

DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES E INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DA HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ubirajara Carlos Mendes

“Diferentes formas de governo implicam diferentes respostas para a questão: qual julgamento deve prevalecer quando os cidadãos discordam entre si? Agora parece haver boas razões para o povo oferecer seguinte resposta a essa questão: ‘não ós, ou os nossos representantes, mas o Judiciário’. Se for assim, isso conta a favor da adoção daquilo que Aristóteles chamaria de ‘aristocracia’ – o governo dos poucos melhores”. Jeremy Waldron. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 264.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos nos Estados europeus no Século XIX se encarregaram de expor a fragilidade da perspectiva do Estado de Direito meramente formal, evoluindo para o conceito de Estado de Direito material, predisposto, este sim, sem abandono da forma como elemento de segurança jurídica, à realização plena dos direitos fundamentais. Tal cenário pós-positivista do Direito acena para uma

feição principiológica do ordenamento, em detrimento de um cunho estritamente legalista, e introduz na seara jurídica mudanças de paradigmas que conferiram, de forma muito evidente, maior autonomia aos órgãos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que redimensionaram a complexidade do ato decisório, que deixa de ser um mero ato de silogismo para dotar-se de um papel construtivo, voltado para a efetividade dos direitos fundamentais.

No paradigma do Estado Constitucional, próprio do atual momento histórico (constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo), a eficácia dos preceitos constitucionais ocupa um papel central na ordem jurídica e vincula, axiologicamente, a aplicação das normas infraconstitucionais. Sobreleva-se o valor dos princípios e abandona-se a técnica da estrita vinculação à legalidade como elemento de garantia de segurança jurídica. Miguel Reale leciona, a



Ubirajara Carlos Mendes

Desembargador do Trabalho do TRT 9ª Região. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha – ES. Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

este respeito, que *“Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.”*¹

O Código de Processo Civil de 1973 passou, ao longo das duas últimas décadas, por inúmeras alterações tendentes não só a ajustá-lo à ordem constitucional de 1988, mas também a atender ao clamor da sociedade por uma justiça acessível, eficaz e tempestiva. A busca sempre foi pelo equilíbrio, pois, se de um lado, a “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”², conforme célebre frase de Rui Barbosa, também é certo que a prestação jurisdicional apressada pode, não raras vezes, como adverte Miguel Reale, implicar verdadeira injustiça: “não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação de justiça.”³

A tentativa de superação deste desafio consta, explicitamente, da Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, deixando transparente o objetivo de buscar uma prestação jurisdicional mais rápida e um processo mais justo, econômico

e menos complexo. Em claro intuito de ajustar o processo civil à Constituição Federal, notadamente quanto ao princípio da duração razoável do processo, ao fortalecimento da garantia do contraditório e do dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, a Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux declinou cinco objetivos primordiais, a denotar, também, o profundo comprometimento da comunidade jurídica reformista com o conhecimento, o debate e a pesquisa:

1. Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.⁴

Como assinalou Luiz Fux⁵ durante o trâmite do projeto, à semelhança das evoluções normativas verificadas em outros países do *civil law* e do *common law*, como Inglaterra,

1 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61.

2 BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, MCMLXVI, p. 105.

3 REALE, Miguel. Valores fundamentais da reforma do judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 24, n. 75, p. 78, abr. 2004.

4 BRASIL. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 14. Disponível em: <http://senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto/pdf> Acesso em 10 jun. 2015.

5 FUX, Luiz. O novo processo civil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 80, nº 4, out/dez 2014, p. 265.

Itália, Alemanha, Japão, Espanha, França, Portugal, atenta à clássica lição de Cesare Vivante, “altro tempo; altro diritto”, a comissão curvou-se à realidade de operar uma profunda reforma processual, notadamente direcionada a enfrentar o diagnóstico dos males da morosidade processual, quais sejam, o excesso de formalidades, a litigiosidade desenfreada e a prodigalidade do sistema recursal brasileiro.

Avalia-se, neste curto ensaio, em que medida o novo Código acolhe as premissas do pós-positivismo e como o neoprocessualismo, fundado em expressas bases constitucionais, notadamente no princípio da dignidade humana, favorece a realização dos direitos fundamentais prestacionais. Pondera-se, ainda, sobre as possibilidades de transposição destes preceitos, sob a ótica da subsidiariedade, para o processo do trabalho.

