fático-jurídico no qual tenha sido amparada a conclusão final adotada pelo órgão julgador:

II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

Esse esclarecimento se mostra particularmente importante para afastar qualquer espécie de dúvida quanto à natureza jurídica das súmulas e orientações jurisprudenciais expedidas pelos TST no período anterior à vigência da Lei n. 13.015/2014: em regra, são meramente persuasivas e, por isso, não dotadas de força obrigatória.

Como visto, se fizerem parte da defesa ou da peça inicial precedentes dos tipos referidos, especialmente uma das súmulas ou OJs emitidas antes da vigência da Lei n. 13.015/2014, deverão estar acompanhadas de argumentação formulada pelo advogado, para demonstrar a pertinência temática com a tese nele contida; só dessa forma caberá a manifestação do juiz.

De igual modo, relevante o esclarecimento contido no inciso III, ao se referir à necessidade de manifestação do juiz sobre todos os argumentos deduzidos no processo. Todavia, não inclui a apreciação de questão na qual houver relação de subordinação com outra anteriormente apreciada (questão subordinante) ou, como afirma José Carlos Barbosa Moreira, “questões prioritárias”⁽¹⁷⁾, entre as quais há precedência lógica, a exemplo do que ocorre com as questões preliminares e prejudiciais:

III – não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar

questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

Com objetividade, esclarece Fredie Didier Jr.⁽¹⁸⁾:

O exame das questões prévias (ou prioritárias) sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, dir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia. As questões prévias dividem-se em prejudiciais e preliminares.

Essa mesma ausência de obrigatoriedade de manifestação se verifica em relação aos fundamentos jurídicos invocados pela parte, que tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula, caso sejam coincidentes com os fundamentos da decisão, ou quando é aplicada a tese jurídica firmada no precedente, desde que presente o mesmo universo fático-jurídico que deu origem à decisão paradigma. É o que consta nos incisos IV e V:

IV - o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V - decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

(17) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil — ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 76.

(18) DIDIER JR., Fredie. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/parecer-conexao-preliminaridade.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

A alforria concedida ao órgão julgador decorre da lógica que preside o sistema de precedentes judiciais. Se houve debate exaustivo em derredor do universo fático e dos elementos jurídicos que ampararam a fixação da tese jurídica e constituíram o precedente judicial obrigatório, não há mais necessidade de ser novamente reavivado; é suficiente a demonstração de que a *ratio decidendi* dele extraída se aplica ao caso objeto de julgamento, em virtude de possuir este último os mesmos elementos de fato e de direito que deram origem àquele.

Isso porque a tese firmada no precedente deverá ser aplicada em todos os casos semelhantes e somente se admitirá o seu afastamento se for demonstrada, fundamentadamente, a existência de distinção, em virtude de hipótese fática ou de questão jurídica não examinada que justifique a solução adotada, ônus atribuído à parte interessada, como indica o inciso VI:

VI – é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

É a presença do que se pode denominar de “elementos de distinção”, ou *distinguishing* (ou *distinguish*) no *common law*, ao caso. Não havendo identidade entre as questões debatidas no caso paradigma e no objeto de julgamento, ônus a cargo da parte.

Consiste na “recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual”, afirmam José Miguel Garcia, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire⁽¹⁹⁾.

(19) MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 695.

Cabe o alerta feito por Fábio Rodrigues Gomes⁽²⁰⁾:

[...] uma leitura equivocada (ou mal-intencionada) do significado do *distinguishing* pode soterrar de vez a vinculação decisória, bastando ao aplicador sublinhar esta ou aquela filigrana para correr a passos largos da solução anterior. Por esta razão, o cerne da diferenciação encontra-se na identificação, caso a caso, dos fatos relevantes (*material facts*) para a tomada de decisão. Mas qual seria o critério de seleção do que é ou não é relevante? Sinto informar que não há um critério seguro *a priori*. Caberá ao destinatário da decisão e aos demais órgãos de fiscalização avaliar a construção hermenêutica do julgador e, mediante uma radiografia argumentativa, indicar se é ou não o caso de uma distinção inapropriada ou inconsistente (*inconsistent distinguishing*).

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, constitui técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente e, com base nas lições de Marcelo Alves Dias de Souza, Celso de Albuquerque Silva e José Rogério Cruz e Tucci⁽²¹⁾, afirmam que estará presente quando

[...] houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caos em julgamento afasta a aplicação do precedente. [...] é o método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.

(20) GOMES, Fábio Rodrigues. *Distinguishing, Overruling e Overiding*: apertem os cintos, o caso-piloto sumiu. In: BELMONTE, Alexandre Agra. *A nova lei de recursos trabalhistas*. Lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015. p. 91.

(21) DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 406.

Alertam, todavia, que

[...] muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencie do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.

Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).⁽²²⁾

Ainda no processo de individualização das normas aplicáveis, o TST definiu o alcance dos 9º e 10, relativamente ao princípio do contraditório, particularmente quanto à vedação da “decisão surpresa”, ao qualificá-la como sendo a aquela que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

Assim o fez em virtude da regra existente na parte final do *caput* do art. 893 da CLT que consagra o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, regente da atividade recursal no processo do trabalho, o que revela a possibilidade de preservação do que se pode denominar de “contraditório diferido”

ou “contraditório postergado”, que dilata a possibilidade de impugnação das questões decididas ao longo do processo, apenas quando da interposição do recurso à decisão que lhe puser fim.

Além disso, também levou em consideração o princípio da celeridade, pedra angular do processo do trabalho, ao lado da natureza alimentar do crédito nele perseguido, o que reclama, sempre, urgente e efetiva solução.

De igual modo, valendo-se de experiências constatadas em Portugal, como registrado na Exposição de Motivos que acompanhou a norma, afastou desse conceito a decisão que, “à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário”.

Instrução Normativa n. 39/2016:

Art. 4º Aplicam-se ao processo do trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os arts. 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por “decisão surpresa” a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.

Representou, de fato, mitigação justificada do princípio do contraditório, mas para torná-lo compatível com o processo do trabalho, em face de suas peculiaridades (concentração, oralidade, celeridade etc.) e da natureza alimentar do crédito, como afirmado.

(22) Autores e obra citada, p. 406-407.

É certo que se trata de norma de conteúdo aberto, mas caberá à jurisprudência, aos poucos, identificar as situações nas quais não existirão obstáculos para a prolação de decisão do juiz, diante da obrigação de ser prevista pelas partes, pois resultantes de condições da ação, de pressupostos de admissibilidade de recurso e dos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário, como ocorre com a regularização da representação processual (art. 76⁽²³⁾).

Por conseguinte, para o processo do trabalho, a garantia de respeito ao contraditório: i) não estará violada, se a decisão basear-se em fundamento submetido anteriormente ao contraditório, em qualquer fase do processo; ii) não estará violada, se reconhecer a ausência de pressupostos processuais, pressupostos recursais e qualquer outro requisito necessário à constituição do processo ou ao seu desenvolvimento regular, assim como para o julgamento do mérito da demanda ou conhecimento do recurso, salvo os casos expressamente previstos; iii) estará violada, se adotar fundamento que não tenha sido submetido ao contraditório prévio, quando do julgamento final do mérito da controvérsia.

Retornando ao art. 489, os demais parágrafos complementam as exigências contidas no § 1º.

(23) Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I – o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II – o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III – o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I – não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

II – determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

No § 2º, o legislador procurou corrigir prática bastante comum relativamente à ocorrência de conflito entre normas ou, na expressão de Norberto Bobbio, a antinomia, por ele conceituada como a “situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” ou “o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas” (24).

Nessa hipótese, é muito comum serem invocados princípios sem que se desenvolva o juízo de pertinência ao caso concreto. Como consequência, razões idênticas são adotadas para soluções inteiramente distintas e discrepantes, como ocorre nos casos de pretensões reparatórias decorrentes de danos materiais ou morais: os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são invocados para elevar, manter ou reduzir valores de indenização, sem que o magistrado explice as razões pertinentes ao caso concreto.

Invocar princípio, enquanto norma jurídica, como fundamento, não exime o julgador de indicar a razão de pertinência ao caso concreto:

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

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Em outras palavras:

O Código fala em *ponderação*, mas pode ser o caso de o conflito normativo ser resolvido com o emprego da *proporcionalidade*. No primeiro caso, deve o juiz ‘justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão’. No segundo, deve o juiz retratar a relação entre meio e

(24) BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. reimp. Brasília: Polis; Universidade de Brasília, 1991. p. 88-91.

fim e justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. O emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer referência às suas funções e àquilo que no caso concreto autoriza o respectivo emprego, constitui violação ao *dever judicial de fundamentação analítica*.⁽²⁵⁾

Finalmente, em caso de omissão quanto à observância de qualquer uma das regras inseridas no dispositivo em foco (§ 1º do art. 489), o legislador previu o cabimento dos embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, II):

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I – [...]

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

De passagem, outra forma comum de fundamentação banida pelo Código é a repetição, no julgamento do agravo interno, dos fundamentos contidos na decisão agravada, para julgá-lo improcedente, conforme previsto no § 3º do art. 1.021:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[...]

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

Essa afirmação, contudo, comporta ponderação. Isso porque igualmente decorre do dever de argumentação imposto ao agravante. É evidente que ele deve se manifestar sobre a decisão impugnada e, para tanto, invocar fundamentos que autorizariam a sua revisão. Se se limita a repetir o quanto já afirmado no recurso anteriormente interposto, não caberá ao relator outro caminho senão o mesmo já percorrido: repetir a fundamentação.

(25) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 449.

Essa é a constatação extraída da conjugação do citado § 3º com o § 1º do mesmo artigo, que impõe ao agravante o dever de impugnar, de modo especificado, os fundamentos da decisão agravada:

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

Atento a essa obrigação, o TST, no art. 15, VI, da IN n. 39/2016, reafirmou o dever de argumentação atribuído à parte que se vale de precedente,:

VI – é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Não quer dizer, em absoluto, que tenha havido proibição à decisão monocrática, mesmo porque expressamente autorizada no art. 932. O que se combate é a decisão genérica, estéril, distanciada dos fatos da causa. O julgador pode, desde que rebata os argumentos contidos no apelo, aproveitar fundamentos que já externou e acrescentar outros que entenda cabíveis e adequados. A mera repetição automática, esta, sim, não mais é possível.

Uma última manifestação cabe em torno da aplicabilidade aos processos submetidos ao rito sumaríssimo, diante da regra contida no art. 852-I, que transcrevo:

Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. (Incluído pela Lei n. 9.957, de 2000)

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum. (Incluído pela Lei n. 9.957, de 2000)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei n. 9.957, de 2000)

§ 3º As partes serão intimadas da sentença na própria audiência em que prolatada. (Incluído pela Lei n. 9.957, de 2000)

Percebe-se que, ao dispor sobre a estrutura da sentença nesse rito procedimental, o legislador tingiu-a com as cores do resumo e da informalidade. É suficiente que nela conste o resumo dos fatos relevantes ocorridos no curso do processo (menciona-se “ocorridos em audiência”), além de ser dispensada a elaboração do relatório.

Contudo, também indicou que deve conter “os elementos de convicção do juízo”, e estes nada mais são do que a fundamentação de que trata o art. 489 e seu § 1º.

É evidente que poderá fazê-lo de forma sintética, mesmo porque essa é a ilação que se extrai do dispositivo, mas igualmente está vinculado às regras gerais contidas no § 2º ora analisado, pois, mesmo que limitados a patamar de até quarenta salários mínimos, nos processos submetidos ao rito sumaríssimo, igualmente são asseguradas as garantias constitucionais aos litigantes.

Resumindo:

- a) a regra prevista no art. 489 e seus parágrafos não é inconstitucional. Muito ao contrário, observa e respeita o direito de fundamentação à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição da República);
- b) não acarreta prejuízos ao andamento do processo;
- c) não constitui novidade, exceto quanto à força obrigatória dos precedentes judiciais invocados pela parte, os quais, todavia, devem ser acompanhados da respectiva argumentação, como corolário do Princípio da Dialética;
- d) alegações genéricas não ensejam resposta particularizada do órgão julgador;
- e) não constitui problema insolúvel para os magistrados que, verdadeiramente, fundamentam as suas decisões.

Portanto, decisão corretamente fundamentada à luz do CPC/73 não sofrerá impacto com o novo regramento.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. reimp. Brasília: Polis; Universidade de Brasília, 1991.

DIDIER JR., Fredie. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/parecer-conexao-preliminaridade.pdf>> Acesso em: 4 abr. 2016.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

GOMES, Fábio Rodrigues. *Distinguishing, Overruling e Overriding*: Apertem os Cintos, o Caso-Piloto Sumiu. In: BELMONTE, Alexandre Agra. *A nova lei de recursos trabalhistas*. Lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A fundamentação da sentença no novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho*. In.: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (org.). *Novo CPC — repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIGA, Flávio da Costa. *Comentários sobre a parte geral do novo CPC*. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Orgs.). *Processo do trabalho* (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 4. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil — ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil — teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Temas polêmicos do novo CPC e sua aplicação no processo do trabalho

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva^(*)

Resumo:

- A expectativa geral é a de que o *novo* Código de Processo Civil coloque fim à morosidade do Poder Judiciário e implemente a efetividade processual. Não obstante, com sua normativa burocrática e a *exacerbação do contraditório e da ampla defesa*, aliadas ao incentivo à celebração de *negócios jurídicos processuais*, o resultado pode não ser o esperado. Temo que não haverá *justiça eficiente* (art. 8º do novo CPC) com o novo CPC. Por isso, os atores que atuam na Justiça do Trabalho têm a árdua tarefa de verificar se a nova normativa trará avanços ao processo do trabalho, para que neste possa ser aplicada. Especial atenção devem merecer, nessa análise, os arts. 15, 133 e ss., 489 e parágrafos do novo CPC. Penso, a esse respeito, que o art. 769 da CLT não foi revogado, pois ele serve de anteparo às intromissões indevidas das normas do novo CPC na seara laboral; o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não deve ser aplicado na Justiça do Trabalho, dada sua manifesta incompatibilidade com o princípio inquisitivo; e, enfim, a sentença do juiz do trabalho não necessita atender ao extenso *checklist* do novo CPC, dada a infinidade de questões fáticas e jurídicas que são colocadas à sua análise. Que os atores trabalhistas não se iludam com o fascínio da novidade.

Abstract:

- The general expectation is that the new Brazilian Civil Procedure Code put an end to the slowness of the Judiciary and implement the procedural effectiveness. Nevertheless, with its bureaucratic rules and the exacerbation of the contradictory, coupled with incentives for procedural contracts, the results can not be the expected. I fear that there will be no efficient justice (art. 8, CPC) with the new CPC. Therefore, the actors who act in the labour courts have the arduous task of verifying whether the new rules will bring advances to the labor procedure, so that they can be applied. Special attention should be given, in this analysis, to the articles 15, 133 and 489 and his paragraph in new CPC. I think, about this matter, that the article 769 of Brazilian Consolidation of Labour Acts (CLT) has not been revoked, but it serves as a shield to the interferences of the new CPC standards in labour procedure; the new civil procedure of the disregard of the legal entity should not be applied in the labour courts, because of its manifest incompatibility with the inquisitorial principle; and, finally, the labour

(*) Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São

Paulo (USP). Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP. Membro do Conselho Técnico da Revista do TRT da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional). Professor da Escola Judicial do TRT-15.

judge's decision does not need to observe the extensive checklist of the new CPC, because of the multitude of factual and legal questions that are put to their analysis. Labour actors should not deceive with the allure of novelty.

Palavras-chave:

- ▶ Novo CPC — Aplicação supletiva e subsidiária — Processo do trabalho — Desconsideração da personalidade jurídica — Fundamentação da sentença.

Keywords:

- ▶ New Brazilian Civil Procedure Code — Supplementary and subsidiary application — Labour procedure — Disregard of legal entity — Reasoning of judicial decisions.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Nota introdutória
- ▶ 2. Aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC
- ▶ 3. Força normativa dos valores e princípios
 - ▶ 3.1. Os princípios no processo do trabalho
 - ▶ 3.2. O princípio inquisitivo e o negócio jurídico processual
- ▶ 4. Desconsideração da personalidade jurídica
- ▶ 5. A fundamentação da decisão judicial
 - ▶ 5.1. Sentença omissa e embargos de declaração
 - ▶ 5.2. Aplicação no processo do trabalho
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Nota introdutória

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil — Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 —, todos os atores jurídicos passaram a se preocupar com o estudo de sua extensa normativa, a fim de interpretá-la da melhor maneira possível, antes mesmo de sua entrada em vigor, que ocorrerá um ano após a data de sua publicação (art. 1.045 do novo CPC).

Essa preocupação é ainda mais evidente para os que atuam na Justiça do Trabalho porque nesta, além da necessidade de os atores jurídicos bem compreenderem o sentido e o alcance das regras do novo Código, surge a árdua tarefa de se verificar a possibilidade de aplicação *subsidiária ou supletiva* delas ao processo do trabalho.

Por certo que, tratando-se de um *novo* Código de Processo Civil, a expectativa é de que seja um ótimo Código, editado não apenas para atualizar as regras do CPC de 1973, mas também para atender aos anseios da sociedade brasileira, que tanto reclama da morosidade do Poder Judiciário, de sua ineficiência e de injustiças perpetradas em sua atuação.

Contudo, já numa primeira análise da normativa constante dos 1.072 artigos do novo CPC, a impressão não é das melhores, pelo menos sob a ótica do juiz verdadeiramente preocupado com a rápida e justa solução das demandas submetidas à apreciação do Judiciário. Com efeito, a par de conferir enfoque especial às *garantias constitucionais do processo*, concretizando os reclamos doutrinários de

um processo constitucional, o novo Código promove uma *exacerbação do contraditório e da ampla defesa*, com um regramento extremamente burocrático, que tornará a prestação jurisdicional muito mais morosa, o que pode conduzir a severas injustiças.

