



Revista Eletrônica  
do Tribunal Regional  
do Trabalho da Bahia

---

NOVO CPC E JUSTIÇA DO TRABALHO



Ano V | nº 7 | Março 2016

# Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano V, número 7, março de 2016

**PRESIDENTE:** Desembargadora Maria Adna Aguiar do Nascimento

**VICE-PRESIDENTE:** Desembargadora Maria de Lourdes Linhares Lima de Oliveira

**CORREGEDOR REGIONAL:** Desembargador Esequias Pereira de Oliveira

**VICE-CORREGEDORA REGIONAL:** Desembargadora Nélia de Oliveira Neves

**DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL:** Desembargador Norberto Frerichs

## CONSELHO EDITORIAL:

Ministro Cláudio Brandão

Desembargador Edilton Meireles

Juíza Andréa Presas

Juiz Luciano Martinez

Juiz Murilo Sampaio

Juíza Silvia Teixeira

**Organização:** Ana Lúcia Aragão

**Editoração:** Pedro Henrique Lima

Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Escola Judicial. - Ano 1, n. 1 (dez. 2012-).- Salvador, 2012-

Ano 5, n. 7, mar. 2016 (online). Acesso: <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica-edicao-actual>

Semestral

Título anterior: Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT5.

ISSN 2317-9155

1. Direito do trabalho. 2. Processo trabalhista. 3. Jurisprudência trabalhista – Brasil. 4. Justiça do Trabalho - Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região)

CDU 34:331(81)(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do TRT da 5ª Região

# **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**

Ano V, número 7, março de 2016

## **Apresentação**

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia oferece, pela primeira vez, uma edição temática a seus leitores, dedicando-a ao novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor este ano.

Os questionamentos, as dúvidas e debates que vêm sendo travados em torno das normas processuais civis e de sua aplicação impulsionaram-nos a atentar para a necessidade de reunir trabalhos sobre o tema.

Expomos então, aqui, artigos de magistrados, servidores e advogados da Bahia, que nos dão a conhecer suas proposições e indagações, permitindo-nos ampliar as reflexões sobre o assunto.

Por sugestão do Conselho Editorial, mantivemos um espaço dedicado à prosa e à poesia, encerrando, assim, a edição com composições de um magistrado da Casa.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Maria Adna Aguiar  
Desembargadora Presidente do TRT5

# Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia

Ano IV, número 7, março de 2016

## Apresentação da Escola Judicial

Com o objetivo de empoderar a tradicional revista eletrônica deste Tribunal Regional, a Escola Judicial empreendeu seus esforços para, pela primeira vez, lançar uma revista com temática especializada.

Justamente no prenúncio da vigência do Novo Código de Processo Civil, a Escola Judicial almeja que esta revista eletrônica sirva como uma coleção de textos e opiniões sobre os efeitos e impactos que este novo diploma processual pode gerar na Justiça do Trabalho.

Independentemente das opiniões desta coletânea de textos, inclusive polêmicas e conflitantes entre si, a Revista Eletrônica n. 7, 2016 do TRT5 reúne dezoito artigos jurídicos, organizados pela ordem alfabética da autoria, que refletem os principais debates que o Novo CPC impõe na área trabalhista. Prosseguindo com o espaço poético, esta Revista Eletrônica traz uma bela poesia sobre a diversidade e diferença.

Somente sobre o tema da aplicação subsidiária e supletiva, o leitor encontrará três textos apresentam argumentações totalmente distintas, os quais representam os mais diferentes entendimentos sobre a questão. Princípio da cooperação, incidente da desconsideração da personalidade jurídica, efetividade da execução, tutelas provisórias, ônus da prova e sua inversão, confissão recíproca, instrução probatória, princípio do contraditório, precedentes, assistência, fundamentação das decisões, sentença de “terceira via”, reflexões filosóficas e negócios processuais são os temas abordados pelos vinte artigos que compõe esta revista especializada.

Com alegria e coragem pelo ineditismo de uma revista especializada, O TRT5 e a sua Escola Judicial esperam contribuir com subsídios teóricos para que a comunidade jurídica trabalhista baiana realize o debate sobre os efeitos do Novo CPC na área laboralista.