2. O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - FEIÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Princípios e regras encerram comandos do que *deve ser*, com o emprego de expressões deontológicas básicas da ordem, da permissão e da proibição. O melhor critério de distinção destes dois tipos de normas⁶ parece ser aquele empregado por Robert Alexy⁷, para quem

6 Há vários critérios de distinção entre regras e princípios. Segundo o critério da generalidade, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, ao passo que as regras têm um nível maior de especialidade; pelo critério da abstração, os princípios são normas com um grau de abstração maior que as regras. Outros, como o do valor expresso e o da aplicabilidade, também são comuns na distinção.

7 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos**

há uma diferença qualitativa entre regras e princípios, e não apenas de grau.

Nesta linha, princípio é um mandamento nuclear (ou comando de otimização, em sua clássica definição), aplicado mediante ponderação, mediante a criação de regras de prevalência. Em determinadas condições um princípio prevalece em relação ao outro, o que não ocorre com as regras abstratas.

A distinção apontada pelo autor é que as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, e os princípios normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas; no conflito de regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade, enquanto que na colisão de princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores que as do outro.⁸ Os princípios são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, o que depende das possibilidades reais, genericamente concretas, e também das possibilidades jurídicas existentes naquele momento em que se reclama sua aplicação. Não deixará de ser cumprido ou

.....
Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª. edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144-166, passim.

8 Com base na doutrina de Alexy, elaborada em torno da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, pode-se afirmar que um conflito entre duas regras será resolvido de duas formas: declarando-se uma delas inválida ou, quando isto não for possível, estabelecendo-se exceções à sua aplicação. Já os princípios, quando colidem, devem ser ponderados. A ponderação da colisão de dois princípios em um caso concreto não levará à invalidação de um deles ou à criação de exceções, mas antes consistirá em aplicar aquele que se apresenta com um peso maior frente ao outro dadas às circunstâncias reais e jurídicas do momento de sua aplicação. Idem, ibidem.

aplicado, todavia, se o seu conteúdo normativo não for realizado com exatidão.

O princípio, afirma Luiz Lopes de Souza Júnior⁹, costuma ser associado ao mínimo existencial, que “consiste no conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna”, conjunto este que, todavia, na visão de Ricardo Lobo Torres¹⁰, é indeterminado, dependente da época, da comunidade e do local em estudo, incidiriam sobre um conjunto de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade.¹¹ As regras, de sua vez,

“são proposições normativas aplicáveis sob a forma do tudo ou nada (‘all or nothing’).¹² A incidência ocorre de forma direta, mediante subsunção, na ocorrência dos fatos nela previstos, deixando de produzir efeitos, apenas, se houver outra mais específica, se for inválida ou se não estiver em vigor.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES E O DÉFICIT LEGISLATIVO - PERSPECTIVA PRINCIPOLÓGICA DO NOVO CPC

Alterando-se a perspectiva, do ideal de efetiva participação popular no processo democrático para as reais e muitas vezes prementes necessidades dos indivíduos, emerge a imposição de soluções imediatas. A constante e fugaz evolução das relações sociais propicia o surgimento de necessidades não antevistas pelo legislador, mas, uma vez compreendidas na perspectiva da proteção constitucional, empreendem a busca de soluções pela via mais próxima e direta. Nestas circunstâncias, o juiz tornou-se protagonista direto das questões sociais, como assinala Luiz Werneck Vianna: “Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.”¹³

9 SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**: princípio ou direito absoluto. Disponível em www.lfg.com.br/artigos/Blog/dignidade_direito_absoluto.pdf> Acesso em 20.08.2015.

10 TORRES, Ricardo Lobo. “Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. SALET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

11 Ana Paula de Barcellos, por sua vez, identifica o mínimo existencial como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, incluindo como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos, para ela, exigíveis judicialmente de forma direta. (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305). Para os professores Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique, embora esta proposta tenha por objetivo evitar a total ineficácia de certos dispositivos constitucionais sobre direitos sociais, “cabe aclarar que não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, nem se pode reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir. Apesar das dificuldades não se justifica partir para versões minimalistas abandonando de vez uma visão mais global e nem seria correto definir quais seriam os limites internos de cada direito social selecionado como inerente ao mínimo vital sugerido, visto que igualmente as graduações cairiam no mesmo problema da subjetividade de quem as estipulam.” (GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/>

.....
Sidney.pdf> Acesso em 19.08.2015.