Ademais disso, num aparente retorno ao séc. XIX, o novo CPC encampa teoria minoritária que conclama por uma maior participação das partes — que é salutar, sob a perspectiva da *cooperação* entre os atores processuais, prevista no art. 6º e tão insistentemente preconizada em vários outros dispositivos —, possibilitando a celebração de *negócios jurídicos processuais*, como se o processo não mais fosse um método estatal impositivo de solução de conflitos intersubjetivos de interesses, que deve funcionar mediante normas de ordem pública, posto que, em regra, as partes em conflito procurarão regras procedimentais que lhes sejam benéficas, ainda que isso conduza a uma amplitude de defesa incompatível com a *efetividade processual*, garantia constitucional (inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88) agora normatizada também no âmbito do CPC (art. 4º).

Ora, pensar em negócio jurídico processual para alteração do procedimento a ser seguido, de modo a vincular o juiz da causa, que poderá *apenas controlar* a legalidade desse negócio, remonta à visão privatista do processo — ideia do processo como um contrato ou quase-contrato —, tão combatida ainda no séc. XIX, até que finalmente se entendeu o processo judicial como um instituto de natureza pública, composto de uma relação jurídica (processual) e de um procedimento. Ainda que o *publicismo* extremado deva ser combatido, não se resolve um problema criando outros mais graves. O que chama a atenção nessa primeira análise, inclusive pela comemoração de renomados processualistas civis e dos grandes advogados e/ou escritórios de advocacia, é que esse “*enquadramento*” do juiz atenderá muito mais aos que se beneficiam da burocratização do processo, bem como do “inchaço” do procedimento, do que aos legítimos interesses de

mudança para se alcançar uma *justiça eficiente* (art. 8º).

O que se espera é que os atores do processo do trabalho, desde a doutrina aos que atuam na formação da jurisprudência trabalhista — juízes, desembargadores, ministros, advogados, membros do Ministério Público do Trabalho e outros —, não se iludam pelo fascínio da novidade, mas que *revigorem* a boa normativa da velha CLT, para que se proceda à utilização das normas do novo Código de Processo Civil apenas naquilo que, *efetivamente*, possa contribuir para uma Justiça do Trabalho ainda mais rápida e justa.

2. Aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC

Por certo que a norma a despertar o maior interesse investigativo para os juslaboralistas é a do *novel* art. 15. Sobre esta norma muitas linhas doutrinárias serão escritas, quiçá teses, cada qual procurando nessa inovação processual pontos positivos ou negativos para sustentar seus posicionamentos. É, sem dúvida, a norma sobre a qual todos devemos nos debruçar, pois a interpretação prevalecente sobre ela será a *bússola* que guiará a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho.

Eis a dicção da norma:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, *trabalhistas* ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas *supletiva e subsidiariamente*. (destaquei)

Nesse passo, o legislador inova de forma surpreendente, pois, em regra, é a legislação especial que disciplina sobre a aplicação subsidiária da normativa geral, exemplificando-se com os arts. 769 e 889 da CLT, bem como com o art. 1º da Lei n. 6.830/80.

A boa notícia deste art. 15 é que, finalmente, o próprio legislador brasileiro reconheceu, formalmente, não somente a existência do processo do trabalho, mas sua *autonomia* em relação ao processo civil, ao disciplinar que

somente na ausência de norma específica este poderá atuar sobre aquele. De modo que este artigo pode ser considerado como uma “certidão de reconhecimento” do processo trabalhista brasileiro. Afinal, na “orgulhosa família do direito processual”, o processo do trabalho sempre “foi encarado como uma sorte de meio irmão” de ascendência duvidosa, cuja presença era conveniente ignorar, ainda que seu sucesso inspirasse a criação de outros “seres” — por exemplo, o procedimento da Lei n. 5.478/68, que disciplina a ação de alimentos, praticamente uma cópia do procedimento da CLT⁽¹⁾.

De se destacar que a menção ao processo do trabalho não constava no PL do Senado Federal, tendo surgido no PL substitutivo da Câmara dos Deputados, no qual se agregou a locução “supletiva e subsidiariamente”. Se a doutrina por vezes utilizava estas expressões como sinônimas, doravante terá que empreender todo um *esforço hermenêutico* para deduzir que são distintas, cada qual com seu significado.

Manoel Carlos Toledo Filho⁽²⁾ observa que, em conformidade com os léxicos, “o vocábulo supletivo se refere a servir de suplemento”, sendo, assim, “a parte que se junta a um todo para o ampliar ou aperfeiçoar”, referindo-se também a “suprir, que, por sua vez, significa completar, inteirar ou preencher”. De outra parte, “o vocábulo subsidiário se reportaria a subsídio, cujo significado é o de auxílio ou ajuda”.

Em outras palavras, *subsidiário* é o que fortalece, que serve como um reforço, em situações ainda não normatizadas. Por isso, fala-se em aplicação subsidiária de normas nas lacunas jurídicas. A sua vez, *supletivo* é aquilo que completa, que complementa algo existente, servindo para os casos nos quais a norma existe, mas é insuficiente ou desatualizada.

A se pensar assim, estaríamos diante da doutrina das lacunas *primárias* e *secundárias*, atuando a expressão “subsidiária” na primeira hipótese e o termo “supletiva” na segunda. A propósito, Maria Helena Diniz⁽³⁾, na monografia mais festejada sobre o tema na doutrina brasileira, após apontar a *incompletude do sistema jurídico*, diante de suas lacunas — porque o sistema não consegue prever regras, na lei ou no costume, para todos os fatos sociais —, assevera que existem as seguintes *espécies de lacuna*: 1ª) a normativa (não existe a norma); 2ª) a ontológica (a norma existe, mas está envelhecida ou ancilosada); e 3ª) axiológica (a norma existe, mas é injusta ou insatisfatória).

Com efeito, se houver lacuna primária (normativa) na legislação processual trabalhista, será possível a aplicação *subsidiária* da normativa do novo Código de Processo Civil. Contudo, ainda que não haja referida lacuna, em sendo a norma do processo do trabalho envelhecida ou insatisfatória (lacunas secundárias), seria possível a aplicação *supletiva* daquela normativa.

Como pondera Manoel Carlos⁽⁴⁾, o que a norma do art. 15 claramente disciplina “é que os preceitos constantes do novo CPC deverão ser utilizados no âmbito do processo trabalhista sempre e quando tal utilização sirva para, *simultaneamente*, completá-lo e auxiliá-lo, é dizer, para agregar-lhe *eficiência*, para torná-lo mais *efetivo ou eficaz*” (destaques no original).

Entrementes, não pode o intérprete, jamais, olvidar-se da norma do art. 769 da CLT, *regra-matriz* que serve de *filtro* a todas as intromissões das normas do processo comum ao processo especial do trabalho. Esta norma é um verdadeiro *alicerce* cuja ignorância ou afastamento poderá fazer ruir todo o sistema processual trabalhista.

(1) TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 327-342.

(2) *Idem*.

(3) DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8. ed. adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68-70 e 95.

(4) TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil*.

Para o devido cotejo, de se transcrever esta norma basilar:

Art. 769. Nos casos *omissos*, o direito processual comum será fonte *subsidiária* do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for *incompatível* com as normas deste Título. (destaquei)

Bem se vê que a norma *própria* do processo do trabalho já tratava, há muitos anos, da incompletude (*omissão*) do sistema processual laboral, prevendo a possibilidade de aplicação *subsidiária* (lacuna primária) da normativa do processo comum – do Código de Processo Civil e da vasta legislação esparsa –, desde que atendido o requisito *sine qua non* para tanto: a *compatibilidade* daquelas normas com as do processo do trabalho.

E agora, como ficamos, se uma regra posterior tratou da mesma matéria? Três *interpretações* possíveis: 1ª) o art. 15 do novo Código de Processo Civil revogou o art. 769 da CLT — lei posterior revoga lei anterior, no conflito de leis no tempo; 2ª) a norma do art. 15 serve de suplemento à do art. 769, complementando-a; 3ª) diante da norma do art. 769 — regra própria —, de se concluir pela inaplicabilidade do art. 15 ao processo do trabalho, que não é omissa quanto ao tema.

A primeira e a terceira interpretações, inclusive por sua radicalidade, devem ser afastadas. Não há falar em revogação do art. 769 da CLT, regra de uma legislação especial, que não seria revogada por uma lei geral. Outrossim, não há mais no sistema jurídico brasileiro — ou não deveria haver, diante dos descuidos de nosso legislador — revogações *tácitas* de normas, em conformidade com o art. 9º da Lei Complementar n. 107/2001.

De outra banda, se ficarmos presos à literalidade da norma do art. 769, perderíamos a grande oportunidade de trazer para o processo do trabalho as inovações do processo civil que conduzem a celeridade, efetividade, eficiência, enfim, ao *acesso à ordem jurídica justa*. Pensando dessa maneira, talvez a jurisprudência trabalhista, principalmente de sua mais alta

Corte, passe a admitir a aplicação *supletiva* de normas que satisfazem plenamente aos cânones aqui invocados, como a do art. 523 e § 1º do novo Código de Processo Civil, correspondente à do atual art. 475-J, cuja aplicação em primeira instância tem conduzido a resultados extraordinários, na Justiça do Trabalho.

3. Força normativa dos valores e princípios

O novo Código de Processo Civil contém avanços significativos — a despeito de normas que revelam grave retrocesso, como veremos, de forma exemplificativa, mais adiante. A começar pelo Livro I, que promove uma mudança de 180 graus em nosso sistema jurídico processual, o qual deverá nortear-se pelas *normas fundamentais*, que poderiam ser concebidas como normas de sobredireito em matéria processual.

Veja-se o teor do seu art. 1º:

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

Este dispositivo revela a importância da construção doutrinária em torno da *força normativa dos valores e princípios*. Ao dispor que doravante o processo civil deve se pautar, em sua ordenação (procedimento a ser seguido), disciplina e inclusive em sua interpretação, pelos *valores e pelas normas fundamentais* insculpidos em nossa Constituição republicana, o CPC de 2015 evidencia a *supremacia* das normas constitucionais sobre as do próprio Código, sobretudo dos valores e dos princípios constitucionais. Com efeito, a *tríade normativa* — regras, princípios e valores — passa a guiar o intérprete e o aplicador das novas regras codificadas.

Paulo Bonavides⁽⁵⁾ afirma que essa construção doutrinária — da *força normativa dos princípios*

(5) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 276-285.

— fez com que a teoria dos princípios se convertesse no *coração* das Constituições. Assim, deixando de ser mera “fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade”. De modo que a jurisprudência dos princípios, enquanto “jurisprudência dos valores”, interpenetra-se com a “jurisprudência dos problemas”, formando a “espinha dorsal” da nova hermenêutica, na época do pós-positivismo. Com efeito, a jurisprudência dos princípios fornece “os critérios e meios interpretativos de que se necessita para um mais amplo acesso à tríade normativa — regra, princípio e valor”. De se enfatizar que essa *tríade normativa* possui uma singular importância “para penetrar e sondar o sentido e a direção que o Direito Constitucional toma (no) tocante à aplicabilidade imediata de seus preceitos”.

Resta, portanto, identificar quais são os valores e princípios constitucionais invocados pelo novo Código de Processo Civil, os quais irão, doravante, guiar o intérprete e o aplicador, na condução do processo comum.

Pois bem, alguns institutos jurídicos têm uma dimensão tão abrangente que podem ser classificados como princípios, fundamentos, direitos e inclusive *valores* de um sistema normativo.

O mais significativo desses institutos é o *princípio ontológico da dignidade da pessoa humana*, tão importante que há uma regra expressa no novo Código determinando a sua observância, a do art. 8º, segundo a qual o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, além de outras diretrizes ali fixadas.

Amplamente sabido que a dignidade humana é um dos princípios *cardiais* de nossa Constituição (art. 1º, III), sendo um dos *fundamentos* da própria República Federativa do Brasil (*caput*). E há regras que mandam

observar, resguardar, promover e até interpretar outras regras com base nessa *máxima da dignidade humana*, como o art. 8º supra-mencionado e tantos outros. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana se torna mais do que um princípio como quaisquer outros, erigindo-se num dos *valores fundamentais* da sociedade brasileira.

Outros valores podem ser lembrados, nessa ótica de *princípios fundantes*, como os *valores* da liberdade, da igualdade, da solidariedade — a famosa tríade que se busca concretizar desde a Revolução Francesa de 1789 —, da vida, da livre iniciativa, dentre outros.

Na seara trabalhista, um valor tão importante — e nem sempre lembrado — é o *valor social do trabalho humano*, insculpido em fundamento, princípio e valor no art. 1º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por isso, a doutrina justralhista mais abalizada enfatiza que o trabalho é, a um só tempo, direito fundamental, fundamento de nosso Estado Democrático (e social) de Direito e um valor que se encontra no ápice de nossa pirâmide normativa.

No tocante aos *princípios constitucionais*, de se pontuar aqueles que têm mais larga aplicação no âmbito processual. Por óbvio, nesse contexto — identificação dos princípios processuais *fundamentais* — não podem caber princípios que são específicos de determinada fase procedimental, como, por exemplo, o princípio da impugnação especificada — que se aplica à defesa —, o princípio da preclusão — que se refere aos prazos —, os princípios relacionados à prova — inclusive o da proibição da prova ilícita — e tantos outros. Por isso, sustenta-se que os chamados princípios *gerais*, como os princípios da demanda, da congruência, do livre convencimento, da oralidade, da lealdade, da instrumentalidade das formas e o princípio dispositivo não passam de regras técnicas, faltando-lhes o *caráter de generalidade* de que são dotados os *princípios de origem político-constitucional*, por referirem-se, aqueles,

apenas a algum setor do direito processual e não ao processo como um todo⁽⁶⁾.

Penso que os princípios *fundamentais* do sistema processual encontram-se previstos na própria Lei Fundamental do País e, portanto, podem ser denominados também de *princípios constitucionais do processo*.

Para Dinamarco⁽⁷⁾, tais princípios *fundamentais* são os seguintes: a) do devido processo legal; b) da inafastabilidade do controle jurisdicional; c) da igualdade; d) da liberdade; e) do contraditório e da ampla defesa; f) do juiz natural; e g) da publicidade. Segundo este renomado autor, o princípio do duplo grau de jurisdição não tem os contornos de autêntica garantia constitucional, e a exigência de motivação das decisões judiciais trata-se, em verdade, de uma projeção do princípio do devido processo legal. Para ele, em suma, a garantia de todo o sistema processual é o *princípio do acesso à justiça*, que é, portanto, o *princípio-síntese e o objetivo final do sistema*.

Entendo que boa parte dos princípios constitucionais processuais acaba reunida no princípio do devido processo legal. Como reconhece Dinamarco⁽⁸⁾, “muitos desses princípios, garantias e exigências convergem a um núcleo central e comum, que é o *devido processo legal*”. Ora, “observar os padrões previamente estabelecidos na Constituição e na lei é oferecer o contraditório, a publicidade, possibilidade de defesa ampla etc.”. De modo que são “inegáveis as *superposições* entre os princípios constitucionais do processo, sendo impossível delimitar áreas de aplicação exclusiva de cada um deles” (destaques no original).

Destarte, é possível sustentar que, em verdade, há na Constituição Federal *três princípios processuais ontológicos*, que consubstanciam

valores fundamentais e podem ser considerados como a *matriz* de todo o sistema processual, a saber:

a) o *princípio do acesso à justiça* — garantia preconizada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e que está agora assegurada também no art. 3º do novo Código de Processo Civil; b) o *princípio do devido processo legal* — de acordo com o art. 5º, LIV, da nossa Constituição, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e c) o *princípio da efetividade* — que foi positivado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, ao inserir, no rol seletivo de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88, o inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. De se registrar que o princípio da efetividade agora está assegurado também no art. 4º do novo Código de Processo Civil.

Não obstante, a cláusula do devido processo legal consubstancia um instituto jurídico bastante abstrato, sendo que, por isso, a maneira mais segura de se buscar o seu sentido e alcance é a de se analisar os seus *subprincípios*, com as suas especificidades. Isso porque o princípio do devido processo legal só se concretiza quando asseguradas algumas *garantias constitucionais*, como as que seguem:

a) *do juiz natural* — garantia consubstanciada em duas normas constitucionais que exigem a fixação prévia das regras de competência e proíbem os tribunais ou juízos de exceção, respectivamente, os incisos LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) e XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

(6) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 196-197.

(7) *Ibidem*, p. 197-198.

(8) *Ibidem*, p. 198.

b) *do contraditório e da ampla defesa* — garantias asseguradas no inciso LV do multicitado art. 5º, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

c) *da motivação das decisões judiciais* — esta garantia constitucional se encontra no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, de acordo com o qual “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*” (primeira parte do inciso);

d) *da publicidade* — garantia prevista no inciso LX do referido art. 5º, quando se preconiza que “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”, também assegurada no inciso IX do citado art. 93 (parte final), ao se assegurar que todos os atos processuais devem ser públicos, salvo se o próprio interesse público exigir o contrário, nos termos fixados em lei, quando poderá ser limitada “*a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*”;

e) *da igualdade* — o direito processual constitucional não tem norma específica sobre o tratamento isonômico que deve ser dispensado às partes, buscando a doutrina fundamento para este princípio no *postulado geral da igualdade*, pois referido princípio, no campo do processo, estaria amparado no *caput* e no inciso I do art. 5º da Constituição Federal, *locus* onde se prevê a garantia genérica da igualdade, com a afirmação de que “*todos são iguais perante a lei*” (*caput*), e de que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*” (inciso I).

3.1. Os princípios no processo do trabalho

A questão é: aplica-se a norma do art. 1º do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho?

Pois bem, o *fundamento ideológico* do processo do trabalho é o *próprio direito do trabalho*, tendo em vista que o processo deve ser entendido como um instrumento do direito material ao qual serve. A natureza *instrumental* do direito processual “impõe que sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do Direito substancial”. Desse modo, “a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”. Afinal, de que adianta “uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe”⁽⁹⁾.

Com efeito, se o processo do trabalho tem como *finalidade primordial* a concretização dos direitos materiais trabalhistas, quando violados, e sendo a grande maioria destes de natureza alimentar, não pode o processo laboral “importar” normas do novo Código de Processo Civil que venham burocratizar seu procedimento, tornando-o menos célere e, no final, menos efetivo.

Sendo assim, a regra do art. 1º do novo Código de Processo Civil, quando evoca a *transcendência dos valores e das normas fundamentais constitucionais*, sobretudo dos princípios processuais insculpidos na Constituição, tem *plena aplicabilidade* ao processo laboral, especialmente no que se refere ao respeito incondicional à dignidade da pessoa humana, ao acesso à ordem jurídica justa e ao binômio celeridade-efetividade.