Salvador, 09 de março de 2016

Norberto Frerichs  
Desembargador do Trabalho

João Batista Sales Souza  
Juiz do Trabalho

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira  
Juiz do Trabalho Substituto

# Sumário

## *Artigos*

E temos um novo desafio: a efetiva cooperação entre os sujeitos do processo <i>Ana Paola Santos Machado Diniz</i> .....	9
O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho <i>Ben-Hur Silveira Claus</i> .....	19
Execução Efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal - a interpreta- ção sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN <i>Ben-Hur Silveira Claus</i> <i>Júlio César Beber</i> .....	51
Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo cpc e suas implicações no processo do trabalho <i>Danilo Gonçalves Gaspar</i> .....	80
O novo cpc e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho <i>Edilton Meireles</i> .....	100
O ônus de provar a discriminação do trabalhador no emprego em face do §1º do art. 373 do CPC/2015 <i>Eduardo Milléo Baracat</i> .....	123
A confissão recíproca no processo do trabalho sob o véu do novo Código de Processo Civil <i>Geovane de Assis Batista</i> .....	140
Novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho. A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo do trabalho e outras considerações preliminares em face dos princípios constitucionais <i>Graça Varela</i> .....	152
O princípio do contraditório no novo código de processo civil. Aproximações críticas <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i> .....	158
O novo código de processo civil e as prerrogativas da magistratura nacional: reflexões de um juiz <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i> .....	170

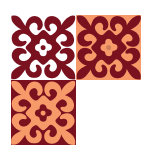
Litigiosidade Repetitiva no CPC/2015 e sua aplicação ao Processo do Trabalho <i>Juliane Dias Facó</i> .....	189
Novo CPC no processo do trabalho: como não aplicar, aplicando <i>Jorge Luiz Souto Maior</i> .....	200
A assistência no CPC/2015 e seus reflexos no processo do trabalho <i>Marcelo Rodrigues Prata</i> .....	222
Mudanças no Processo Trabalho com o novo CPC? <i>Murilo C. S. Oliveira</i> .....	236
O novo Código de Processo Civil, a concretização do princípio constitucional do devido processo legal, e os reflexos no processo do trabalho <i>Pedro de Souza Gomes Milioni</i> <i>Marcelo Marinho</i> .....	252
A proibição da sentença de “terceira via” como direito fundamental associado ao contra- ditório <i>Rafael Flach</i> .....	261
Dos negócios processuais previstos no novo código de processo civil e sua aplicabilida- de ao processo do trabalho, à luz da dimensão participativa, da boa-fé objetiva e do princípio da proteção <i>Rafaella Souza Oliveira Costa</i> .....	281
Reflexões Filosóficas sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar e o Projeto do Novo Código de Processo Civil <i>Rodolfo Pamplona Filho</i> <i>Charles Barbosa</i> .....	287

# Preconceito

Rodolfo Pamplona Filho

*Sou baiano,  
Negro,  
Pobre  
E Gay  
Sou cigano  
Feio,  
Baixo e  
Chinês  
Nordestino ou  
Argentino  
Mendigo ou  
Indigente  
Idoso ou  
Menor Carente  
Deficiente ou  
Impotente  
Crente ou  
Ateu  
Árabe ou  
Judeu  
Umbandista ou  
Adventista  
Testemunha ou  
Kardecista  
Migrante ou  
Imigrante  
Presidiário ou  
Proletário  
Refugiado ou  
Desabrigado  
Bêbado ou  
Drogado  
Alcóolatra ou  
Viciado  
Desempregado ou  
Condenado*

*Sou muito mais que tudo isso...  
Se, não na carne, no espírito  
de solidariedade com aquele  
que sofre, chora e morre  
não pelo que faz ou fez,*



*mas pelo sentimento incontrolável  
de quem não compreende...  
Nem faz qualquer esforço para isso...*

*É preciso sentir na pele,  
por vezes, literalmente,  
para dimensionar a loucura  
de julgar o outro  
sem um dado objetivo  
que justifique esta postura.*