12 SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes. Op. cit.

13 VIANNNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. São Paulo: Tempo Social, v. 19, n. 2, nove/2007, pp. 39-85.

Quando a ordem jurídica deixa de regular fatos relevantes, ou não lhes atribui tratamento condizente com a ordem de direitos subjetivos assegurados pela Constituição Federal, notadamente quando se considera que os direitos de segunda geração somente são assegurados por meio de políticas públicas adequadas, ganha espaço a questão das lacunas e do déficit normativo. Vale dizer, há uma “constitucionalização” de uma série de necessidades que são, na esfera prática, dependentes de um conjunto de políticas públicas para sua materialização, o que, ao desaguar em pretensões junto ao Poder Judiciário, desloca sua atuação eminentemente decisória para uma atuação fiscalizatória da concretização de medidas público-administrativas e da operação funcional das instituições político-democráticas. Há, nesta conjuntura, uma intensificação da litigiosidade, mediante provocação massiva dos jurisdicionados. Esse novo tipo de demanda, própria da “judicialização da política”¹⁴, exige um provimento jurisdicional diverso daquele

tradicionalmente vinculado a uma reflexão sobre a norma positivada.

Há uma severa crítica a estas respostas, dizendo-se que o Poder Judiciário não está aparelhado para lidar com questões econômicas, com problemas políticos ou com implementação de políticas públicas, via de regra relacionadas com custos orçamentários nem sempre avaliados. Opondo-se ao propagado “ativismo judicial”, Elival da Silva Ramos expõe a possibilidade de distorções das regras por meio do processo interpretativo, nos seguintes termos:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada do limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outros poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio poder constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro poder, fundada na discricionariedade decorrente das normas constitucional de princípios ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado, etc). É de se ressaltar, portanto, que o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou da

14 A judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas e, conforme literatura dedicada ao tema, revela que "A invasão do direito sobre o social avança da regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou." VIANNNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 41.

inconstitucionalidade de um dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída.¹⁵

Há a percepção, de outro lado, como em Ran Hirschl¹⁶, de que esta transferência de ações e responsabilidade dos órgãos legislativo e executivo ao judiciário atua no interesse dos primeiros, dado corresponder a inegável redução de custos pessoais. Explica-se que as cortes constitucionais tornaram-se cruciais na resolução de questões mais fundamentais que a democracia política pode contemplar. Pondera-se ser perceptível a vantagem da delegação, que ainda pode ser benéfica quando surgem questões que se desejam manter afastadas do debate político, notadamente quando representam dilemas políticos, não vitoriosos, sobre questões polêmicas para a sociedade, como anencefalia, aborto, homofobia, união homossexual, reforma política, dentre tantos outros temas característicos da sociedade plural em que vivemos.

De qualquer modo, abstraído tal aspecto, é certo que a intensificação do acesso à Justiça e a intensa litigiosidade impõem a exigência de respostas. Segundo Paulo Bonavides, o exercício de direitos, em especial os fundamentais, não pode sofrer qualquer tipo de limitação, ainda que para tanto seja necessário mitigar o postulado da separação de poderes:

Ontem, a separação de Poderes se movia

15 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 141-142.

16 Apud TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob. Constitucionalismo democrático, ativismo judicial e crise do Estado: os limites de ação como condição para a legitimidade do Poder Judiciário na construção da democracia. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02a4f95155ad3032> Acesso em 18.08.2015.

no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição. Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.¹⁷

O mesmo autor destaca, positivamente, o avanço quanto à aplicação dos princípios nas decisões judiciais, como se vê do seguinte trecho:

Aí se consubstancia o avanço mais considerável, mais positivo, mais importante da época constitucional que o país ora vive e atravessa. Ao manter a decisão histórica do Tribunal Superior Eleitoral sobre a fidelidade partidária, aquele órgão da magistratura, ao que tudo indica, inaugurou na esfera constitucional uma nova era em que a supremacia da Constituição é, em primeiro lugar, a supremacia dos princípios. De princípios se compõe toda a medula do sistema. Caso não se arrede, nesta posição, o Supremo doravante caminha na