Sem embargo, o princípio do devido processo legal, com seus *subprincípios* de concretização, deve ser “adaptado” ao ramo justalabalista, sobretudo no tocante ao princípio da igualdade e à exacerbação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. É que no processo do trabalho se aplicam dois princípios antagônicos a essa ordem de ideias, a saber: a) o *princípio da proteção*; b) o *princípio inquisitivo*.

(9) TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006. p. 29, 37 e 43.

Com efeito, no direito material do trabalho, a razão de ser do processo laboral, vigora um princípio diametralmente oposto ao da igualdade, o festejado *princípio da proteção*, a matriz ontológica e ideológica de todo o direito material trabalhista. E esse princípio irradia seus efeitos para o processo do trabalho, o que pode ser verificado pela análise da normativa deste, sobretudo de seu procedimento.

É dizer: torna-se necessário, na análise do direito fundamental ao devido processo, no âmbito da Justiça do Trabalho, pensar que o processo laboral é buscado como *instrumento de realização de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores*, cuja concepção material exterioriza, em diversas ocasiões, *valores fundamentais* para o sistema jurídico, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Manoel Carlos Toledo Filho⁽¹⁰⁾, investigando os fundamentos do processo trabalhista, também afirma que, tal como o direito substancial, o direito processual do trabalho deve assumir, igualmente, “uma ostensiva posição de proteção à parte mais débil da relação jurídica laboral”. Ainda que isto significasse um rompimento drástico com os fundamentos dos cânones judiciais tão escrupulosamente cultivados no processo civil, o processo do trabalho, desde o seu nascedouro, como um processo inédito, *ideologicamente* foi pensado para reparar a disparidade processual entre trabalhador e empregador. O autor citado lembra Trueba Urbina, para quem o direito processual trabalhista reveste-se de uma nítida natureza tutelar, dada a influência nele perpetrada pelas normas de direito substancial. Lembra, ainda, Alfredo Montoya Melgar, segundo o qual o caráter tuitivo historicamente agregado ao direito material deve impregnar, igualmente, o direito processual do trabalho, com vistas à efetivação de uma *igualdade real*, através da implementação de uma desigualdade formal.

(10) TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*, p. 45.

Daí porque o processo trabalhista surgiu como uma *reação histórica* à tradicional incapacidade manifestada pelo processo civil, no sentido de garantir uma justiça eficaz, rápida e gratuita.

Apesar das divergências doutrinárias, apontam-se os seguintes exemplos⁽¹¹⁾, nos quais se manifesta claramente a índole protecionista do processo laboral:

a) a *gratuidade processual* — de acordo com o art. 782 da CLT, “*são isentos de selo as reclamações, representações, requerimentos, atos e processos relativos à Justiça do Trabalho*”, de modo que não há dispêndio algum para o ajuizamento da ação trabalhista, ainda que o juiz não conceda liminarmente o benefício da gratuidade judiciária; além do mais, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, pode ser concedido em qualquer grau de jurisdição “*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*”, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT; ademais, em regra geralíssima, esse benefício só é concedido ao trabalhador e não ao empregador, embora a jurisprudência tenha admitido ultimamente a concessão do benefício a este, em situações excepcionais;

b) a *assistência judiciária gratuita* — que é mais ampla do que a gratuidade processual, de acordo com a Lei n. 1.060/1950, sendo concedida, no processo do trabalho, apenas ao empregado assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, e não ao empregador (art. 14 da Lei n. 5.584/1970);

c) a *inversão do ônus da prova* — em muitas ocasiões se criam presunções favoráveis ao

(11) GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 73. E também MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41.

empregado, muitas decorrentes do princípio da proteção em sede material, assim como a inversão do ônus da prova, situações que nunca socorrem o empregador; de se notar, aliás, que a prática processual trabalhista inspirou o legislador quando da elaboração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no qual se criou uma regra específica de proteção ao consumidor, com a previsão da inversão do ônus da prova em seu favor, mais precisamente no art. 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/1990; aí se encontra a ideia de que se há um hipossuficiente, necessita ele de proteção, não se podendo contentar com a igualdade meramente formal;

d) *o impulso processual ex officio* — é da índole do processo do trabalho o princípio inquisitivo, o que se mostra com toda clareza na possibilidade de o juiz iniciar a execução de ofício (art. 878 da CLT), sendo que esse fato beneficia invariavelmente o trabalhador, já que muito raramente o empregador obtém condenação a seu favor no processo do trabalho, tendo em vista que, via de regra, ele é demandado e não demandante;

e) *arquivamento da reclamação trabalhista* — a regra do art. 844 da CLT é uma das que se apresentam mais protetivas ao trabalhador, tendo em vista que se este não comparecer na audiência não sofrerá praticamente nenhuma consequência de ordem processual, pois haverá apenas a extinção do processo sem resolução do mérito e o arquivamento dos autos; por outro lado, se o empregador não comparecer à audiência inicial ou una, será declarado revel e confesso quanto à matéria de fato; é gritante a *disparidade de tratamento* dado às partes por este dispositivo legal, benefício que não existe em qualquer outro ramo do processo;

f) *regras de competência* — no processo do trabalho, a *regra geral* de competência territorial já é fixada em benefício do trabalhador, ainda que seja réu ou reclamado,

tendo em vista que a competência das Varas do Trabalho é determinada, em regra, pelo local onde o empregado prestar serviços ao empregador, conforme o *caput* do art. 651 da CLT; no processo civil, a *regra geral* é a de que a ação fundada em direito pessoal e em direito real sobre bens móveis seja proposta no foro do domicílio do réu, nos termos do art. 94 do atual CPC — correspondente à do art. 46 do novo Código de Processo Civil —, a despeito de existirem regras protetivas nos demais dispositivos que tratam de competência territorial, naquele Código;

g) *a efetivação de depósito recursal* — por óbvio que o empregado não necessita efetivar depósito recursal para a interposição de recurso, ainda que seja condenado, por exemplo, por litigância de má-fé; assim, a regra do § 1º do art. 899 da CLT se aplica apenas ao empregador, até porque o depósito recursal, que tem a natureza jurídica de *garantia prévia da futura execução*, deverá ser efetivado na conta vinculada do empregado (§ 4º); no processo civil não se exige garantia prévia, ainda que parcial, da futura execução, para a interposição da apelação, o que denota a *enorme diferença procedimental* dos dois processos, o comum e o especializado.

3.2. O princípio inquisitivo e o negócio jurídico processual

Ainda que o princípio inquisitivo possa ser inferido do princípio da proteção, ele é tão importante para o processo do trabalho que se destaca como um *princípio autônomo e específico*, como se poderá perceber pela análise das considerações que seguem.

Vale questionar: a regra do art. 2º do novo Código de Processo Civil se aplica ao processo do trabalho? Eis a norma:

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e *se desenvolve por impulso oficial*, salvo as exceções previstas em lei. (destaquei)

Quanto à iniciativa da parte para a propositura da demanda não há dúvida alguma,

aplicando-se, nessa matéria, o princípio *dispositivo*. Também no que pertine ao exercício dos direitos, faculdades e ônus processuais relacionados à defesa, recursos, impugnações variadas, não pode haver dúvida. Agora, no que se refere à iniciativa na *produção das provas*, o processo do trabalho possui regras essenciais que bem revelam a *predominância do princípio inquisitivo* no seu âmbito, tanto que podemos afirmar ser este um princípio *específico* do processo laboral, dada sua concepção e modo de aplicação nos processos que correm na Justiça do Trabalho.

Vale dizer: o princípio inquisitivo se aplica mesmo é no processo do trabalho, no qual os arts. 765 e 852-D da CLT dão ao juiz *ampla liberdade* na direção do processo, bem como para velar pelo andamento rápido das causas, razão pela qual pode determinar “*qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas*” (art. 765). No procedimento sumaríssimo — ainda aplicável no processo do trabalho, de acordo com o art. 852-A e seguintes da CLT —, pode o juiz do trabalho inclusive *limitar ou excluir* as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias (art. 852-D). Veja-se, a propósito, a regra elucidativa do art. 4º da Lei n. 5.584/1970: “*Nos dissídios de alçada exclusiva das Varas e naqueles em que os empregados ou empregadores reclamarem pessoalmente, o processo poderá ser impulsionado de ofício pelo Juiz*”.

Como reforço de argumento, de se recordar que a grande maioria dos direitos materiais trabalhistas é de caráter *indisponível*; daí porque o princípio da indisponibilidade, conquanto relacionado ao direito material do trabalho, ecoa no campo do processo, armando o juiz do trabalho de instrumentos pelos quais pode praticar inúmeros atos de ofício, em busca da verdade “real”. Para tanto, não deve esperar pela iniciativa da parte trabalhadora no tocante às diligências probatórias, podendo determinar, de ofício, *quaisquer providências* que se façam necessárias. E se a verdade se encontrar do lado do trabalhador, poderá, na execução

ou cumprimento da sentença, agir de ofício para a *plena satisfação* dos direitos materiais reconhecidos, nos moldes do art. 878 da CLT e outros dispositivos correlatos.

Com efeito, a *ampla possibilidade* de aplicação do princípio inquisitivo no processo do trabalho já revela o quanto este processo se distingue do processo civil, motivo pelo qual há de se ter muita cautela na aplicação das normas do novo Código de Processo Civil àquele ramo especializado do direito processual.

É com isso em mente que deve o intérprete verificar a possibilidade de aplicação, ao processo do trabalho, das normas que permitem o chamado *negócio jurídico processual*, especialmente a do art. 190 do novo Código de Processo Civil. Merecem transcrição as normas dos arts. 190 e 191, para uma tomada de posição:

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

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

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

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

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

Apesar de toda a aura de avanço de que é cercada essa normativa, penso que ela implica um *retorno* sem precedentes *ao séc. XIX*, no qual ainda havia séria dúvida sobre ser o

processo um método estatal de solução de conflitos de interesses e acerca da natureza jurídica de suas normas. De todos é sabido que já no final do referido século predominaram as correntes que defendiam a natureza de ordem pública para a normativa processual, *prevalecendo o publicismo* em detrimento do “privatismo” processual.

Como já ressaltado, o processo necessita de regras claras e previamente definidas porque as partes em conflito, na grande maioria dos casos, procurarão estabelecer regras procedimentais que lhes sejam benéficas, ou pelo menos que lhes garanta uma verdadeira amplitude de defesa, sendo muito comum notar-se, no curso do processo, a desigualdade das partes, principalmente quanto ao profissional contratado para a defesa de seus interesses, sem que isso importe em *manifesta situação de vulnerabilidade*. De modo que esse *negócio processual* somente teria sentido para as lides entre as grandes empresas, mas estas podem se valer da *arbitragem*, que será amplamente incentivada a partir da vigência do novo Código de Processo Civil (art. 3º, § 1º). Além disso, o juiz terá de conviver com vários “procedimentos” em sua unidade judiciária, inviabilizando uma padronização que é tão salutar para a *eficiência e celeridade* da prestação jurisdicional.

Essas mudanças no procedimento podem se referir, dentre outras, às seguintes hipóteses: a) *prazos* — majoração ou redução de prazos, numa corrente mais “avançada” inclusive de prazos peremptórios, até mesmo de prazos “regimentais”, como o de fixação de tempo para sustentação oral nos tribunais; b) *penhora* — pacto de impenhorabilidade; c) *execução* — acordo para não se promover execução provisória, dispensa de caução; d) *provas* — dispensa de provas, não utilização de determinado meio de prova; e) *calendário processual*. Ademais, apenas o calendário processual dependerá de homologação judicial, nos termos do art. 191, ao passo que a mudança de procedimento seria *vinculante* para o juiz da

causa, que poderá *apenas controlar* a legalidade desse negócio, recusando-lhe validade apenas e tão somente nos casos de *nulidade* (nulidades processuais, vícios de vontade e vícios sociais), de *inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão* ou nos casos de *manifesta situação de vulnerabilidade* de uma das partes⁽¹²⁾.

Ainda que a definição de calendário processual para a prática de *determinados* atos processuais já ocorra no processo do trabalho — que nunca precisou de regra expressa para autorizar a se fazer o que é bom e leva à celeridade —, o negócio jurídico processual, com toda a *extensão* pensada para o processo civil, é *manifestamente incompatível* com as normas do processo laboral, no qual se aplica o princípio inquisitivo, em busca da solução mais justa e mais rápida possível, nos moldes dos arts. 765, 852-D e 878 da CLT. Não podemos admitir que o processo do trabalho, um *processo pós-moderno*⁽¹³⁾ — ainda que disciplinado na primeira metade do séc. XX — retroceda ao séc. XIX, no qual imperava uma visão privatista do processo, em que o processo era tido como um quase-contrato. O procedimento do processo do trabalho é todo envolto de *normas de ordem pública*, dado o direito material cuja análise e efetivação se propõe, não havendo espaços para amplos negócios jurídicos processuais em seu meio.

Enfim, a consagrada hipossuficiência do trabalhador já revela o quanto ele se encontra em situação de *manifesta vulnerabilidade*, motivo pelo qual não se poderia mesmo aplicar essa normativa, principalmente a norma do art. 190 do novo Código de Processo Civil, ao processo do trabalho.

(12) BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162-165.

(13) Sobre a pós-modernidade da CLT — e, por extensão, do processo do trabalho —, de se consultar a obra de Jorge Pinheiro Castelo, principalmente quanto este autor trata da desconconsideração da personalidade jurídica (p. 349-363). CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil*. São Paulo: LTr, 2003.

4. Desconsideração da personalidade jurídica

O novo Código de Processo Civil traz uma grande inovação no art. 133 e seguintes, criando o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, regulamentando um procedimento *específico* ao referido incidente. Conquanto haja disciplina do instituto sob o prisma do direito material e robusto aporte doutrinário sobre o tema, não havia, no sistema processual, tratamento da matéria.

Sem embargo, o *procedimento burocrático* criado pelo legislador, ainda que receba aplausos por parte da doutrina e tenha a clara intenção de proporcionar o contraditório pleno no exame da questão, bem como de evitar os chamados abusos judiciais na desconsideração de ofício e a penhora de bens de sócios que já não mais faziam parte da sociedade ou que não a administravam, proporcionando-lhes a ampla defesa antes de ver seu patrimônio constrito⁽¹⁴⁾, parece-me que, na prática, o resultado será nefasto. A se aplicar rigidamente o ritual previsto para a desconsideração da

personalidade jurídica da sociedade, a efetividade da medida processual, que por vezes se faz tão necessária à satisfação do crédito — também garantida no art. 4º do CPC de 2015 —, será próxima de zero. Nem se objete que o juiz poderá determinar medida cautelar (tutela provisória cautelar de urgência) de ofício, como o arresto (arts. 9º, parágrafo único, inciso I e 301), porque ela não tem o mesmo resultado prático.

Insta transcrever a norma do art. 133 e parágrafos do novo Código de Processo Civil, para que se possa investigar o seu sentido e alcance. Eis a norma:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado *a pedido da parte ou do Ministério Público*, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os *pressupostos* previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de *desconsideração inversa* da personalidade jurídica. (destaquei)

Verifica-se, portanto, que o legislador criou um *incidente de cognição* — uma verdadeira ação incidental, a depender de “pedido” —, que deve ser instaurado *inclusive na execução*, nos moldes do art. 795, § 4º, do novo CPC. Mais que isso, trata-se de uma hipótese de *intervenção de terceiros* — e que por isso mesmo leva à suspensão do processo —, já que previsto o referido incidente no Capítulo IV do Título III do Livro III do novo Código, exatamente o Título que disciplina o *burocrático e procrastinatório* instituto da intervenção de terceiros. Ademais, a instauração do incidente não poderá ser determinada de ofício, pois passa a depender de *pedido* da parte ou do Ministério Público, quando atue na condição de *custos legis*. E este pedido deve ser devidamente *fundamentado*, colacionando fatos e fundamentos jurídicos que revelem a presença de uma das hipóteses legais, sobretudo das previstas no art. 50 do Código Civil.

(14) TUCCI, José Rogério Cruz e. *Supremacia da garantia do contraditório no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc>>. Acesso em: 29 abr. 2015. Assevera este autor: “Este era mesmo um tema que reclamava tratamento legislativo. A existência de duas categorias bem nítidas de ‘terceiros’ impõe diferente solução na aferição da respectiva responsabilidade patrimonial. A situação na qual o sócio continua na administração da pessoa jurídica executada não é análoga àquela em que o sócio há muito tempo retirou-se do quadro social. A surpresa da desconsideração da personalidade jurídica para este último, supostamente responsável, recomenda a amplitude da defesa, centrada na sua participação efetiva no mencionado incidente processual”.

Então, por que esse procedimento burocrático não foi reservado para essa situação, de retirada do sócio bem antes da desconsideração da personalidade jurídica? Quando o juiz toma essa medida, ele tem diante de si cópia do contrato social e de todas as alterações societárias da sociedade. Seria, portanto, mais salutar que esse procedimento fosse reservado para os casos em que se busque atingir sócios que não mais figuram no contrato social.

Veja-se o *procedimento* deste incidente, conforme os arts. 133 a 137 do novo Código de Processo Civil: 1º) um *pedido expresse* da parte ou do Ministério Público, que se assemelha a uma ação incidental, tanto que deverá haver comunicação imediata de sua instauração ao distribuidor, “para as anotações devidas (§ 1º do art. 134); 2º) a *suspensão do processo*, salvo se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial (§ 2º deste artigo) — hipótese esdrúxula, pois nesse caso o que se tem é a formação de um litisconsórcio passivo facultativo, desde o início, não uma figura de intervenção de terceiros; 3º) a *citação* do sócio ou da pessoa jurídica — desta na desconsideração inversa, em que parte-se da pessoa do sócio para se atingir a sociedade da qual ele seja integrante —, que poderá apresentar *defesa*, tanto que o prazo fixado em seu favor é de 15 dias, o mesmo prazo de contestação (arts. 135 e 335); 4º) se houver requerimento de provas, será designada *audiência de instrução* (arts. 135 e 136); 5º) apenas após todo esse expediente é que o juiz ou o relator poderá proferir a *decisão interlocutória* sobre o incidente (art. 136 e parágrafo único); 6º) desta decisão cabe *agravo de instrumento* (art. 1.015, IV) ou *agravo interno* (parágrafo único do art. 136); 7º) na prática, o juiz será levado a determinar o arresto ou a penhora de bens do sócio ou da pessoa jurídica somente *após o trânsito em julgado* daquela decisão, para que possa, se necessário, declarar a ineficácia da alienação ou oneração de bens, após a citação para o incidente, por fraude de execução (art. 137).