*Não é fácil matar  
um leão por dia  
e ser excluído pelo  
grau de melanina  
OU por quem você suspira  
OU pela sua conta bancária  
OU pela sua luta diária  
OU de onde vai ou vem  
OU de quem você crê no além...*

*Esqueça-me por um dia  
ou – melhor! – definitivamente,  
pois o meu maior defeito  
é parecer diferente  
aos olhos de quem esqueceu  
qual é o sentido de ser gente...*

*Salvador, 06 de setembro de 2010, véspera da comemoração Independência do Brasil,*

*uma segunda-feira reflexiva e solitária...*





## E temos um novo desafio: a efetiva cooperação entre os sujeitos do processo

Ana Paola Santos Machado Diniz

O art. 6º da Lei 13.105 de 16.03.2015 ao dispor que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”, nos remete à reflexão acerca do princípio da cooperação e dos deveres e posturas exigíveis das partes e do juiz, ademais de sublinhar o desiderato principal do processo, qual seja, a efetiva solução do conflito, o exame do mérito, no tempo mais abreviado possível.

O princípio da cooperação, agora incorporado ao capítulo das normas fundamentais do processo civil, também é presente no Código de Processo Civil Português, que no art. 7º 1 estabelece: “*Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio*”.

Aqui, como em terras lusitanas, o processo é compreendido como espaço para exercício da democracia participativa, como produto da atuação cooperativa das partes entre si e do juiz com as partes, porque sujeitos do processo, esmaecendo o protagonismo do juiz em muitos aspectos e, abrindo espaço para as partes influenciarem diretamente a decisão judicial, evitando sejam surpreendidas por questões fáticas ou jurídicas suscitadas pelo juiz e em torno das quais não puderam debater antecipadamente. Se trata de valorizar o que há de mais rico no processo, o debate de ideias, de posições, a valoração das questões a partir das múltiplas perspectivas apresentadas pelos sujeitos, o que certamente fornece ao juiz material de maior consistência para análise do mérito da causa.

Destarte, o princípio da cooperação ou da colaboração além de remeter necessariamente ao contraditório pleno, também se apoia em outros consectários igualmente relevantes, dentre os quais o princípio da primazia da decisão de mérito, que favorece o saneamento de vícios e imperfeições formais e previne a extinção prematura do feito, e o princípio da efetividade.

Desses aspectos essenciais trataremos, ainda que de modo breve, porque essenciais à compreensão do princípio da cooperação, tendo como objetivo principal demonstrar a plena compatibilidade das normas fundamentais do processo comum com o processo do trabalho, com destaque para o art. 6º do CPC/2015. O processo do trabalho, não obstante seu traço inquisitorial, com amplo espaço para atuação de ofício do juiz, não pode desprezar as virtudes das cláusulas gerais pautadas na boa-fé e no dever de colaboração para o processo. São premissas que conduzem a um processo democrático, que preservam o espaço de autonomia das partes, em nada subtraindo ao juiz seu relevante papel na solução do conflito.

## 1. Cooperação e boa-fé, temos um novo modelo processual?

A cooperação sempre foi compreendida como um dever lateral, um dever conexo à boa-fé objetiva, aliando-se a outros deveres igualmente relevantes, como o dever de cuidado em relação a outra parte, o dever de respeito, o dever de informar, o dever de probidade, o dever de agir conforme a confiança, entre outros.

Ao consagrar no art. 5º do CPC a cláusula geral de boa fé processual - *aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé* - o legislador já deixou suficientemente expresso que dos litigantes e do juiz se exige o cumprimento de múltiplos deveres, entre os quais se insere também o dever de cooperação. O processo não é ambiente de regramento livre, onde os fins justificam os meios, quaisquer que sejam eles. Não admite investidas irrefletidas, dissimuladas ou arbitrarias de quaisquer de seus partícipes, inclusive o juiz. Não é palco de vale tudo onde cada qual busca prevalecer os interesses e ideias sem respeito a ética, à transparência, a valores essenciais à convivência democrática e que podem ser sintetizados numa única expressão: confiança.