17 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pg. 649 e 650.

direção certa. *O futuro da Constituição e da democracia reside em concretizar princípios, em reconhecer-lhe a força imperativa, em formar a convicção incontestável e sólida de que eles legitimam os Poderes constitucionais.* E o fazem já no âmbito teórico, já no domínio da prática, em que o que mais importa é estabelecer a república da liberdade e dos direitos fundamentais. Portanto, aquela que sempre esteve nas aspirações do povo brasileiro desde as nascentes da nacionalidade.¹⁸

O novo CPC, dotado de inspiração claramente neoprocessual, consagra expressamente alguns princípios constitucionais de natureza processual, como a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 3.º), a razoável duração do processo (arts. 4.º e 8.º), o contraditório e seus reflexos, como os princípios da cooperação e da participação (arts. 5.º, 8.º, 9.º e 10), e a publicidade (art. 11).

Já no art. 1.º o novo CPC reafirma, dogmaticamente, a supremacia da Constituição Federal sobre as demais espécies normativas da ordem jurídica: *“Art. 1.º. 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.”*

Nítida inspiração neoprocessual se revela no art. 8.º, que impõe ao magistrado o dever de observar, na aplicação da lei processual, *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. O dispositivo promove, expressamente, como vetor de interpretação e aplicação da norma processual, a heterointegração das normas principiológicas previstas na Constituição Federal (arts. 1.º, II, 37, caput) e na LICC (art. 5.º). Nesta ordem, o novo CPC *“erigiu normas in procedendo destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no tecido constitucional e ínsitos ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade.”*¹⁹

Também há evidente influência neoprocessual quando o Código positiva princípios constitucionais expressos e implícitos, buscando a concretização dos direitos fundamentais no plano processual. No art. 7.º assegura 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.”* Ainda nesta perspectiva, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá o Magistrado – por meio de decisão fundamentada e observado o contraditório – distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la (art. 373, § 1.º). A adoção da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, em detrimento da teoria estática consagrada no art. 333 do Código atual, representa tentativa de trazer, ao plano

18 BONAVIDES, Paulo. **Senado Federal e STF: queda e ascensão.** Folha de São Paulo, 26 de outubro de 2007, p. A3.

19 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

processual, a isonomia material tão pretendida pela Constituição e seu ideal democrático.

Ainda, o novo Código, em seu art. 139, VI, defere ao Magistrado a possibilidade de ajustar a ordem de produção dos meios de prova às especificidades do conflito, em clara intenção de, ao criar um modelo processual mais aberto, conferir maior efetividade à tutela jurisdicional pretendida. Essa opção política do novo Código, por assim dizer, fica muito evidente em inúmeros outros dispositivos, que exigem uma postura proativa do Magistrado, buscando sanar nulidades e julgar o mérito da demanda (NCPC, arts. 76, 139, inciso IX, 317, 321, 357, inciso IV, 370, 932, parágrafo único, 938, §1º, 1.007, §7º, 1.017, §3º e 1.029, §3º).

Fundado em tais premissas principiológicas, em que não se concebe a aplicação de qualquer instituto processual ao desabrigo da dignidade humana e que a resolução do mérito passa a ser sinônimo de efetividade, o novo CPC favorece a superação de eventual déficit legislativo pelo órgão julgante.

Quanto à propagação reserva do possível, comumente vinculada à existência de recursos materiais disponíveis para sua satisfação, na ADPF 45/DF o Ministro Celso de Mello se pronunciou da seguinte forma:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre-se advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a

ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.²⁰

Tal escudo, portanto, não imuniza o administrador de cumprir promessas que, vinculadas a direitos fundamentais prestacionais, são prioritárias em relação a outras áreas de menor relevância para onde, notoriamente, são destinados preciosos recursos públicos.