Já é de se imaginar a *absoluta ineficácia* dessa medida, quando se tratar de arresto ou penhora de dinheiro, porque após a citação, ainda no prazo de defesa, não sobrá nada na conta bancária do terceiro (sócio) que, *por lei* (art. 795 e parágrafos do novo Código), é *responsável subsidiário* pelo adimplemento das obrigações da sociedade. Ora, ainda que não (mais) o seja, o procedimento de se determinar primeiramente a constrição de bens — de preferência dinheiro —, que jamais serão

liberados em pagamento ou alienados sem o contraditório, que é apenas *diferido* para um momento posterior à constrição, *não viola* nenhuma das garantias fundamentais do processo. Repita-se: *o contraditório será pleno*, com possibilidade de defesa, suspensão do processo em relação ao terceiro, produção de provas, decisão, recurso etc., mas num momento ulterior ou subsequente (*contraditório diferido*), pois, na prática, sabe-se há muito tempo que, na situação inversa — de contraditório antecipado —, a eficácia da medida é seriamente comprometida.

No entanto, nos domínios do processo civil, assim será para toda e qualquer desconsideração da personalidade jurídica, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil.

Pois bem, esse procedimento *burocrático* se aplica ao processo do trabalho? *Dois teses* podem surgir a respeito dessa questão: 1ª) não há norma sobre a desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho e, diante dessa *lacuna*, há de se exigir esse procedimento; 2ª) ainda que a CLT seja omissa quanto ao tema, esse regramento todo é absolutamente *incompatível* com o processo do trabalho.

Penso que não se fazem necessárias maiores explicações para se concluir pelo acerto da segunda tese e pela total impertinência de se forjar argumentos (forçados) para a conclusão em sentido oposto, somente pelo gosto de se adotar a novidade.

Várias razões poderiam aqui ser alinhavadas para fundamentar a tese que ora se sustenta, mas três bastam a esse desiderato:

1ª) no processo do trabalho *não se exige* a demonstração inequívoca dos pressupostos previstos em lei, como os do art. 50 do Código Civil, porque podem ser utilizados os do art. 28 e parágrafos do CDC (Lei n. 8.078/90), além do que a jurisprudência trabalhista está solidificada no sentido de que *basta a insolvência* da sociedade devedora para que se promova a desconsideração

da sua personalidade jurídica, tendo em vista que todos os sócios que participaram da sociedade *ao tempo* da constituição da obrigação trabalhista por ela respondem, por se tratar da satisfação de *crédito de natureza alimentar*;

2ª) o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como uma figura de *intervenção de terceiros*, é manifestamente *incompatível* com o processo do trabalho, no qual não se admite figura de intervenção que provoque a suspensão do processo — tanto que a hipótese de chamamento à autoria (denúnciação da lide) pela ocorrência do *factum principis*, única intervenção prevista na CLT, em seu art. 486 e parágrafos, praticamente não é mais aplicada na Justiça do Trabalho —, haja vista o direito material ao qual o processo do trabalho serve de mero instrumento;

3ª) no processo do trabalho predomina o *princípio inquisitivo* — que assim se torna um princípio *específico* e que dá *identidade* a este ramo processual —, não somente com fulcro no art. 765 da CLT, mas, nesse caso, com fundamento no art. 878 da Consolidação, segundo o qual o juiz do trabalho ou o tribunal pode iniciar a própria execução (ou cumprimento da sentença) *de ofício*.

Ora, é regra secular de hermenêutica a de que “*quem pode o mais, pode o menos*”. Com efeito, o juiz do trabalho pode determinar, *de ofício*, a desconsideração da personalidade jurídica, ao verificar a insolvência da sociedade devedora, e o faz para a satisfação do crédito *alimentar* trabalhista, inclusive porque a responsabilidade do sócio é *ope legis*, restando escancarada no art. 795 e parágrafos do novo Código de Processo Civil, correspondentes ao art. 596 e parágrafos do CPC atual.

Nem se objete que estes dispositivos precognizam que a responsabilidade dos sócios esteja *prevista em lei* e que o art. 50 do CC/2002 exige a demonstração do abuso da personalidade jurídica, que deve ser consubstanciado numa

situação concreta de desvio de finalidade do objeto social ou de confusão patrimonial entre os bens da sociedade e dos sócios. Como já explanado, este art. 50 é *incompatível* com o processo do trabalho e com o próprio direito material trabalhista, o *fundamento último* de haver um processo especial e uma Justiça especializada.

5. A fundamentação da decisão judicial

É certo que desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se exige a *fundamentação* da decisão judicial, *sob pena* de nulidade, *ex vi* do seu art. 93, inciso IX. Agora, o art. 11 do novo Código de Processo Civil também disciplina essa necessidade, que, aliás, é uma derivação do princípio fundamental do devido processo legal. De que adiantaria tecer regras e mais regras na configuração de um processo que atenda aos ditames constitucionais, assegurando-se às partes a plena participação em contraditório, se o juiz não tivesse de bem fundamentar suas decisões, sobretudo a que resolve o mérito da demanda a ele submetida.

Contudo, o que o legislador quis promover com esta extensa norma de fundamentação da decisão judicial (§ 1º do art. 489 do novo Código) é a necessidade de fundamentação *exaustiva*, inclusive para as *decisões interlocutórias*, o que se torna um verdadeiro disparate. Não é possível atingir a desejada eficiência jurisdicional, tampouco a sonhada efetividade processual — solução justa, no menor tempo possível, incluindo a atividade satisfativa —, se o juiz tiver de atender a todos os caprichos da doutrina, pois este dispositivo — *inconstitucional*, diga-se de passagem⁽¹⁵⁾ —, é fruto

(15) Houve um pedido de veto, feito pela ANAMATRA, pela AMB e pela AJUFE, aos arts. 12, 153 e 942, além dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 489 e do § 1º do art. 927 do novo Código de Processo Civil. No entanto, infelizmente o pedido não foi atendido. Para a ANAMATRA, os §§ 2º e 3º do art. 489 e os incisos III, IV e V e § 1º do art. 927 do novo CPC “exorbitam do poder de conformação legislativa do Parlamento, na medida

da imaginação de quem nunca foi juiz ou de quem nunca sofreu com a demora da prestação jurisdicional. É *puro academicismo*. Esse interminável *checklist* que o juiz tem de observar, ao prolatar a sua sentença ou redigir o seu voto para o acórdão, engessará de tal forma essa tão importante atividade e a tornará tão burocrática que o juiz não conseguirá, seguramente, proferir a metade das decisões que hoje, mesmo com tantas metas, consegue produzir.

Dinamarco⁽¹⁶⁾, em sua prestigiada obra, sempre citada, bem separa as hipóteses nas quais se exige uma decisão bem fundamentada, apontando, de outra banda, situações nas quais *não se pode exigir* do julgador fundamentação exauriente, sob pena de puro apego ao tecnicismo. Veja-se:

Os tribunais brasileiros não são radicalmente exigentes no tocante ao grau de pormenorizações a que deve chegar a motivação da sentença, fazendo a distinção entre a sentença *mal motivada* e a sentença *não motivada*. Toleram-se eventuais omissões de fundamentação no tocante a pontos colaterais ao litígio, pontos não essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa; não se toleram, contudo, omissões quanto ao essencial, sendo nula a sentença que deixe de se pronunciar sobre pontos que, se tivessem sido levados em consideração, poderiam ter conduzido o juiz a decidir de modo diferente. O dever de fundamentar é dimensionado, em cada caso concreto, em

face das questões debatidas na instrução da causa e do grau de relevância de cada uma delas para a solução final. É sempre indispensável que o juiz faça, na motivação da sentença, (a) a interpretação das normas aplicadas, (b) o exame dos fatos e das provas, (c) a qualificação jurídica do conjunto dos fatos alegados e provados (*fatispecie*) e (d) a declaração das consequências jurídicas dos fatos que o juiz reconhece como ocorridos. Tais são a regra e a medida da *inteireza da motivação* (Michele Taruffo), que exige explicitude do juiz sobre todos os pontos relevantes e coerência entre os fundamentos e a conclusão. (destaques do autor citado)

O que se extrai dessa *verdadeira aula* é que o juiz precisa se pronunciar bem sobre todos os fatos e normas suscitadas que sejam *relevantes* para a decisão judicial. De se observar que o mestre paulista dá *igual importância* ao exame dos fatos e das provas — questão que não mereceu atenção do legislador tecnicista, que ficou apegado às questões jurídicas e aos inúmeros atos normativos —, porque isso é fundamental para o controle endoprocessual e extraprocessual da fundamentação da decisão judicial. Contudo, o juiz não precisa ficar tecendo considerações sobre fatos, questões jurídicas ou atos normativos não aplicáveis, irrelevantes ou impertinentes, porque *de modo algum* eles alterariam a conclusão judicial.

É curioso notar que *nenhuma menção* houve à *valoração da prova* sobre os fatos, como se o processo civil convivesse apenas com questões de direito. Nem se objete que isso estaria implícito em alguns dos seis incisos deste art. 489. Nesse ponto, a talvez singela norma do art. 832 da CLT se mostra muito mais completa, sem descer a particularismos que somente podem ser fruto do academicismo, porque prefiro imaginar que o objetivo desta norma não seja o de fomentar as nulidades processuais e, assim, procrastinar a solução das demandas. Todos aqueles que verdadeiramente atuam no Judiciário sabem o que é uma decisão bem fundamentada e, em contrapartida, o

em que terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juizes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos". Notícia: *Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em: 11 maio 2015.

(16) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 661-662.

que é uma decisão mal elaborada, com desatenção aos fatos, provas e questões jurídicas importantes. Mas não há como enfeixar num dispositivo legal todas as hipóteses nas quais essas situações ocorrem, e nem é preciso. *É necessário confiar no Judiciário!* Apesar de suas mazelas, ainda é uma instituição merecedora de crédito e respeito. E a jurisprudência é rica em sedimentar hipóteses nas quais o julgador não observou o mandamento constitucional, com pronunciamentos de nulidade e determinação de retorno dos autos do processo à origem para que o órgão judicial profira nova decisão. Não havia a menor necessidade desse *checklist*, desse *manual de boa conduta* para o juiz fundamentar sua decisão, que, além de burocratizar o processo, vai desaguar em inúmeras provocações — e pronunciamentos — de nulidades.

Insisto: este artigo bem revela o quanto o legislador se preocupou muito mais com o formalismo processual, enfeixando inúmeras hipóteses de matéria de direito para a prolação da decisão judicial, como se o juiz não decidisse sobre fatos. Ora, a pior das decisões é aquela em que o julgador sintetiza: *pelo conjunto probatório, decido assim...* No entanto, nenhuma menção expressa à valoração da prova — tão ou mais importante do que os vários temas de direito ali previstos — foi feita pelo legislador que nos deu o novo Código de Processo Civil.

A cansativa leitura do § 1º do referido art. 489 fala por si:

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela *interlocutória*, sentença ou acórdão, que:

I — se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, *sem explicar sua relação* com a causa ou a questão decidida;

II — empregar conceitos jurídicos indeterminados, *sem explicar o motivo concreto de sua incidência* no caso;

III — invocar motivos que se prestariam a justificar *qualquer outra decisão*;

IV — não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, *em tese*, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V — se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, *sem identificar seus fundamentos determinantes* nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI — deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, *sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*. (todos os destaques são deste autor)

Algumas observações sobre estas normas:

1ª) a se exigir toda essa fundamentação *exaustiva* para toda e qualquer *decisão interlocutória*, será o fim do processo como instrumento de realização do direito material violado; portanto, de se exigir referida fundamentação — se exigível, porque inconstitucional — somente nas decisões interlocutórias com *conteúdo meritório*, como a decisão sobre tutela antecipada, a respeito de desconsideração da personalidade jurídica e, no processo do trabalho, decisão que declara sucessão empresarial ou formação de grupo econômico, por exemplo;

2ª) concordo que o juiz não deveria se limitar à indicação do artigo de lei, tampouco à sua reprodução no corpo da decisão, e que a simples paráfrase — o dizer com outras palavras — de um ato normativo não configura uma decisão bem fundamentada, se o juiz não *explicar a relação* do ato normativo com o caso concreto, com a questão jurídica (ou de fato) a ser decidida; contudo, há hipóteses em que a situação fática ou jurídica é tão clara que a simples transcrição de um ato normativo já possibilita a compreensão das partes, não havendo necessidade de maiores explicações, o que tomaria tempo desnecessário e impediria o exame de outros casos;

3ª) também concordo que o juiz não deve utilizar conceitos jurídicos indeterminados

— aqueles em que há uma pluralidade semântica, por possuírem vários significados, como a boa-fé, a má-fé, a função social, a moralidade, a improbidade e um largo etcétera —, *sem explicitar às partes o motivo concreto de sua aplicação* naquele processo determinado; mas daí exigir-se do julgador uma fundamentação *exauriente* não seria lógico nem salutar, porque aquele que sair vencido em sua pretensão certamente entenderá que não houve a devida explicação para o uso de determinado conceito jurídico;

4ª) concordo, igualmente, que o juiz não deveria adotar uma motivação que poderia ser utilizada para julgar as situações jurídicas mais díspares possíveis — a doutrina tem se referido ao “pretinho básico”, aquele vestido que serve para qualquer ocasião —, mas daí dispor que os fundamentos não poderiam se prestar a justificar *qualquer outra decisão*, uma locução tão larga que nela cabe qualquer coisa, é *flertar* com as invocações de nulidade;

5ª) inaceitável que o juiz tenha de enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes e terceiros intervenientes no curso do processo, e que sejam capazes de, somente *em tese*, propiciar outra solução para o caso concreto. *Isso é um disparate sem fim!* Se as petições — sobretudo as contestações dos grandes escritórios de advocacia — já são um amontoado de teses que em grande parte nada tem a ver com o caso concreto, ou retratam vários argumentos em série, mas com a mesma finalidade jurídica, a vingar essa absurda norma, *o juiz irá virar um consultor jurídico*, deixando de ser um julgador. As partes levarão o princípio da eventualidade *ao infinito*, tomando tempo precioso do juiz. Não se pode admitir essa extravagância de fundamentação *exauriente* sem preocupação com as premissas lógicas e concretas que conduzem à conclusão do juiz, porque a jurisprudência sedimentada no sentido de que o juiz não precisa rebater

todos os argumentos deduzidos pelas partes, bastando que fundamente sua decisão, é uma jurisprudência que atende ao *princípio da eficiência* (art. 7º do novo Código de Processo Civil);

6ª) se toda a nova sistemática processual *endeusa* a aplicação dos precedentes jurisprudenciais e das súmulas dos tribunais, superiores e inferiores, e se estas súmulas doravante terão de ser exaustivas, por qual razão o juiz ainda terá de *identificar os fundamentos determinantes* desses precedentes e súmulas? Claro que o julgador deve demonstrar que o caso *sub judice* se amolda à situação jurídica definida no precedente ou na súmula, mas isso não requer tanto esforço assim, bastando que se identifique a questão jurídica, não sendo necessário, para tanto, analisar os acórdãos que deram origem ao precedente ou à súmula, *tampouco* seus fundamentos determinantes, que serão presumidos do próprio teor daqueles;

7ª) agora, ter que explicar à parte que o enunciado de súmula, a jurisprudência ou o precedente por ela invocado não é aplicável ao caso concreto, ou mesmo a superação do entendimento, quando as súmulas — e suas revisões — devem ser amplamente divulgadas, *ai já é demais!*

Espero, confio e torço, pelo bem do processo — concreto, não aquele das academias — que, a não vingar a tese da inconstitucionalidade levantada pelas associações de magistrados, o E. STF mantenha a sábia decisão tomada em 2010, com efeito de *repercussão geral*, a seguir transcrita:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam

corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (Repercussão geral na questão de ordem no RE-AI n. 791.292/PE, relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, j. 23.6.2010, p. 13.8.2010)⁽¹⁷⁾.

5.1. Sentença omissa e embargos de declaração

Como se não bastasse, o novo Código de Processo Civil ainda prevê o cabimento de embargos de declaração contra a sentença que deixe de esmiuçar todas as hipóteses do art. 489, § 1º, em conformidade com seu art. 1.022, parágrafo único, inciso II, o qual, num tom *ameaçador*, disciplina:

Art. 1.022. (...)

Parágrafo único. Considera-se *omissa* a decisão que:

I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II – *incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.* (destaquei)

Sendo assim, pela lógica do novo Código de Processo Civil a sentença somente estará bem fundamentada se atendido todo o extenso *checklist* do § 1º do art. 489, já comentado. Faltando um dos itens, ela será omissa, por não entregar *in totum* a prestação jurisdicional invocada pelas partes, o que poderá ser objeto de *preliminar* do recurso de apelação, na qual a parte que se sentir prejudicada com a desatenção do julgador de 1º grau postulará

ao tribunal a declaração da *nulidade da sentença*, inclusive com amparo no art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Fosse esta a única solução possível adotada pelo sistema processual, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, até que seria coerente — conquanto não recomendável, pelas razões já expostas.

Sem embargo, o novo sistema que se quer inaugurar me parece deveras contraditório, porque continuará a permitir — tal qual o CPC de 1973 — a *devolutividade ampla* em matéria recursal (princípio da ampla devolutividade recursal). Veja-se — pela clareza das normas — o teor do art. 1.013 do novo Código, especialmente de seus §§ 1º, 2º e 3º, IV:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, *ainda que não tenham sido solucionadas*, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, *a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.*

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal *deve decidir desde logo o mérito* quando:

I – reformar sentença fundada no art. 485;

II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV – *decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.* (destaquei)

Ora, se o tribunal, ao decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação exaustiva *deve, desde logo, julgar o mérito* do recurso, em estando o processo “maduro” — devidamente instruído e, portanto, em condições de imediato julgamento —, *qual o sentido lógico* de se obrigar o juiz de 1º

(17) In: VALENTE, José Alexandre Barra. A Fundamentação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil e sua Aplicação no Processo do Trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 4, n. 39, p. 184, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>>. Acesso em: 4 maio 2015. De se registrar que este autor adota tese oposta, de aplicação do § 1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho.

grau, tão assoberbado de tantos processos e tantas atividades, com um olho no processo e outro nas metas que se avolumam cada vez mais, a proferir sentenças exaurientes? Não me parece haver lógica alguma nessa nova sistemática.