Ao definir, de modo expresso e no art. 6º, que *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*, vemos uma ênfase especial a essa específica faceta dos deveres implícitos emanados da boa-fé objetiva e exigíveis de todos os que atuam no processo, o dever de colaboração ou de cooperação.

Qual o significado dessa ênfase? A cooperação deve ser concebida como um princípio ou corresponde a um novo modelo processual, ao lado dos modelos adversarial e inquisitorial<sup>1</sup>?

Daniel Mitidiero<sup>2</sup> defende a colaboração como um verdadeiro modelo processual civil afirmando que *“sua caracterização depende de pressupostos sociais, lógicos e éticos. Impõe ao juiz uma dupla posição no processo: é paritário no diálogo, na sua condução, e assimétrico no momento de decisão da causa. O juiz deve conduzir o processo em permanente diálogo com as partes. Esta condução paritária assegura a colaboração ao longo do procedimento. Sua assimetria, contudo, é própria ao momento em que a decisão deve ser imposta às partes, ao momento de realização da tutela do direito. Assim, para que se pense em colaboração no processo civil não basta pensar em princípio da colaboração. O princípio da colaboração é um dos elementos que caracteriza o modelo processual civil cooperativo”*.

<sup>1</sup> Fredie Didier Júnior explica que o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir, ao passo que o modelo inquisitorial organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo. In: Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>.

<sup>2</sup> Direito ao Processo Justo como Direito à colaboração no Processo Civil. Disponível: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-ao-processo-justo-como-direito-a-colaboracao-no-processo-civil/4893>



Didier Júnior<sup>3</sup>, por sua vez, afirma que “os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório fornecem as bases para o surgimento de outro princípio processual, o da cooperação que define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro, caracterizando-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais”.

Não nos parece, com efeito, que estejamos diante de um novo modelo processual, porquanto não há mudança substancial na essência ou lógica do processo, nem excessivamente adversarial, tampouco sem algum toque inquisitorial. A dinâmica do processo continua a mesma. Exige que as partes explicitem de modo claro suas pretensões e que tenham liberdade para demonstrar suas posições, seja no âmbito de um legítimo e democrático espaço de produção probatória, seja debatendo as questões jurídicas essenciais para fazer prevalecer seus interesses. Também o juiz, na condução do processo, mantém preservado seu papel de guardião da ordem jurídica, cabendo-lhe preservar a isonomia dos litigantes, garantido-lhes o mesmo espaço de debate, seja para a produção das provas ou discussão das teses jurídicas ou circunstâncias fáticas essenciais ao conhecimento da demanda, porém coibindo os abusos e atitudes temerárias, sejam as que buscam desequilibrar as partes, sejam as que intentam lesar interesses públicos essenciais.

O dever de colaboração que se apresenta no art. 6º do CPC como cláusula geral, mas que, também, inspira aqui e acolá a definição precisa de deveres a serem obrigatoriamente respeitados pelas partes e pelo juiz, foi erigido à condição de princípio do processo, norma fundamental. Não há substancial alteração da essência do processo ao reafirmar-se ser prioritário o julgamento do mérito, facilitando-se o suprimento de vícios formais sanáveis, porque essa sempre foi a nota da instrumentalidade do processo. Não há transmutação da sua lógica, serem as questões suscetíveis de apreciação de ofício pelo juiz sinalizadas antecipadamente às partes antes da decisão, preservando-se a atuação imediata e inesperada nas situações em que a urgência ou evidência do direito assim autoriza.

O que temos mesmo de relevante é o desafio de construir uma prática jurisdicional diferente, uma nova postura dos sujeitos do processo e no processo, pautada na confiança recíproca. Confiança esta que não significa abandonarem os litigantes o esforço de fazerem prevalecer suas posições, que não os obriga a conciliar a todo custo e em todas as situações e em face de quaisquer questões, mas exige permitam que a parte adversa tenha também seu próprio espaço de ação e, por fim, se submetam ao que for decidido após a profícua atuação que lhes foi proporcionada.