5. NOVO CPC E JUSTIÇA DO TRABALHO

Os arts. 769 e 889 da CLT elegem o processo civil como fonte subsidiária. Tais normas constituem as chamadas “cláusulas de contenção das normas do processo civil”, tendentes a evitar a aplicação indiscriminada de normas processuais desatreladas dos valores e princípios que a doutrina, em classificação preponderante, considera peculiares ao direito processual trabalhista, quais sejam, os princípios da proteção, da finalidade social, da busca da verdade real, da indisponibilidade, da conciliação, da normatização coletiva, da simplicidade, da celeridade, da despersonalização do empregador e da extrapetição.²¹

20 ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004.

21 Cf., por todos, LEITE, Carlos Henrique Bezerra.

Nos termos da norma celetista, os pressupostos de aplicação de normas do direito processual comum são a existência de omissão e a compatibilidade com a principiologia do processo trabalhista.

É assente na doutrina, e também já consagrado na jurisprudência, em especial do TST, que o alcance do termo “omissão” tratado no art. 769 da CLT não se pode reduzir ao nível das lacunas normativas. A fim de preservar a efetividade do direito processual do trabalho, deve-se considerá-lo sob o influxo das modernas teorias das lacunas, que permitem revigorar o direito a partir de valores, princípios e instrumentos próprios do desenvolvimento da teoria geral do processo e de diversos institutos processuais ao longo do tempo e que viabilizam, assim, mais eficazmente e de forma mais célere, o atingimento de seus fins. Trata-se da comaltação, em prol da maior efetividade da prestação jurisdicional, das chamadas lacunas *objetivas* referidas por Bobbio, por ele consideradas aquelas decorrentes do envelhecimento da norma em face do desenvolvimento das relações sociais, propiciando, com isso, uma *“oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema”*²²; e *secundárias* por Engisch²³, consideradas aquelas decorrentes da mudança

das circunstâncias e dos valores relativos ao objeto da norma, que eram vigorantes quando de sua edição; e *axiológicas* e *normativas* por Maria Helena Diniz²⁴.

Em suma, a aplicação de normas processuais civis exige do intérprete a ponderação de que são elas muitas vezes concebidas para a solução de conflitos estabelecidos sob a ótica de um interesse puramente individual. De qualquer modo, sob a ótica da melhoria da prestação jurisdicional, é certo que, sendo a norma de processo civil efetivamente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação ao processo do trabalho ao argumento de que a CLT não é omissa. A regra de proteção eleita pelo sistema processual trabalhista não pode ser usada como óbice ao seu avanço, conforme síntese de Jorge Luiz Souto Maior²⁵:

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo comum, sob pena de negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária

.....
Curso de Direito Processual do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 76/85.

22 BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997, p. 146.

23 *Apud* CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007, p. 66/68.

24 Propício utilizar, nesta análise, a didática classificação de Maria Helena Diniz, baseada na tríplice dimensão do sistema jurídico (normas, fatos e valores), assim disposta: a) *lacunas normativas*: consideradas quando não existe norma sobre determinado assunto; b) *lacunas ontológicas*: ocorre quando a norma que regula determinado instituto não é mais compatível com a evolução dos fatos sociais ou com o progresso técnico e, por isso, tornou-se desatualizada e não mais efetiva; c) *lacunas axiológicas*, consideradas quando a norma existente, caso aplicada, conduz a um resultado injusto ou insatisfatório, a uma solução incompatível com os valores de justiça e equidade.

25 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho**. *Revista LTr*, São Paulo, 2006, v. 70, n. 8, p. 920-1.

do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo. Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto sob o prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual.

Exemplo de superação da literalidade legal em prol da consagração do direito social de proteção à maternidade e à infância e da dignidade humana pode ser aferido, na seara trabalhista, no julgamento do RO 01234-2013-009-00-5²⁶, em que se discutia se a obrigação de manter local apropriado para amamentação poderia ser estendido a um shopping center. Decidiu-se, com esteio no art. 6º da Constituição Federal e no art. 5º da Convenção nº 103 da OIT, que a proteção deveria ser estendida às trabalhadoras desta espécie de estabelecimento, sem vinculação à literalidade do art. 389, § 1º, da CLT.