5.2. Aplicação no processo do trabalho

Seja como queiram, mas nos domínios do processo civil. No âmbito do processo do trabalho, somente por um *esforço hermenêutico* que se afeioe ao *novidadismo* se poderia cogitar da aplicação supletiva e/ou subsidiária das burocráticas regras do § 1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil. Dito de outra maneira, o *pós-moderno* processo do trabalho não pode conviver com normas tão formais e procrastinadoras, mormente por já conter regras próprias que, a despeito de sua aparente simplicidade, sempre foram suficientes para a prestação jurisdicional trabalhista. Trata-se das normas do art. 832 e parágrafos da CLT:

Art. 832 – Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

§ 2º A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

§ 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso. (Incluído pela Lei n. 10.035, de 2000) (destaques do autor)

De se observar que as normas próprias do processo do trabalho levam em conta as peculiaridades deste, podendo ser destacados os seguintes aspectos: 1º) *a boa valoração das provas* — com o que não se preocupou o novo Código de Processo Civil —, tendo em vista que a prova oral, em decorrência do princípio da primazia da realidade — influência do direito

material trabalhista no campo do processo —, é a mais importante das provas na Justiça do Trabalho; 2º) *os fundamentos jurídicos da decisão*, bastando que sejam apontados com clareza, tendo em vista a enormidade de fontes do direito do trabalho, *ex vi* do art. 8º e parágrafo único da CLT, com destaque especial para as normas convencionadas coletivamente e a jurisprudência específica, cujas súmulas e orientações jurisprudenciais, em sua grande maioria, são de clareza solar; 3º) *em havendo condenação*, sobretudo ao cumprimento de obrigações de fazer, considerando-se, ainda, que em regra as condenações, no âmbito da Justiça do Trabalho, são ao cumprimento de obrigações de natureza alimentar, há de se preocupar com *o prazo e as condições de cumprimento* ou satisfação dessas obrigações; 4º) a partir da Emenda Constitucional n. 20/98 a Justiça do Trabalho passou a ter competência para executar, de ofício, *as contribuições previdenciárias incidentes* sobre as verbas de natureza salarial objeto da condenação — singularidade sem paralelo no processo civil —, motivo pelo qual a sentença deve deliberar sobre todas essas questões, inclusive apontando a responsabilidade de cada uma das partes pela cota que lhe cabe.

Ademais disso, quem milita de fato na Justiça do Trabalho sabe que, na prática, há uma *infinidade de pedidos*, correlacionados a uma infinidade de fatos — e suas consequências jurídicas — que ocorrem no curso na relação de trabalho, que é sempre de trato sucessivo. Daí a *total impertinência* de todo aquele *checklist* para um processo que lida com ampla gama de questões, díspares, ao mesmo tempo. Outrossim, de se insistir, um processo cuja maioria dos direitos postulados corresponde a verbas trabalhistas de natureza alimentar. Por isso mesmo a *simplicidade* que sempre acompanhou a dinâmica processual trabalhista.

Agora, se alguém quiser ser “moderninho”, por coerência, que sustente também a aplicação supletiva ou subsidiária dos arts. 319 e 320 do novo Código de Processo Civil, que

tratam dos *requisitos indispensáveis da petição inicial*, ao processo do trabalho, jogando por terra toda uma construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de ser *suficiente* a regra aparentemente simples do § 1º do art. 840 da velha e boa CLT. E não se poderia mais admitir *reclamação verbal* (§ 2º), que ainda é largamente utilizada nos Estados no Norte do país, dadas as peculiaridades que lhes são inerentes.

Pior, teria que sustentar também a incompletude — ou quiçá revogação — da norma específica do art. 897-A da CLT, que cuida das *hipóteses de cabimento* de embargos de declaração no processo do trabalho.

Art. 897-A Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão *nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso*. (Incluído pela Lei n. 9.957, de 2000)

§ 1º *Os erros materiais* poderão ser corrigidos *de ofício* ou a requerimento de qualquer das partes. (Redação dada pela Lei n. 13.015, de 2014) (destaques do autor)

Ora, aqui também temos norma própria no processo do trabalho, não se podendo cogitar da aplicação do art. 1.022 do novo Código de Processo Civil, muito menos de seu parágrafo único, menos ainda do inciso II deste parágrafo. A se pensar de forma diferente, que se aplique também no processo do trabalho as normas do art. 1.013 e parágrafos do novo Código, o que levará o tribunal regional do trabalho a *sempre ter de julgar o mérito do recurso ordinário*, quando a causa já estiver “madura”, devidamente instruída e pronta para julgamento, ainda que considere a sentença nula por falta de fundamentação *exaustiva*.

Duas últimas considerações pela *inaplicabilidade* das regras do § 1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil ao processo

do trabalho: 1ª) na Justiça do Trabalho temos uma *vastidão de súmulas e orientações jurisprudenciais do TST*, e de súmulas dos TRTs, ao que se soma a realidade de processos envolvendo inúmeros pedidos e matérias, o que tornaria sufocante — e deveras morosa — a observância de todo aquele *checklist* na prolação da sentença pelo juiz do trabalho; 2ª) se para a adoção da *súmula vinculante* no sistema jurídico brasileiro houve a necessidade de uma emenda constitucional — n. 45, de 2004, que introduziu o art. 103-A e parágrafos na Constituição da República Federativa do Brasil —, como é que se pode considerar constitucional um simples Código de Processo Civil — sob o prisma da hierarquia normativa, apenas — adotar toda uma sistemática de *endeusamento* das súmulas e precedentes jurisprudenciais, tornando-os obrigatórios? *Muito discutível* a constitucionalidade de toda essa normativa.

Evidente que o juiz não é deus, nem semi-deus, e que deve, por uma questão de política judiciária, ressaltar seus entendimentos pessoais e não propiciar às partes expectativas vãs. Contudo, quantas e quantas “viradas” jurisprudenciais surgiram exatamente da *independência de julgar*, a qual possibilitou que juízes verdadeiramente preocupados com o senso de justiça — que não é incomum, a despeito de teorizações em sentido contrário —, contrariando a jurisprudência sedimentada e por vezes atos normativos, *construíssem normas jurídicas mais avançadas*, que mudaram para melhor a vida das pessoas, o que deve ser o centro das preocupações dos juristas e aplicadores do Direito. Muito tempo depois é que vieram as alterações legislativas correspondentes. Poderíamos desfiar um *rosário de hipóteses*, mas talvez seja suficiente recordar: a) a igualdade entre homens e mulheres; b) o divórcio; c) a união estável; d) a união homoafetiva; e) a adoção por pessoas do mesmo sexo; f) as várias hipóteses de responsabilidade objetiva e um largo etcétera. E, no campo do processo do trabalho, as guinadas em relação a: a) (não) redução do intervalo intrajornada

por acordo ou convenção coletiva de trabalho; b) hora extra mais adicional para cortadores de cana-de-açúcar; c) responsabilidade objetiva por danos decorrentes de acidente do trabalho em atividades de risco etc.

Enfim, regras engessadoras como as do § 1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil, e de tantas outras desse Código, *impedem o avanço positivo do Direito* e não “consertam” os maus juízes, que sempre continuarão a existir, por mais que leis tentem “enquadrá-los”. Os efeitos desse tipo de norma costumam ser inversos aos pretendidos, pois os bons juízes, já preocupados com a boa e justa prestação jurisdicional, sentem-se de tal forma “amedrontados” e preocupados em atender às novas exigências, que de duas uma: 1ª) de tão perfeccionistas passam a produzir menos; 2ª) tentam fazer sentenças perfeitas com a mesma exigência de produtividade — com “medo” das tantas metas — e acabam adoecendo. Na verdade, nada impede que estas duas situações estejam inter-relacionadas, o que pode agravar a situação.

É este o Judiciário que a sociedade quer? Está na hora de a sociedade, devidamente esclarecida, manifestar-se, pois se permanecem apenas juristas, juízes e advogados no campo de debate, os maiores interessados na solução do problema — os tais jurisdicionados — não terão sua voz ouvida. Talvez estes se interessem mais pelas verdadeiras *democracia e justiça* do que os juristas de plantão.

6. Considerações finais

Como já enfatizado, a expectativa geral é a de que o novo Código de Processo Civil atenda aos anseios de toda a sociedade, dando cabo à morosidade do Poder Judiciário, que conduz a injustiças e ineficiência. Não obstante, embora haja ótimas inovações, a *exacerbação do contraditório e da ampla defesa*, com uma normativa burocrática e por vezes dotada de regras intermináveis, pode tornar a prestação jurisdicional ainda mais morosa, o que certamente frustrará aquela expectativa anunciada.

Outrossim, não creio que o incentivo à celebração de *negócios jurídicos processuais*, num aparente retorno ao séc. XIX, possa ser uma boa solução para destravar o processo. Pelo contrário, a se admitir que as partes possam alterar o procedimento com a amplitude que preconizam alguns defensores do instituto jurídico, veremos secretarias e cartórios ainda mais assoberbados, porque terão de ter muita cautela para não gerar nulidades, observando o regramento particular, naquele processo em curso. Como já afirmei, ainda que o *publicismo* extremado deva ser combatido, não se resolve um problema criando outros. Temo que não haverá *justiça eficiente* (art. 8º do novo CPC) com essa prática.

E os atores que atuam na Justiça do Trabalho têm um trabalho ainda mais árduo pela frente, pois precisam não somente bem interpretar a nova normativa, mas também e principalmente verificar se ela trará avanços ao processo do trabalho, para que neste possa ser aplicada sem retrocessos. Especial atenção devem merecer, nessa análise, os arts. 15, 133 e ss., e 489 e parágrafos do novo CPC. Penso que, a esse respeito, não se pode jamais pensar que o art. 769 da CLT foi revogado, pois ele serve de anteparo às intromissões indevidas das normas do novo CPC na seara laboral; o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não deve ser aplicado na Justiça do Trabalho, dada sua manifesta incompatibilidade com os princípios do processo trabalhista, mormente o inquisitivo; e, enfim, a sentença do juiz do trabalho não necessita atender ao extenso *checklist* do novo CPC, dada a infinidade de questões fáticas e jurídicas que são colocadas à sua análise.

Enfim, como já destacado, espero que os atores do processo do trabalho, na doutrina ou na jurisprudência, não se iludam pelo fascínio da novidade. Antes, *revigorem* a boa e velha CLT, admitindo a aplicação das normas do novo CPC apenas naquilo que, *efetivamente*, possa contribuir para uma Justiça do Trabalho ainda mais rápida e justa.

7. Referências bibliográficas

ANAMATRA. Notícia: *Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em: 11 maio 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil*. São Paulo: LTr, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4. ed., rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8. ed. adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

_____. Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Êson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 327-342.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Supremacia da garantia do contraditório no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

VALENTE, José Alexandre Barra. A Fundamentação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil e sua Aplicação no Processo do Trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 4, n. 39, p. 184, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>>. Acesso em: 4 maio 2015.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-AIRR-2281-09.2013.5.03.0019

Agravante: TAINAH MENDES VIEIRA DE SOUZA

Agravados: A&C CENTRO DE CONTATOS S.A.

COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS – COPASA

Relator convocado: Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes

Competência: 2ª Turma

Acórdão:

- 1. AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPREGADOS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. MESMOS DIREITOS ASSEGURADOS AOS EMPREGADOS DA TOMADORA DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE DE CONTRARIEDADE DOS ITENS I E III DA SÚMULA N. 331 DO TST. PROVIMENTO. Ante a alegada violação dos itens I e III, do TST, o recurso de revista merece seguimento. **Agravo de instrumento conhecido e provido.**
2. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS: RESSARCIMENTO DOS NÃO CONHECIMENTO. A sentença julgou improcedente o pedido de danos materiais em razão de gastos com honorários advocatícios e a parte reclamante não interpôs recurso ordinário. Assim, tal ponto restou precluso, pois dele não houve recurso. Assim, não merece conhecimento recurso de revista, diante da preclusão. Ainda que assim não fosse, também não prosperaria o apelo revisional, pois no procedimento sumaríssimo, o apelo de recurso somente é cabível por ofensa direta à CF ou por violação de Súmula do TST, o que não ocorreu *in casu*, pois o recorrente ateve-se a impugnar, de forma genérica a decisão recorrida. **Recurso de revista não conhecido.**
3. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CALL CENTER. EMPREGADOS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. MESMOS DIREITOS ASSEGURADOS AOS EMPREGADOS DA TOMADORA DE SERVIÇOS. CONTRARIEDADE AOS ITENS I E III DA SÚMULA N. 331 DO TST. **Recurso de Revista conhecido e provido.** Conforme quadro fático, não se cogita a contratação de serviços verdadeiramente especializados, ligados à atividade-meio da tomadora de serviços, mas, sim, de autêntica atividade-fim, motivo pelo qual não se pode ter como lícita a terceirização havida. Os serviços terceirizados pela segunda Reclamada e prestados pela reclamante eram claramente essenciais ao empreendimento. Inclusive há confissão do próprio preposto que, antes da terceirização, a segunda reclamada (COPASA) mantinha empregados em seu quadro e que eles realizavam atendimento via *call center*. A

prova dos autos aponta para a evidente demonstração de fraude à legislação trabalhista, caracterizada pela contratação de empregada por empresa interposta, no intuito de se obter mão de obra menos onerosa, frustrando o princípio protetor inerente ao Direito do Trabalho, o que não encontra respaldo na norma legal trabalhista e, por conseguinte, não podendo merecer amparo do Poder Judiciário. Assim, inválida a terceirização em atividade-fim (Súmula n. 331, I e III do TST), é assegurado à reclamante os mesmos direitos garantidos aos empregados da tomadora dos serviços. **Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74, em razão da efetividade do princípio constitucional da isonomia. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-2281-09.2013.5.03.0019, em que é Agravante TAINAH MENDES VIEIRA DE SOUZA e Agravado A&C CENTRO DE CONTATOS S.A. e COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS – COPASA.

Agravo de instrumento interposto contra decisão que denegou seguimento ao recurso de revista.

Não foram apresentadas contraminuta de agravo e contrarrazões de recurso de revista.

Não houve manifestação do MPT.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento porque regular e tempestivo.

MÉRITO

ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. MESMOS DIREITOS ASSEGURADOS AOS EMPREGADOS DA TOMADORA DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE. CONTRARIEDADE AOS ITENS I E III DA SÚMULA N. 331/TST.

O recurso de revista foi denegado por decisão assim fundamentada:

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (decisão publicada em 28.3.2014 – fl. 514; recurso apresentado em 31.3.2014 – fl. 516).

Regular a representação processual, fl. 117.

Dispensado o preparo (fl. 429).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Responsabilidade Solidária/Subsidiária / Tomador de Serviços/Terceirização.

Responsabilidade Civil do Empregador/ Empregado / Indenização por Dano Material.

Trata-se de recurso em processo submetido ao RITO SUMARÍSSIMO, cujo cabimento restringe-se às hipóteses em que tenha havido contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do TST e/ou violação direta de dispositivo da Constituição da República, a teor do § 6º do art. 896 da CLT. Assim, excluo do exame de admissibilidade eventual arguição de ofensa à legislação infraconstitucional e, do mesmo modo, de suposta divergência jurisprudencial.

Registro que em casos tais é igualmente incabível o Recurso de Revista ao fundamento de alegado desacordo com OJ do TST, em consonância com a sua Súmula n. 442.

Analisados os fundamentos do acórdão, constato que o recurso, em seus temas e desdobramentos, não demonstra violação literal e direta de qualquer dispositivo da Constituição da República ou contrariedade de Súmula, como exige o citado preceito legal.

Consta do acórdão (fls. 512/513):

A reclamante foi contratada pela A&C para prestar serviços como operadora de *telemarketing* em benefício da COPASA. As reclamadas firmaram contrato de prestação de serviços (fls. 149/162) cujo objeto é a implantação,

operação e gestão de serviços de atendimento telefônico, através do fornecimento de teletendimento ativo e receptivo, na forma humana e eletrônica (fl. 150). O ponto central da controvérsia nos autos decorre dos pedidos de isonomia com os empregados da COPASA, 2ª reclamada. Qualquer avaliação sobre a regularidade do processo de terceirização envolve várias circunstâncias. As atividades inerentes aos chamados *call centers* não se integram a atividade-fim de uma empresa como a 2ª reclamada, não sendo de sua essência. Elas implicam atendimento com utilização do sistema de telefonia e constituem uma linha apartada de atividade, que envolve um volume considerável de pessoas em todo mundo, como decorrência de tecnologia, de necessidades e de meios de comunicação que são recentíssimos na experiência humana. É lícita, portanto, a terceirização do serviço, havendo empresas especializadas neste setor para este tipo de atendimento. Havia naturalmente a ingerência da 2ª reclamada em relação aos serviços prestados pela autora, mas dentro dos limites razoáveis do processo de terceirização. Todas as atividades em *call center* (sejam elas ativas ou passivas) só podem ser entendidas a partir do mesmo conjunto de inovações tecnológicas que leva ao atendimento bancário por caixa rápido ou por internet. Este entendimento considera a especificidade da atividade e de suas demandas de tutela peculiar dos trabalhadores, que tem necessidades bem diversas daquelas da tomadora dos serviços. Provimento para excluir a condenação ao pagamento de diferenças salariais advindas das normas aplicáveis aos empregados da COPASA.

Demonstrada a licitude da terceirização, e ante a ausência de prova de fraude na contratação da reclamante, de forma a consagrar o almejado vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços, tem-se que a decisão está em sintonia com a Súmula n. 331 do TST, o que afasta as violações apontadas e impede a veiculação do recurso, nos termos do § 4º do art. 896 da CLT e Súmula n. 333 do TST.