---

3 Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>

Confiança que deve permear, sobretudo, a relação entre as partes e o juiz, este reafirmando seu papel de sujeito imparcial, regente da orquestra, atuando não como uma ameaça constante ao desenrolar do próximo ato, mas condutor das etapas que se sucedem, garantindo a atuação das partes em consonância com os interesses jurídicos que buscam garantir, porém, ainda com aptidão para a firme intervenção, quando estas negligenciarem seus deveres processuais.

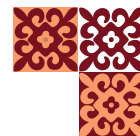
## 2. A cooperação na garantia do contraditório material

Lenio Streck, dentre outros processualistas<sup>4</sup>, contudo, não obstante reconheça a cooperação como dever do juiz, não concorda seja também dever das partes, referindo que o art. 6º do CPC, destoa da realidade, espelha visão idealista do que efetivamente ocorre no processo, pois as partes buscam êxito em suas pretensões, comportamento absolutamente normal e legítimo.

Nesse contexto, prosseguem os mesmos autores, o contraditório deve corresponder a um direito em favor dos litigantes contra o arbítrio estatal, direito fundamental a ser observado pelo juiz. Quando o dispositivo sugere que as decisões justas, efetivas e em tempo razoável dependem de cooperação das partes, não trataria propriamente de direitos, mas também de deveres, como se o legislador estivesse depositando sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional, o que é um equívoco, ou como expressamente se reportam, uma “*katchanga processual*”. *Você quer uma decisão justa, efetiva e tempestiva? Então, caro utente, para o fim de consegui-la deverá cooperar com o juiz e, sobretudo, com a contraparte, e esperar igual cooperação de ambos (...)* Uma comunidade de trabalho com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes é algo bem diferente de inserir a todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, levando fatos (ou obrigando as partes a levá-los) para o processo, produzindo provas e contraprovas. Algo também bem diferente que confiar às partes deveres de cooperar entre si e de instituir em favor do juiz poderes para obrigá-las, contra a vontade delas, a atuar cooperativamente (...). As partes tem o direito de participar na decisão judicial (coisa pública), mas o juiz não pode intervir na defesa técnica de uma parte (coisa privada), senão para velar pelos mínimos limites assegurados à ação da contraparte. As partes não têm responsabilidade política. O juiz, sim.”

Por óbvio que as discussões em torno deste tema estão principiando, mas compreender a cooperação como dever apenas do juiz é limitar exageradamente o princípio, descartando que, a cooperação é corolário da boa fé objetiva, corresponde a uma cláusula geral processual, dela defluindo deveres anexos e afetando autor e réu. Os deveres que advém da cláusula de cooperação são tecidos em consideração à posição processual de sujeito da lide, sem desprezo ao legítimo interesse da parte em fazer valer o direito material que reputa lhe pertencer, contudo sem que isso corresponda à chancela ao abuso, ao

<sup>4</sup> Lenio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Giorgio Dalla Barba e Ziel Ferreira Lopes, in: A cooperação processual do novo cpc é incompatível com a Constituição. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>



litígio sem significado além do mero deleite em tripudiar sobre o adversário, procrastinar a qualquer custo com o explícito desiderato de evadir-se do respeito ao direito material.

Fredie Didier<sup>5</sup> esclarece que o princípio da cooperação tem eficácia normativa direta, ainda que não existam regras de concretização dos deveres que o concretizam. “A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual venire contra factum proprium do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)“.

Patente nos parece, portanto, que a cooperação é triangular, não se restringe a atuação das partes, nem, tampouco, se concentra no juiz, não correspondendo à ideia do ativismo judicial. Eis a razão pela qual o art. 10 do CPC expressa que “o juiz não pode decidir em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha se dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Também prevê o art. 9º que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

Nesse contexto, o princípio da cooperação revela que as partes têm o direito de influenciar as decisões judiciais, traz a lume o contraditório material, formalidade cumprida não apenas para não invalidar o julgado, mas para garantir segurança jurídica, transparência e previsibilidade. A intrínseca colaboração que conduzirá a atuação das partes e do juiz não justifica mais possam aquelas ser tomadas de sobressalto por uma decisão judicial, surpreendidas com a adesão do juiz a fundamentos e questões sobre as quais não lhes foi dada a oportunidade de reagir, ainda que a matéria possa ser conhecida de ofício, tampouco, pode haver, como defendem Dierle e Bahia<sup>6</sup>, citação de leis, precedentes e súmulas sem mostrar como se ajustam ao caso ou fazer ponderações de princípios sem mostrar sua pertinência às especificidades dos autos, salvo as situações excepcionais definidas no art. 9º: tutela provisória de urgência, tutela de evidência prevista nos incisos II e III do art. 311 do CPC e direito evidente invocado no âmbito da tutela monitória, conforme previsto no art. 701 do mesmo diploma.