Portanto, superada a ideia de que a norma trabalhista prevalece a qualquer custo,

26 RO 01234-2013-009-00-5 - Relator Des. Ubirajara Carlos Mendes - 7ª Turma - DEJT 12.11.2013.

a integração de lacunas trabalhistas pelas regras processuais civis vincula-se ao respeito aos princípios que regem o Direito Processual do Trabalho, em especial os da efetividade, da celeridade, da utilidade e da simplicidade. O Des. Sérgio Torres Teixeira, do TRT da 6ª Região, vincula com propriedade a incidência de norma processual civil ao processo do trabalho a três regras éticas gerais: a) de índole procedimental, manter a sintonia do modelo processual com as garantias constitucionais do processo; b) de natureza teleológica, concretizar os valores consagrados na Constituição da República, como valor social do trabalho e da dignidade humana; c) com índole de autopreservação e não retrocesso, preservar os valores e virtudes do atual sistema processual trabalhista, obstando-se o retrocesso das conquistas obtidas. E, primordialmente, reconhecer a natureza instrumental do processo.

6. CONCLUSÃO

O viés principiológico eleito pelo novo CPC favorece, sobremaneira, a satisfação das necessidades básicas do ser humano diretamente vinculadas com sua dignidade.

A constitucionalização do processo, cujos objetivos são a adequação, a tempestividade e a efetividade do acesso individual e coletivo ao Poder Judiciário, tem dentre suas características²⁷, a existência de novos

27 A par de outras, como: a) a inversão dos papéis da lei e da Constituição Federal, compreendendo-se a lei a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais; b) o novo conceito de princípios jurídicos, equivalentes a normas de introdução à ordem jurídica e superada a posição de meras fontes subsidiárias; c) a coletivização do processo; d) a ampliação

métodos de prestação da tutela jurisdicional, “que impõem ao juiz o dever de interpretar a lei conforme a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental”, e a supremacia das tutelas alusivas à dignidade humana e aos direitos fundamentais sobre os direitos de propriedade, permitindo, inclusive, tutelas inibitórias ou específicas, além das tutelas ressarcitórias nos casos de danos morais individuais e coletivos.

Para que o mínimo existencial seja atendido nem sempre será possível opor-lhe a reserva do possível, a reserva do orçamento ou outras razões de discricionariedade administrativa ou política. É apropriada, nesta conclusão, a assertiva de Ana Paula de Barcellos, para quem: “Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir validamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

.....
da legitimação ad causam; e) a ampliação dos efeitos da coisa julgada; f) o ativismo judicial; g) a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, conforme previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, ratificado pelo Brasil em 1992. (Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios Jurídicos Fundamentais do Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. In O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do trabalho. Elisson Miessa (org.). Bahia: Juspodivim, 2015, p. 67).

Sob a nova perspectiva processual, o papel do Poder Judiciário, inclusive na seara trabalhista, deve ser repensado para, em abono à tutela constitucional nuclear e vinculante, atender mais rápida e eficazmente às demandas sociais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª. edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144-166, passim.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, MCMLXVI.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Senado Federal e STF: queda e ascensão**. Folha de São Paulo, 26 de outubro de 2007.

BRASIL. Senado Federal. Presidência. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 14. Disponível em: <http://senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto/pdf> Acesso em 10 jun. 2015.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano

Athayde (Org). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

FUX, Luiz. O novo processo civil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 80, nº 4, out/dez 2014.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. Disponível em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>> Acesso em 19.08.2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Princípios Jurídicos Fundamentais do Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. *In* O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do trabalho. Elisson Miessa (org.). Bahia: Juspodivm, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. Valores fundamentais da reforma do judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 24, n. 75, p. 78, abr. 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61.

RECH, Simone Aparecida. A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3942> Acesso em: 20.08.2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Reflexos das**

alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, 2006, v. 70, n. 8.

SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais: princípio ou direito absoluto**. Disponível em www.lfg.com.br/artigos/Blog/dignidade_direito_absoluto.pdf> Acesso em 20.08.2015.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob. **Constitucionalismo democrático, ativismo judicial e crise do Estado: os limites de ação como condição para a legitimidade do Poder Judiciário na construção da democracia**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02a4f95155ad3032> Acesso em 18.08.2015.

TORRES, Ricardo Lobo. “Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. SALET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIANNNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. São Paulo: Tempo Social, v. 19, n. 2, nov/2007.