Quanto ao tema indenização por dano material, constato que a recorrente não indica violação de dispositivo constitucional e/ou conflito com Súmula do TST, limitando-se a impugnar, de forma genérica, a decisão recorrida, o que é inadmissível em se tratando de recurso de revista, que requer a observância dos limites previstos no § 6º do art. 896 da CLT.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.

Mas não se conforma o agravante que reitera as razões do recurso de revista.

Vejam os.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região assim pontuou:

A reclamante foi contratada pela A&C para prestar serviços como operadora de telemarketing em benefício da COPASA.

As reclamadas firmaram contrato de prestação de serviços (fls. 149/162) cujo objeto é a implantação, operação e gestão de serviços de atendimento telefônico, através do fornecimento de teletendimento ativo e receptivo, na forma humana e eletrônica (fl. 150). O ponto central da controvérsia nos autos decorre dos pedidos de isonomia com os empregados da COPASA, 2ª reclamada. Qualquer avaliação sobre a regularidade do processo de terceirização envolve várias circunstâncias. As atividades inerentes aos chamados *call centers* não se integram a atividade-fim de uma empresa como a 2ª reclamada, não sendo de sua essência. Elas implicam atendimento com utilização do sistema de telefonia e constituem uma linha apartada de atividade, que envolve um volume considerável de pessoas em todo mundo, como decorrência de tecnologia, de necessidades e de meios de comunicação que são recentíssimos na experiência humana. É lícita, portanto, a terceirização do serviço, havendo empresas especializadas neste setor para este tipo de atendimento. Havia naturalmente a ingerência da 2ª reclamada em relação

aos serviços prestados pela autora, mas dentro dos limites razoáveis do processo de terceirização. Todas as atividades em *call center* (sejam elas ativas ou passivas) só podem ser entendidas a partir do mesmo conjunto de inovações tecnológicas que leva ao atendimento bancário por caixa rápido ou por internet. Este entendimento considera a especificidade da atividade e de suas demandas de tutela peculiar dos trabalhadores, que tem necessidades bem diversas daquelas da tomadora dos serviços. Provimento para excluir a condenação ao pagamento de diferenças salariais advindas das normas aplicáveis aos empregados da COPASA.

O reclamante alega violação da Súmula n. 331 e da OJ n. 383 da SDI-1, do TST, além do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput), postulando seja reconhecido seu direito à isonomia com os empregados da autarquia, tomadora de serviços, ao fundamento de que a terceirização foi ilícita.

Pelo procedimento sumaríssimo, não cabe recurso de revista por violação da OJ n. 383 da SDI-1, do TST.

Também não é direta a violação ao art. 5º, *caput*, da CF, mas reflexa, por depender do prévio exame da legislação infraconstitucional.

Mas viável a alegada violação da Súmula n. 331 do TST:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

(*omissis*)

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Valorando o quadro fático-probatório delineado no acórdão recorrido (terceirização de atividade-fim: *call center*), vislumbra-se a

possibilidade de contrariedade dos itens I e III da Súmula n. 331 do TST.

Assim, dou provimento ao agravo para determinar o processamento do recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-2281-09.2013.5.03.0019, em que é Recorrente TAINAH MENDES VIEIRA DE SOUZA e Recorrido A&C CENTRO DE CONTATOS S.A. e COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS - COPASA.

Trata-se de recurso de revista interposto contra o reclamante, no tocante à isonomia salarial.

Não foram apresentadas contrarrazões de recurso de revista.

Não houve manifestação do MPT.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

O recurso é tempestivo (decisão publicada em 28.3.2014 – fl. 514; recurso apresentado em 31.3.2014 – fl. 516). A representação processual está regular (fl. 117) e preparo foi dispensado (fl. 429).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A sentença julgou improcedente o pedido de danos materiais em razão de gastos com honorários advocatícios e a parte reclamante não interpôs recurso ordinário.

Assim, tal ponto restou precluso, pois dele não houve recurso.

Desse modo, não merece conhecimento o recurso de revista, diante da preclusão.

Ainda que assim não fosse, também não prosperaria o apelo revisional, pois no procedimento sumaríssimo, o apelo de recurso somente é cabível por ofensa direta à CF ou por violação de Súmula do TST, o que não ocorreu *in casu*, pois o recorrente ateve-se a impugnar, de forma genérica a decisão recorrida.

Não conheço do recurso de revista.

1.2.2. ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. MESMOS DIREITOS ASSEGURADOS AOS EMPREGADOS DA TOMADORA DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DOS ITENS I E III DA SÚMULA N. 331/TST.

A sentença julgou procedente o pedido do reclamante, nestes termos:

Relata a autora ter sido admitida pela 1ª ré em 23.7.2012, embora tenha sempre laborado em atividade essencial da 2ª reclamada consistente no atendimento exclusivo aos clientes desta, por meio do *call center* da 1ª demandada.

Pugna, assim, pelo reconhecimento do direito ao recebimento de salário isonômico àquele estipulado pela 2ª reclamada a seus empregados que desempenham a mesma função, eis que se trata de ente administrativo, com o consequente pagamento das diferenças existentes entre o salário previsto no edital de concurso público para o cargo de operador de *telemarketing* e o salário efetivamente recebido pela reclamante, mês a mês, com reflexos.

Por sua vez, as reclamadas contestam tal pleito, alegando a inexistência de vínculo de emprego entre a reclamante e a 2ª reclamada. Afirmam, ainda, que a terceirização ocorrida é legalmente permitida, sendo que a autora desenvolvia atividades-meio, inexistindo pessoalidade e subordinação, pelo que resta indevido o pedido de reconhecimento de isonomia, haja vista a inexistência

de fraude na contratação dos serviços prestados pela reclamante enquanto empregada da 1ª reclamada.

Sustenta a 2ª reclamada, ainda, que sempre fiscalizou o cumprimento pela 1ª reclamada das obrigações relativas aos encargos trabalhistas, sendo certo que eventual responsabilização deverá ser subsidiária, jamais solidária, consoante disposto do item V, da Súmula n. 331, do C. TST.

Pois bem.

Compulsando os autos, entendo que a hipótese é mesmo de terceirização ilícita.

Note-se que é fato incontroverso que a reclamante não se submeteu a concurso público, sendo certo que ela mesma sustenta na peça de ingresso que não pretende a formação de vínculo empregatício com a 2ª reclamada, por falta de amparo Legal.

Registre-se que a terceirização, na Lição de Valentim Carrion, “é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades e serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta.”

A diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim ainda não é pacífica na jurisprudência, embora a discussão seja por demais antiga.

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado define as atividades-fim como sendo “as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador

dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei n. 5.645, de 1970: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento etc)”.

O preposto da 1ª reclamada declarou em seu depoimento pessoal que: “A reclamante era operadora de *telemarketing*, atendendo exclusivamente clientes da 2ª reclamada” (fl. 322).

Como se vê, a reclamante sempre prestou serviços exclusivamente em prol da 2ª reclamada.

Nesse compasso, ainda que pese ser público e notório que o objeto social da 2ª reclamada é a prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgoto sanitário, não é possível considerar que as atividades desempenhadas pela autora sejam periféricas ou acessórias. Afinal, era ela o próprio canal de comunicação entre o cliente ou usuário do serviço e a prestadora deste, no caso, a 2ª ré, que dependia dos contatos firmados pela reclamante para a realização de sua atividade-fim, que é a prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgoto sanitário. Era, pois, o trabalho da reclamante plenamente necessário ao serviço oferecido pela 2ª reclamada, porque era ela quem prestava atendimento aos clientes para esclarecer dúvidas; proceder a solicitações de ligações de água e esgoto, suspensão, supressão, religação, prolongamento de rede, taponamentos de ligações; receber reclamações sobre vazamentos, falta de água, consumo

elevado, faturas, cobranças indevidas, débitos, pagamentos em duplicidades, dentre outras, além de operar microcomputador para realizar consulta de dados cadastrais de seus clientes, ou seja, realizava atividades de relacionamento e de solução de problemas dos clientes da 2ª reclamada.

Portanto, não se pode duvidar de que os serviços executados pela reclamante eram inerentes à própria atividade-fim da 2ª reclamada, servindo como elemento essencial à atividade principal da empresa.

Afinal, se fosse interrompido o serviço de *call center* prestado pela 1ª reclamada e cessados os contatos com os seus efetivos clientes, e mesmo com os potenciais contratantes de seus serviços, teria a 2ª reclamada condições de realizar seu objeto social? Por certo que não. E ainda que pudesse fazê-lo de forma precária por um certo tempo, seguramente seria a ruína de seu empreendimento em curto prazo.

Repito, a reclamante se encontrava inequivelmente inserida no processo produtivo da 2ª reclamada, atuando de forma decisiva para o sucesso ou insucesso de seu empreendimento. Ainda que não se sujeitasse à subordinação subjetiva, implementada na forma de ordens emanadas de prepostos da 2ª reclamada, o certo é que todo o empreendimento da 1ª ré era subordinado às diretrizes da 2ª, tanto assim que a atividade por aquela desempenhada é minuciosamente regulada no contrato celebrado entre as empresas e sujeita a controle por parte da 2ª demandada, o que se constata nas ações envolvendo as rés.

E uma vez inserida a obreira neste contexto essencial da atividade produtiva, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Irrelevante, assim, que a reclamante estivesse subordinada a ordens diretas apenas da 1ª reclamada, como por

ela confessado (fl. 322), ou mesmo que trabalhasse exclusivamente nas dependências dessa empresa.

Por tudo isto, tenho que o contrato de trabalho firmado entre a reclamante e a 2ª reclamada mostra-se fraudulento, pois teve por objetivo apenas a precarização das condições de trabalho da autora em favor da 2ª reclamada, em violação ao disposto nos arts. 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Trata-se de aproveitar empregados admitidos por interpostas empresas para exercer funções indispensáveis à atividade essencial da Copasa-MG, qual seja, a função de operadora de *telemarketing*, trabalhando no *call center* com a atribuição exclusiva de proceder atendimento telefônico aos clientes da 2ª reclamada.

Note-se que o preposto da 2ª reclamada declarou em seu depoimento pessoal que: “antes da terceirização, a segunda reclamada mantinha empregados em seu quadro que realizavam atendimento via *call center*” (fl. 322).

Flagrante, pois, o objetivo de desvirtuar a aplicação dos preceitos trabalhistas, com o nítido propósito de precarizar ainda mais a mão de obra, de forma que contasse a reclamada, ainda que de forma indireta, com mão de obra mais barata. Isso porque, não bastassem serem maiores as garantias e benefícios ofertados pela empresa a seus empregados, apresenta ela maior lastro econômico-financeiro, e consequentemente, garantia, em relação às prestadoras de serviços por ela contratada.

Dessarte, a terceirização, no caso, não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente. Com efeito, apenas na situação de trabalho temporário se mostra lícita a transferência, a terceiro, da atividade consistente na razão de ser do empreendimento, como previsto na Súmula n. 331 do Col. TST. Essa, contudo, não é a hipótese dos autos.

Contudo, ainda que a atividade da reclamante fosse intrinsecamente ligada à atividade-fim da 2ª ré, que é ente da Administração Pública, não há como se reconhecer o vínculo empregatício diretamente com esta, tendo em vista a sua condição de empresa de economia mista, tal qual obsta o inciso II da Súmula n. 331/TST. Vejamos: “ (...) II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/ 1988) (...)”.

Desse modo, diante da impossibilidade de reconhecimento de vínculo diretamente com a 2ª reclamada, mantenho o contrato de trabalho anotado na CTPS da autora pela ré, garantindo, entretanto, à reclamante os direitos e benefícios inerentes à categoria dos empregados da 2ª reclamada, conforme será analisado em tópico específico.

No que pertine à responsabilidade das reclamadas, uma vez reconhecida a terceirização ilícita e que todas se beneficiaram, direta ou indiretamente, do labor prestado pela obreira, as empresas rés são SOLIDARIAMENTE responsáveis pelos eventuais créditos devidos à autora, a teor do disposto no art. 942 do Código Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho.

Inconformada com a sentença que lhe imputou a responsabilidade solidária, a 2ª reclamada interpôs recurso ordinário, alegando violação do princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II) e também o princípio da isonomia (CF/88, art. 5º, *caput*).

O Tribunal Regional reformou a sentença, julgando improcedente o pedido de isonomia salarial do reclamante com os empregados à tomadora de serviços, nestes termos:

A reclamante foi contratada pela A&C para prestar serviços como operadora de telemarketing em benefício da COPASA. As reclamadas firmaram contrato de prestação

de serviços (fls. 149/162) cujo objeto é a implantação, operação e gestão de serviços de atendimento telefônico, através do fornecimento de teleatendimento ativo e receptivo, na forma humana e eletrônica (fl. 150). **O ponto central da controvérsia nos autos decorre dos pedidos de isonomia com os empregados da COPASA, 2ª reclamada.** Qualquer avaliação sobre a regularidade do processo de terceirização envolve várias circunstâncias. **As atividades inerentes aos chamados *call centers* não se integram a atividade-fim de uma empresa como a 2ª reclamada, não sendo de sua essência.** Elas implicam atendimento com utilização do sistema de telefonia e constituem uma linha apartada de atividade, que envolve um volume considerável de pessoas em todo mundo, como decorrência de tecnologia, de necessidades e de meios de comunicação que são recentíssimos na experiência humana. **E lícita, portanto, a terceirização do serviço, havendo empresas especializadas neste setor para este tipo de atendimento.** Havia naturalmente a ingerência da 2ª reclamada em relação aos serviços prestados pela autora, mas dentro dos limites razoáveis do processo de terceirização. Todas as atividades em *call center* (sejam elas ativas ou passivas) só podem ser entendidas a partir do mesmo conjunto de inovações tecnológicas que leva ao atendimento bancário por caixa rápido ou por internet. Este entendimento considera a especificidade da atividade e de suas demandas de tutela peculiar dos trabalhadores, que tem necessidades bem diversas daquelas da tomadora dos serviços. Provimento para excluir a condenação ao pagamento de diferenças salariais advindas das normas aplicáveis aos empregados da COPASA.

Em seu apelo revisional, o reclamante alega violação da Súmula n. 331 e da OJ n. 383 da SDI-1, do TST, além do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*), postulando seja reconhecido seu direito à isonomia com

os empregados da tomadora de serviços, ao fundamento de que a terceirização foi ilícita.

De início, **no procedimento sumaríssimo**, cabe recurso de revista apenas por violação de Súmula do TST e ofensa direta à CF/88. Assim, não cabe a alegação de violação da OJ n. 383, da SDI-1, do TST. Também não é direta a violação ao art. 5º, *caput*, da CF, mas reflexa, por depender do prévio exame da legislação infraconstitucional. Mas viável a alegada violação dos incisos I e III, da Súmula n. 331 do TST:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

(*omissis*)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A meu ver, a sentença deu melhor qualificação jurídica ao quadro fático-probatório delineado nos autos.

Incontroverso que a reclamante era operadora de *telemarketing*, atividade inserida na atividade-fim da COPASA. Por meio de seu trabalho de *telemarketing*, a empresa prestava serviços relacionados à distribuição de água e saneamento básico. Era por meio dessas ligações que a 2ª reclamada tinha condições de saber onde estavam os problemas relacionados ao seu mister, podendo exercer o seu objeto social.

No caso em tela, não se cogita a contratação de serviços verdadeiramente especializados, ligados à atividade-meio da tomadora de serviços, mas, sim, de autêntica atividade-fim, motivo pelo qual não se pode ter como lícita a terceirização havida. Os serviços terceirizados pela segunda Reclamada e prestados pela reclamante eram claramente essenciais ao empreendimento.

O fato está muito claro: *call center* de uma empresa pública de Minas Gerais, COPASA. É uma companhia de saneamento. Logo, impossível o reconhecimento do vínculo diretamente com a empresa pública, ante a vedação constitucional (art. 37, II, da CRFB).

Entretanto, no caso, há evidente demonstração de fraude à legislação trabalhista, caracterizada pela contratação de empregada por empresa interposta, no intuito de se obter mão de obra menos onerosa, frustrando o princípio protetor inerente ao Direito do Trabalho, o que não encontra respaldo na norma legal trabalhista e, por conseguinte, não pode merecer amparo do Poder Judiciário, devendo-se reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a tomadora. Portanto, a terceirização é ilícita!

A recorrente invoca a OJ n. 383, que tem um conteúdo ético, jurídico e constitucional muito importante, mas ela estabelece pressupostos. Senão vejamos:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 3.1.1974. (mantida) – Res. n. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 3.1.1974.

Conforme destacou o Ministro José Roberto Freire Pimenta, quando da sessão de julgamento deste feito, não se deve aplicar diretamente a referida OJ, pois não existe notícia nos autos da permanência ou da persistência de empregados diretos da COPASA na mesma função. A sentença foi enfática:

Note-se que o preposto da 2ª reclamada declarou em seu depoimento pessoal

que: “antes da terceirização, a segunda reclamada mantinha empregados em seu quadro que realizavam atendimento via *call center*” (fl. 322).

E, como destacou o Exmº Ministro, tal Orientação Jurisprudencial, embora muito louvável, peca nesse pressuposto fático: “desde que presente a igualdade de funções”. Ela não precisaria ter estabelecido isso como premissa fática indispensável, porque ela não só é uma especificação do princípio constitucional da isonomia mas também da aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74, *verbis*:

Art. 12 – Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

Referido artigo pode ser aplicado analogicamente, mesmo nos casos em que não haja empregado direto, remanescentes das empresas públicas, pois, caso contrário, ficaria muito fácil a concretização da fraude e também a burla aos direitos trabalhistas. Ora, bastaria a empresa pública terceirizar o setor inteiro e não deixar ninguém que anteriormente desenvolvesse as atividades do setor que foi inteiramente terceirizado, ainda que ligado à sua atividade-fim ou necessário ao cumprimento de seu objeto social. Neste caso, a empresa escapa da responsabilidade, terceiriza o setor inteiro e fica por isso mesmo, porque não vai ter nenhum paradigma. E pelo que consta dos autos, foi isso que aconteceu, pois o próprio preposto da reclamada confessa que “antes da terceirização, a segunda reclamada mantinha empregados em seu quadro que realizavam atendimento via *call center*” (fl. 322).

O art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74, tem um sentido mais amplo, pois frise que o empregado temporário é aquele contratado por acréscimo extraordinário de serviços ou para substituir um empregado direto da tomadora,

que por alguma razão tenha afastado temporariamente, uma gravidez, uma doença etc.

A melhor interpretação que se extrai do conteúdo do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74, é que o empregado que for contratado como trabalhador temporário para desenvolver essa função ou ocupar esse cargo, tem direito às mesmas vantagens, aos mesmos direitos dos empregados diretos da empresa, dos empregados que ele veio substituir. E isso em obediência ao princípio constitucional da isonomia. Trata-se do critério de analogia *a fortiori*. A analogia é aplicar um preceito legal, uma regra legal a uma situação fática diferente daquela para a qual a lei foi feita; se fosse igual, não seria analogia, seria aplicação da lei. E é por ser diferente que a aplicação é analógica, pela mesma razão de ser da lei: dar tratamento igual a trabalhadores em igual situação ao primeiro que ele substituiu. Se o trabalhador temporário vem substituir o empregado da empresa pública, então ele tem que receber igual, porque senão fica muito fácil para empresa reduzir custos. Sempre irá colocar trabalhadores temporários recebendo menos que seu próprio empregado, e o legislador quis evitar isso pelo princípio constitucional da isonomia. Ora, se isso vale para um trabalhador temporário, cuja atuação é limitada pela Lei n. 6.019/74 a um período de noventa dias, prorrogáveis por mais noventa por autorização do Ministério do Trabalho, o que dizer de um trabalhador terceirizado que fica na empresa tomadora de serviços por tempo indeterminado, por anos, isso quando não o fornecedor de serviços e o tomador continua o mesmo? Por isso é o caso de analogia *a fortiori*.

Inclusive, quanto à aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74, trago à colação voto do Excelentíssimo Ministro José Roberto Freire Pimenta (AIRR – 56-34.2013.5.03.0013, Data de Julgamento: 5.11.2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14.11.2014), cujos fundamentos acresço às razões de decidir:

“Salienta-se, ainda, que a impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego en-

tre o empregado da empresa prestadora de serviços e a tomadora não inviabiliza a pretensão da reclamante quanto ao recebimento dos direitos e vantagens percebidos pelos empregados da tomadora dos serviços.

Isso porque, no âmbito deste Tribunal, tem prevalecido o entendimento de que deve ser conferida a igualdade de direitos entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora que preencham os requisitos necessários à citada isonomia.

A Constituição Federal, ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores, veda, expressamente, o tratamento discriminatório (art. 7º, incisos XXX e XXXII), reforçando não apenas o princípio da igualdade consagrado em seu art. 5º, *caput*, mas, também, os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV).

Por sua vez, o art. 12 da Lei n. 6.019/74, de aplicação analógica ao caso concreto, estabelece o seguinte:

“Art. 12 – Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;”.

É certo, portanto, que os trabalhadores contratados por meio de empresa interposta fazem jus aos mesmos direitos dos empregados da tomadora de serviços, inclusive aos benefícios previstos em normas coletivas.

Dá-se, dessa forma, efetividade ao princípio constitucional da isonomia, evitando-se, ainda, que a terceirização de serviços seja utilizada como prática discriminatória.

Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial n. 383 da SBDI-1 deste Tribunal:

“A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de

emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, 'a', da Lei n. 6.019, de 3.1.1974".

Citam-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

"A) AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CALL CENTER. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA. Constatada a possível contrariedade à OJ n. 383 da SDI-1 desta Corte, dá-se provimento ao agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CALL CENTER. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA. O entendimento consolidado na SDI-1 desta Corte é no sentido de que a Lei n. 8.987/95 não autoriza a terceirização da atividade-fim das empresas concessionárias do serviço público, aplicando à espécie a Súmula n. 331, I, do TST. Por se tratar de empresa integrante da Administração Pública Indireta, não há como reconhecer o vínculo com a tomadora dos serviços, ante o óbice constitucional previsto no art. 37, II, da CF. Nada obsta, contudo, que seja reconhecido o direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas conferidas aos empregados da tomadora dos serviços, desde que presente a igualdade de funções, nos termos da OJ n. 383 da SDI-1 do TST, situação não configurada no caso concreto. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido." (Processo: RR – 1546-71.2011.5.03.0107 – Data de Julgamento: 30.10.2013, relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 5.11.2013)

"RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS CONTAX E CEMIG. ANÁLISE CONJUNTA. EMPREGADA DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS (CALL CENTER). DECISÃO RECORRIDA NA QUAL FORAM RECONHECIDOS O EXERCÍCIO

DE FUNÇÃO INERENTE À ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA DE SERVIÇOS (EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA), A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DESTA E O DIREITO DA RECLAMANTE À ISONOMIA SALARIAL.

1 – O TRT consignou que a função exercida pela reclamante, como atendente de call center, dizia respeito à própria atividade-fim da CEMIG porque incluía o atendimento exclusivo dos clientes internos e externos para providências ordinárias e corriqueiras como ligações de emergência e comerciais, solicitação de ligação e de religação de energia elétrica, reclamação sobre falta de energia elétrica, cadastramento de clientes, entre outras, tudo supervisionado, monitorado e avaliado dentro da própria empresa prestadora de serviços CONTAX por funcionários da CEMIG, a qual não tinha nenhum empregado próprio para esse tipo de atendimento básico e indispensável para o seu funcionamento, estando provada a fraude. Nesse particular, aplica-se a Súmula n. 126 do TST.

2 – Não se pode concluir que o art. 94, II, da Lei n. 9.472/97, ao tratar da contratação para "desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados", esteja autorizando a terceirização de serviços inerentes à atividade-fim, sob pena de ferir o disposto no art. 170, caput, VIII, da CF/88, pois a intermediação de serviço em área-fim, sem prévia definição em lei, culminaria na desvalorização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego. A análise da legislação infraconstitucional não pode destoar dos princípios e regras albergadas pela Constituição Federal, especialmente os previstos nos arts. 1º, III e IV, 7º, 8º, 170 e 173, que compõem o núcleo socioeconômico norteador do estado democrático brasileiro. Quando a legislação ordinária traz a possibilidade de as empresas tomadoras de serviços, em especial as concessionárias de serviços públicos, contratarem terceiros para o desenvolvimento de atividades "inerentes, acessórias ou complementares ao serviço", faz uma correlação entre a atividade desenvolvida pela empresa, nos limites do que

se entende conceitualmente por terceirização. O vocábulo “terceirizar”, segundo o Dicionário Aurélio, significa “transferir a terceiros atividade ou departamento que não faz parte de sua linha principal de atuação”. Ou se entende que o conceito de terceirização implica atividades de terceiros, portanto, não alcança a atividade primária e finalística da empresa tomadora dos serviços (subsidiariamente responsável), ou se entende pela sua ampliação e, por consequência, amplia-se a responsabilidade da contratante, que passaria a ser solidária com a empresa de intermediação. Carece, data venia, de lógica formal ou jurídica a autorização irrestrita da “terceirização”, inclusive para a atividade-fim, sem a extensão da responsabilidade da empresa. Outro aspecto a destacar, inclusive debatido na audiência pública sobre “terceirização”, realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, é que uma legislação genérica dirigida às empresas concessionárias (telefonia, eletricidade, entre outras), não revoga ou substitui o Direito do Trabalho, referindo-se, em geral, à regulação entre as concessionárias e consumidores e à organização dos serviços sob sua responsabilidade. Esse entendimento foi adotado pela SDI Plena no julgamento do E-RR-2938- 13.2010.5.12.0016, na sessão de 8.11.2012. Precedentes.

3 – Na jurisprudência atual, notória e iterativa desta Corte Superior, adota-se o entendimento de que, havendo fraude na contratação por meio de empresa interposta, e sendo inviável o reconhecimento do vínculo de emprego sem concurso com o ente público, a tomadora de serviços tem responsabilidade solidária, o que somente não pode ser reconhecido no caso dos autos ante a vedação da reforma para pior, considerando-se que os recursos de revista são das reclamadas. Nesse contexto, mantém-se a responsabilidade subsidiária da CEMIG, reconhecida pelo TRT.

4 – No que se refere ao acolhimento do pedido de isonomia, a decisão recorrida está em consonância com a OJ n. 383 da SBDI-1 do TST: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e

normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, ‘a’, da Lei n. 6.019, de 3.1.1974”. Sendo o caso de isonomia, e não de equiparação salarial, a “igualdade de funções” prevista na OJ n. 383 da SBDI-1 do TST se refere à demonstração de que as funções exercidas pela trabalhadora sejam típicas, próprias, da tomadora de serviços (atividade-fim), e não que a reclamante seja particularmente comparada com empregado específico, paradigma, modelo, da tomadora de serviços, ressaltando-se que a CEMIG não tinha empregados próprios que fossem atendentes de call center justamente ante a fraude na contratação da reclamante por meio de empresa interposta, na tentativa infrutífera de burlar a legislação trabalhista sob dois enfoques: primeiro, eximindo-se de contratar diretamente empregados para sua atividade-fim; segundo, buscando obstar o eventual pedido de isonomia, ante a alegação equivocada da inexistência de empregados paradigmas. Esse comportamento reprovável, ao contrário do que pretende a reclamada, justifica mais ainda o reconhecimento do direito da reclamante ao pagamento dos mesmos títulos trabalhistas devidos aos empregados da CEMIG (piso profissional e indenização substitutiva do vale-alimentação, previstos nas normas coletivas).

5 – Recursos de revista da CEMIG e da CONTAX de que não se conhece.”

De resto, constatada a contratação de trabalhadora, mediante empresa interposta, para a consecução de serviços ligados à atividade-fim da empresa tomadora, **como no caso em tela, já que a atividade de call center encontra-se inserida dentro da atividade-fim da empresa concessionária de energia elétrica**, a decisão regional, em que se reconheceu a litude da terceirização, está em desacordo com o entendimento espelhado nos seguintes precedentes desta C. Corte Superior:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ATENDENTE DE “TELE-MARKETING”. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. ENTE PÚBLICO. 1. No caso, a função desempenhada pelo autor não

está enquadrada em nenhum dos permissivos constantes na Súmula n. 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho (serviços de vigilância, conservação e limpeza e serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador). 2. Nos termos da Súmula n. 331, I do TST, ente público que contrata empresa interposta para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim promove terceirização ilícita. 3. Acórdão regional que considera lícita a terceirização pelo banco estatal das atividades de comercialização de cartão de crédito, título de capitalização, seguro de vida e cheque especial, mediante teleatendimento, contraria a referida Súmula n. 331, I e III, permitindo o seguimento do recurso de revista, nos termos do art. 896, c, da CLT. 4. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. “TELEMARKETING”. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ATIVIDADE-FIM. 1. Inválida a terceirização em atividade-fim (Súmula n. 331, I e III do TST), considerados os serviços essenciais à consecução do objeto mercantil da empresa. 2. Insere-se na atividade-fim da instituição financeira o serviço de teleatendimento aos respectivos clientes, na comercialização de cartão de crédito, título de capitalização, seguro de vida e cheque especial. 3. Conforme entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1 do TST, a contratação de empregado, mediante empresa interposta, não enseja a formação de vínculo de emprego com entidade integrante da Administração Pública, mas não impede o reconhecimento de diferenças salariais decorrentes do princípio da isonomia, em virtude da aplicação, por analogia, do art. 12 da Lei n. 6.019/74, desde que presente a igualdade de funções. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, para reconhecer o direito do empregado terceirizado à isonomia salarial com os empregados da empresa tomadora de serviços, ante a ilicitude da terceirização operada, restabelecendo, por conseguinte, a sentença de primeiro grau. (TST – RR: 1205-59.2013.5.03.0112, relatora: Desembargadora Convocada Rosalie Michaelle Bacila Batista, Data de Julgamento:

5.8.2015, 4ª Turma, Data de publicação: DEJT 14.8.2015)

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. COBRANÇA DE DÉBITOS POR MEIO DE TELEATENDIMENTO. ATIVIDADE-FIM DO BANCO. SÚMULA N. 331, I, DO TST. Decisão Regional fundada na tese de que a prestação de serviços de cobrança de débitos, por meio de teleatendimento, não se insere na atividade-fim dos bancos, sendo lícita a terceirização desse serviço. Demonstrada a possível contrariedade à Súmula n. 331, I, do TST, impõe-se o provimento do agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II-RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. COBRANÇA DE DÉBITOS POR MEIO DE TELEATENDIMENTO. ATIVIDADE-FIM DO BANCO. SÚMULA N. 331, I, DO TST. Conforme diretriz consagrada no inciso I da Súmula n. 331 do TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta, para atuar em sua atividade finalística, é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador. Esta Corte Superior tem entendido, de forma reiterada, que se integra à atividade-fim dos bancos a cobrança de débitos (recuperação de ativos financeiros) e negociação de dívidas, ainda que realizada mediante *telemarketing*, sendo, portanto, ilícita a terceirização desses serviços. Neste contexto, surge o conceito da subordinação estrutural, em que, ainda que o trabalhador não receba ordens diretas, integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural da empresa tomadora de serviço. Contrariedade do inciso I da Súmula n. 331 do TST configurada. Vínculo de emprego reconhecido com o segundo Reclamado (Banco Bradesco S.A.), durante o período em que a Autora prestou serviços em seu favor. Ante o óbice do art. 37 da Constituição Federal, não há falar em vínculo de emprego com o primeiro Reclamado (Banco do Brasil), aplicando-se, nesse caso, todavia, a diretriz consagrada na OJ n. 383 da SBDI-I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 575620125030012, relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de

Julgamento: 22.10.2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31.10.2014)

AGRAVOS DE INSTRUMENTO DAS RECLAMADAS. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. MATÉRIAS COMUNS. ANÁLISE CONJUNTA. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. *CALL CENTER*. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E O DA TOMADORA DE SERVIÇOS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 383 DA SBDI-1 DO TST. O Regional manteve a sentença em que se reconheceu a isonomia salarial entre a reclamante e os demais empregados da CEMIG, por considerar que as operações de *call center* realizadas pela autora fazem parte do atendimento que uma empresa de energia elétrica deve prestar ao consumidor. A Lei n. 8.987/95, referente às concessionárias e permissionárias de serviço público, trata exclusivamente, na verdade, da relação entre as empresas concessionárias ou permissionárias e as agências reguladoras e os consumidores, portanto não tem, absolutamente, natureza de norma de Direito do Trabalho, pois nada dispõe a respeito do tema da terceirização trabalhista. Assim, cabe precipuamente a esta Justiça especializada a análise da compatibilidade entre essa norma infraconstitucional de Direito Administrativo e os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretá-la e, eventualmente, aplicá-la, de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e aplicação às normas trabalhistas, que, neste País, disciplinam a prestação de trabalho subordinado, terceirizado ou não. Na esteira desse entendimento, é forçoso concluir que, por força da incidência e da aplicação de outras normas infraconstitucionais (mormente os arts. 2º, 3º e 9º da CLT), não se pode mesmo interpretar o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95, no sentido de que a autorização por ele dado à empresa concessionária para contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço significaria uma autorização para essa empresa terceirizar suas atividades-fim, entendimento que, repita-se, levado às suas últimas consequências, acabaria por permitir

que essa desenvolvesse sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e, sim, apenas, trabalhadores terceirizados. Nos casos como o ora em análise, em que patente está a configuração de terceirização ilícita, a lei autoriza a responsabilidade solidária. É que, segundo determina o disposto no art. 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, de acordo com o inserto no art. 942 do mesmo dispositivo legal, os bens do responsável pela ofensa a direito de outrem ou violação desse ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Ademais, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana da Administração Pública, nos casos de terceirização ilícita, decorre da sua conduta ilícita — prática de fraude — acerca da terceirização de atividade-fim, e não, simplesmente, do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Portanto, se as reclamadas praticaram fraude em relação à terceirização de serviços, não se aplica o disposto no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 para afastar a responsabilidade do ente público, de cuja incidência somente se pode razoavelmente cogitar quando há regularidade do contrato de prestação de serviços, o que, comprovadamente, não se verificou no caso dos autos, conforme expressamente registrado no acórdão regional. Pelos mesmos fundamentos, não há cogitar em contrariedade à Súmula n. 331 do TST, aplicável em hipóteses de terceirização lícita. Salienta-se, ainda, que a impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego entre o empregado da empresa prestadora de serviços e o da tomadora não inviabiliza a pretensão da reclamante ao recebimento dos direitos e das vantagens percebidos pelos empregados da tomadora dos serviços. Isso porque, no âmbito deste Tribunal, tem prevalecido o entendimento de que deve ser conferida a igualdade de direitos entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora que preencham os requisitos necessários à citada isonomia. É certo, portanto, que os trabalhadores contratados por meio

de empresa interposta fazem jus aos mesmos direitos dos empregados da tomadora de serviços, inclusive aos benefícios previstos em normas coletivas. Dá-se, dessa forma, efetividade ao princípio constitucional da isonomia, evitando-se, ainda, que a terceirização de serviços seja utilizada como prática discriminatória. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial n. 383 da SBDI-1 deste Tribunal: — **A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, 'a', da Lei n. 6.019, de 3.1.1974.** Agravos de instrumento desprovidos. (AIRR 56-34.2013.5.03.0013, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 5.11.2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14.11.2014).

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. ISONOMIA SALARIAL. A terceirização de atividade-fim é prática vedada pelos princípios que protegem o trabalho humano, salvo nas hipóteses excepcionais e transitórias, como no trabalho temporário. Por isso, não deve ser chancelada pela Justiça do Trabalho por diversas razões, entre as quais a perda econômica para o trabalhador — por receber salários inferiores àqueles que possuem vínculo permanente —; a exacerbação dos malefícios à saúde — pela falta de instrumentalização adequada das medidas de proteção à saúde e mesmo pela fiscalização inadequada ao cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; pela maior instabilidade no emprego e ausência de maior estímulo à produtividade dos trabalhadores terceirizados; e pela falta de organização da categoria profissional. O exame da tese recursal, no sentido de que as atribuições exercidas pela autora incluíam-se na atividade-meio da agravante, encontra óbice na Súmula n. 126 do TST, pois demanda o revolvimento dos

fatos e das provas. Por outro lado, a análise do acórdão recorrido revela que a Corte de origem não adotou tese explícita acerca dos dispositivos constitucionais apontados e não foram opostos embargos de declaração a esse respeito. Assim, nesse ponto, o recurso de revista encontra óbice na ausência do prequestionamento a que se refere a Súmula n. 297 do TST. Recurso de revista de que não se conhece. (RR – 115-63.2011.5.03.0022, relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 27.8.2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.8.2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. 1. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE FIM. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA. ART. 25 DA LEI N. 8.987/95. O entendimento consolidado na SDI-1 desta Corte é o de que a Lei n. 8.987/95 não autoriza a terceirização da atividade-fim das empresas concessionárias do serviço público, aplicando à espécie a Súmula n. 331, I, do TST. Por se tratar de empresa integrante da Administração Pública Indireta, não há como reconhecer o vínculo com a tomadora dos serviços, ante o óbice constitucional previsto no art. 37, II, da CF. Nada obsta, contudo, que seja reconhecido o direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas conferidas aos empregados da tomadora dos serviços, desde que presente a igualdade de funções, nos termos da OJ n. 383 da SDI-1 do TST, situação configurada no caso concreto. (AIRR – 1317-41.2012.5.03.0022, relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 22.10.2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24.10.2014)

No que concerne ao reconhecimento do direito da reclamante às mesmas verbas trabalhistas e normativas dos empregados da reclamada, em atendimento ao princípio da isonomia salarial, o v. acórdão regional está alinhado à diretriz insculpida na OJ n. 383, da SBDI-1, do C. TST. Eis os seguintes precedentes desta C. Corte Superior, envolvendo, inclusive, a ora agravante:

AGRAVOS DE INSTRUMENTO DAS RECLAMADAS. RECURSOS DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. MATÉRIAS EM COMUM. ANÁLISE CONJUNTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ISONOMIA SALARIAL. PEDIDO DE SALÁRIO EQUITATIVO DECORRENTE DE ILICITUDE EM TERCEIRIZAÇÃO. OJ N. 383/SBDI-I/TST. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego com ente da Administração Pública, ante a inexistência de concurso público (art. 37, II e § 2º, da CF, e Súmula n. 331, II, do TST), não configura óbice ao direito do trabalhador às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumpre função idêntica no ente estatal tomador de serviços, conforme jurisprudência que se consolidou no âmbito desta Corte Superior, a teor da OJ n. 383 da SBDI-1/TST. Tal entendimento harmoniza a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF) com o princípio isonômico (art. 5º, *caput* e I), afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios resultantes da terceirização. Harmoniza-se, também, com a valorização do trabalho humano, enfatizada, entre outros, nos arts. 1º, IV, 3º, III e 170, *caput*. Na presente hipótese, a parte Reclamante exercia funções de teleatendimento via *call center*, para atendimento de clientes da COPASA/MG. Verifica-se, pois, a existência de subordinação estrutural a denunciar a ilicitude da terceirização havida, o que contraria os termos da Súmula n. 331, III, do TST. Devidos às Reclamantes, portanto, os mesmos benefícios trabalhistas da empresa tomadora de serviços, inclusive os oriundos de normas coletivas eventualmente aplicáveis, nos termos da OJ n. 383/SBDI-I/TST. Sendo assim, não há como assegurar o processamento dos recursos de revista, uma vez que os agravos de instrumento interpostos não desconstituem os termos da decisão denegatória, que subsistem por seus próprios fundamentos. Agravos de instrumento desprovidos. (AIRR - 203-87.2014.5.03.0025, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado,

Data de Julgamento: 25.2.2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27.2.2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. (...) 2) TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ISONOMIA SALARIAL - PEDIDO DE SALÁRIO EQUITATIVO DECORRENTE DE ILICITUDE EM TERCEIRIZAÇÃO. A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego com ente da Administração Pública, ante a inexistência de concurso público (art. 37, II e § 2º, da CF, e Súmula n. 331, II, do TST), não configura óbice ao direito do trabalhador às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumpre função idêntica no ente estatal tomador de serviços, conforme jurisprudência que se consolidou no âmbito desta Corte Superior, a teor da OJ n. 383 da SBDI-1/TST. Tal entendimento harmoniza a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF) com o princípio isonômico (art. 5º, *caput* e I), afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios resultantes da terceirização. Harmoniza-se, também, com a valorização do trabalho humano, enfatizada, entre outros, nos arts. 1º, IV, 3º, III e 170, *caput*. Na presente hipótese, verifica-se que a parte Reclamante exercia funções de teleatendimento via *call center*, para atendimento de clientes da CEMIG. Verifica-se, pois, a existência de subordinação estrutural a denunciar a ilicitude da terceirização havida, o que contraria os termos da Súmula n. 331, III, do TST. Devidos à Reclamante, portanto, os mesmos benefícios trabalhistas da empresa tomadora de serviços, inclusive os oriundos de normas coletivas eventualmente aplicáveis, nos termos da OJ n. 383/SBDI-I/TST. Recurso de revista conhecido e provido, nesse aspecto. (RR - 1330-52.2012.5.03.0018, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 18.6.2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1º.7.2014)

AGRAVOS DE INSTRUMENTO DA COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS - CEMIG E A&C CENTRO DE CONTATOS S.A. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. MATÉRIA EM COMUM. ANÁLISE CONJUNTA. VÍNCULO DE

EMPREGO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. ISONOMIA. Constatase da leitura que a decisão recorrida encontra-se, na verdade, em consonância com o entendimento sedimentado nesta Corte, a teor da Súmula n. 331 do TST e da Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-1, devidamente aplicadas pelo Colegiado de origem. Desta forma, tem incidência a diretriz expressa na Súmula n. 333 do TST e no § 4º do art. 896 da CLT. Agravos de instrumento não providos. (AIRR – 921-31.2011.5.03.0109, relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 9.4.2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.4.2014)

Conforme fundamentação supra, a Autora faz jus aos mesmos direitos assegurados aos empregados da tomadora dos serviços, 2ª Ré.

Assim, conheço do recurso de revista, por violação dos itens I e III da Súmula n. 331 do TST.

MÉRITO

Como consequência do conhecimento do recurso de revista, dou provimento ao apelo para restabelecer a sentença que garantiu à

reclamante os mesmos direitos garantidos aos empregados da tomadora de serviços (segunda ré). Invertidos os ônus da sucumbência. Custas pela reclamada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Por maioria, conhecer do recurso de revista por contrariedade aos itens I e III da Súmula n. 331 e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença que assegurou à reclamante os mesmos direitos garantidos aos empregados da tomadora de serviços (segunda ré). Invertidos os ônus da sucumbência. Custas pela reclamada, conforme consignada na sentença. Vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

Brasília, 18 de novembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES

Desembargador Convocado Relator

Índice Geral

Doutrina

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no âmbito da processualística do trabalho — uma breve incursão a respeito das teorias subjetiva e objetiva. 1. Notas introdutórias. 2. Construção conceitual da desconconsideração da personalidade jurídica. 3. Aspectos processuais do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 4. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua compatibilidade com o processo do trabalho. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....

17

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o processo do trabalho. 1. Introdução. 2. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. 3. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. 4. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....

31

Princípio da subsidiariedade e a cláusula de contenção no processo do trabalho — angústias e esperanças a partir de uma primeira leitura do art. 15 do novo Código de Processo Civil. 1. Introdução. 2. Os pressupostos básicos da heterointegração — omissão e compatibilidade. 3. Compatibilidade sem omissão? Pela especificidade do processo laboral como ramo autônomo de solução das controvérsias. 4. Em busca dos conceitos de lacuna axiológica/ontológica. 5. A conjugação necessária — a lacuna omissiva que se soma à compatibilização do diploma. 6. Angústias e esperanças de um primeiro olhar sobre o art. 15 do novo CPC. 7. Referências Bibliográficas

44

Prova emprestada e o novo CPC — repercussões no processo trabalhista e na qualidade da prestação jurisdicional.

1. Introdução. 2. A verdade humanizada do processo e a pró-atividade instrutória. 3. Identidade física do juiz, fundamento e finalidade. 4. Prova emprestada e o processo do trabalho. 4.1. Autonomia da iniciativa da parte ou do juiz. 4.2. Natureza jurídica e repercussões. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas

59

Via de mão dupla — precedentes vinculantes e o respeito às decisões de primeiro grau como faces da mesma moeda sob o novo CPC — uma visão de direito comparado. I. Introdução. Contexto atual — Panorama normativo e consequências práticas. 1. Precedentes vinculantes e o lado reverso da mesma moeda — a preservação dos aspectos casuísticos da decisão recorrida salvo erro claro ou arbitrariedade. a. Precedentes vinculantes do Brasil e nos Estados Unidos — trabalho hercúleo — foco dos tribunais nas questões de direito das decisões recorridas, valorizando as decisões de primeiro grau quanto às demais matérias. 2. O problema — Desvalorização das decisões de primeiro grau — Excessiva recorribilidade, sobrecarga, protelação, desperdício. II. *Standards* de revisão recursal (*standards of appellate review*) no direito americano. 1. Questões de direito — *standard* de revisão recursal *de novo*. 2. Conclusões de fato do juiz — *standard* de revisão recursal *clearly erroneous*. 3. Conclusões de fato do júri — *standard* de revisão recursal *substantial evidence*. 4. Questões mistas de direito e de fato — *standard* de revisão recursal conforme a preponderância da análise do direito ou do fato. 5. Decisões discricionárias — *standard* de revisão recursal *abuse of discretion*. III. Aplicação dos *standards* de revisão recursal ao processo civil brasileiro. 1. Utilidade e funcionamento dos *standards*

de revisão recursal para o aprimoramento do processo civil brasileiro. **a.** Interpretação das regras de direito aplicáveis — questões de direito. **b.** Decisões que envolvem margem de discricionariedade. **c.** Conclusões quanto à verdade dos fatos — questões de fato. **d.** Subsunção dos fatos ao direito — questão mista de direito e de fato. 2. Possibilidade de aplicação dos *standards* de revisão recursal ao processo civil brasileiro? **a.** Harmonia com a tendência de reforma do sistema recursal no Brasil, parcialmente inspirada no direito comparado. **b.** Harmonia com a política nacional de valorização do primeiro grau do Conselho Nacional de Justiça e com as aspirações da Magistratura de primeiro grau. **c.** Inexistência de impedimento legal ou constitucional ao uso de *standards* restritivos da revisão recursal no processo civil brasileiro. **d.** É necessária alteração legislativa para que se presumam corretas as decisões discricionárias e conclusões de fato do primeiro grau, limitando o corte revisional dos recursos através dos *standards* “abuso de discricionariedade” e “claramente errôneo”? IV. Considerações finais. V. Referências bibliográfica 68

A estrutura da sentença trabalhista no novo Código de Processo Civil — uma análise constitucional da fundamentação das decisões. 1. Introdução. 2. A aplicação do novo CPC ao processo do trabalho — o alcance da supletividade e da subsidiariedade. 3. A fundamentação da sentença trabalhista. 3.1. A fundamentação como mecanismo de legitimação material das decisões judiciais. 3.2. Os princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Celeridade processual — a leitura do processo do trabalho à luz do direito material do trabalho e a necessidade de ponderação de interesses. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas 93

O novo CPC e a independência judicial.

1. Introdução. 2. Independência Judicial. 2.1. O exercício da jurisdição de forma livre e isenta como condição favorável à democracia. 2.2. A dupla dimensão da independência judicial. 3. O fetiche da segurança jurídica e da previsibilidade. 3.1. Judicialização da política e protagonismo do Poder Judiciário. 3.2. Interferência no Judiciário. 3.3. O Documento n. 319 do Banco Mundial. 3.4. Alterações no Brasil — verticalização. 4. Mais uma etapa — o novo CPC. 4.1. Decisões fundamentadas com a opinião dos outros. 4.2. Meros observadores. 4.3. Relator algemado. 5. Inviabilidade de aplicação do art. 489 ao processo do trabalho. 5.1. O problema da aplicação subsidiária e supletiva do CPC. 5.2. Conteúdo da sentença na CLT. 6. Inconstitucionalidade dos arts. 927 e 932 do novo CPC. 7. Inconvencionalidade dos dispositivos analisados. 7.1. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade. 7.2 Tratados internacionais sobre direitos humanos. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas..... 105

Breve ensaio em defesa da “fundamentação exauriente”.

1. Intróito. 2. O modelo processual cooperativo. 3. A atual concepção de juridicidade e sua correlata racionalidade prática. 4. Novos escopos: o do maior rendimento possível e o da decisão judicial atrelada à realidade fática subjacente à causa. 5. Possui novos pressupostos metodológicos — a superação da dicotomia *questão de fato x questão de direito* e o caso concreto como *prius* metódico. 6. O princípio da boa-fé como norteador da interpretação da decisão judicial. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas..... 121

O novo Código de Processo Civil e os recursos trabalhistas. 1. Introdução. 2. Síntese das alterações promovidas pela Lei n. 13.015/2014. 3. Síntese do

sistema recursal previsto no novo CPC. 4. Incidência das disposições do novo CPC ao sistema recursal trabalhista. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	134	teleológica e aplicação do princípio da norma mais favorável. 6.2. Omissão legal — lacunas ontológicas. 6.3. Sistema de contagem dos prazos no novo código processual civil — não aplicação ao processo do trabalho e a questão da efetividade. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.....	208
Da recepção do sistema de precedentes do CPC/2015 ao fortalecimento das ações coletivas rumo a uma tutela jurisdicional eficaz — encontros e desencontros dos sistemas de resolução de litigância de massa no Brasil. 1. Introdução. 2. Da aproximação entre os sistemas <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>. 3. Litigância repetitiva na perspectiva do CPC/2015 e fortalecimento da magistratura. 4. Do paradoxo aparente — abertura do sistema <i>x</i> respeito aos precedentes dos tribunais de vértice. 5. Da necessidade de ampliação do enfoque nas ações coletivas — a solução da litigiosidade na raiz social do problema. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.....	158	Entre a CLT e o CPC: reformulando o problema da segurança jurídica. 1. Introdução. 2. O debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira — premissas para a diferenciação do processo do trabalho. 3. A superação da leitura positivista e o reconhecimento da estrutura principiológica do direito moderno. 4. Três questões postas pelo novo Código de Processo Civil. 5. Considerações finais — a importância do tratamento dos princípios do processo do trabalho segundo as especificidades de cada caso concreto. 6. Referências bibliográficas.....	218
O novo CPC e o processo do trabalho — falsas novidades e parâmetros de aplicação. 1. Introdução. 2. A racionalidade liberal reforçada. 3. As falácias do NCPC. 4. Alguns exemplos da racionalidade do novo CPC. 5. A racionalidade do processo do trabalho. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas	184	Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC e suas implicações no processo do trabalho. 1. Introdução. 2. Do Incidente da Desconconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Da lei a ser aplicada no Processo do Trabalho. 4. Do procedimento a ser adotado. 5. Da Compatibilidade com o Processo do Trabalho. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	237
Nova regra de contagem de prazos no novo Código de Processo Civil — não aplicabilidade na sistemática dos prazos do processo do trabalho. 1. Introdução. 2. Aplicação subsidiária das normas de processo civil ao processo do trabalho. 3. Prazos. 4. Contagem de prazos no atual e no novo Código de Processo Civil. 5. Prazos no processo trabalhista e a prestação jurisdicional célere. 5.1. Razoável duração do processo e a celeridade da justiça do trabalho. 6. Conflito entre o disposto no novo código processual civil e o processo do trabalho — aplicabilidade. 6.1. Interpretação		A audiência pública como instrumento de efetividade dos direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas — uma abordagem sob a ótica do novo Código de Processo Civil . 1. Introdução. 2. A pós-modernidade e suas exigências. 3. Direitos coletivos e individuais homogêneos trabalhistas. 3.1. Direitos coletivos trabalhistas. 3.2. Direitos individuais homogêneos. 4. A audiência pública na Justiça do Trabalho. 4.1. O novo Código de Processo Civil e a	

audiência pública na Justiça do Trabalho.	
4.1.1. Propositura de ação coletiva — judiciário como ente comunicador.	
4.1.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — IRDR — judiciário ativo.	
5. A audiência pública nas práticas dos Tribunais Trabalhistas.	
5.1. Portaria n. 5/2013, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro.	
5.1.1. A dupla função dos motoristas de ônibus no Estado do Rio de Janeiro.	
5.2. Provimento n. 12/2011 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.	
5.2.1. Critérios de cálculo da complementação definitiva de aposentadoria da CEEE, para empregados vinculados ao Plano Único e cujos contratos estavam em curso durante a vigência do Regulamento de 1979 da Fundação ELETROCEEE.	
5.3. Estudos sobre audiência pública no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.	
6. Considerações finais.	
7. Referências bibliográficas.....	245
Dilemas do direito processual do trabalho com o advento do novo CPC.	
1. Introdução.	
2. Aplicação supletiva e subsidiária.	
3. Compatibilidade? As características do	
Direito Processual do Trabalho.	
4. Possíveis inovações.	
5. (In)conclusões.	
6. Referências bibliográficas	266
Fundamentação exauriente x fundamentação analítica. Aplicação ao processo do trabalho.....	279
Temas polêmicos do novo CPC e sua aplicação no processo do trabalho.	
1. Nota introdutória.	
2. Aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC.	
3. Força normativa dos valores e princípios.	
3.1. Os princípios no processo do trabalho.	
3.2. O princípio inquisitivo e o negócio jurídico processual.	
4. Desconsideração da personalidade jurídica.	
5. A fundamentação da decisão judicial.	
5.1. Sentença omissa e embargos de declaração.	
5.2. Aplicação no processo do trabalho.	
6. Considerações finais.	
7. Referências bibliográficas	292
Jurisprudência	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
Tribunal Superior do Trabalho	317

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **Peter Fritz Strotbek – The Best Page**

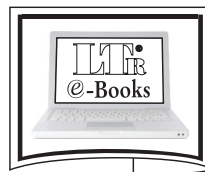
Capa: **Forma e Conteúdo Editora Criativa**

Finalização: **Fabio Giglio**

Impressão: **Graphium**



LOJA VIRTUAL
www.ltr.com.br



E-BOOKS
www.ltr.com.br