Leonardo Cunha<sup>7</sup> observa que o contraditório não pode só corresponder à apresentação de defesa pelo réu, constitui expressão de efetiva participação e influência das partes, durante todo o desenvolvimento do litígio. Todo poder para ser legítimo deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício, por isso é essencial possam as partes contribuir na descrição dos fatos, na produção de provas, no debate das questões de direito. Alcança tanto o autor quanto o réu, em igualdade de condições e oportunidade

<sup>5</sup> Idem

<sup>6</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo e República: uma relação necessária*. Disponível em: <http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>.

<sup>7</sup> O princípio contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>

de expor suas versões, exercer seu momento de influência no desenvolvimento e no resultado do processo, sendo, ao mesmo tempo um direito e um ônus, sobre as partes recaindo as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente, não sendo obrigado o juiz a inserir na fundamentação de suas decisões considerações, informações ou detalhes que as partes não apresentaram, cooperando as partes com o juiz e o juiz com as partes, numa autêntica dialética.

### 3. Os deveres de cooperação das partes e do juiz.

Compreendida a triangularidade do dever de cooperação, parece-nos essencial sejam explicitados, ainda que em linhas gerais, os deveres exigíveis das partes e do juiz.

Leonardo Cunha<sup>8</sup> afirma que a cooperação das partes com o juiz envolve a ampliação do dever de litigância de boa fé; o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas; o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade; e o reforço do dever de colaboração com o juiz mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade.

Didier<sup>9</sup> caracteriza referidos deveres das partes como de esclarecimento, lealdade e proteção, exemplificando-os: a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência; b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé e devem observar o princípio da boa fé processual; c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária, ensejando sua responsabilidade objetiva nos casos de execução injusta.

No que toca, entretanto, aos deveres do juiz, mais amplas têm sido as discussões entre os processualistas. Leonardo Cunha<sup>10</sup> traz como poderes deveres do juiz: promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes; suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito; auxiliar qualquer das partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo; e, a obrigatória discussão prévia com as partes da solução do pleito, evitando a prolação de “decisões-surpresa”, sem que as partes tenham oportunidade de influenciar as decisões judiciais. Os poderes deveres do juiz poderiam, portanto, ser classificados como o *dever de esclarecimento*, o *dever de prevenção*, o *dever de consulta* e o *dever de auxílio*. Destes, apenas o dever de esclarecimento é recíproco para as partes e o juiz.

Didier Jr.<sup>11</sup>, por sua vez, somente reconhece como deveres gerais do juiz, oriundos do princípio da cooperação, o de consulta, de prevenção e o de esclarecimento. O dever de consulta impõe dialogue com as partes, garantindo o contraditório (art. 10), transfor-

---

<sup>8</sup> Idem

<sup>9</sup> Idem

<sup>10</sup> Idem

<sup>11</sup> Vídeo aula 07, curso LFG.



mando o processo num ambiente de diálogo equilibrado, não devendo causar surpresa às partes, mas melhorar a qualidade do debate. O dever de prevenção implica o juiz apontar as falhas processuais, os defeitos do processo, prevenindo as partes, alertando-as e explicando como deve ser corrigido o defeito. Todos devem cooperar para uma decisão de mérito, justa e efetiva, por isso o juiz deve evitar que o processo se extinga sem exame de mérito, daí o dever de prevenção. Já o dever de esclarecimento se revela de duas formas: de um lado, impõe o ônus de proferir decisões claras e de outro lado gera o pedido de esclarecimento as partes, quando a postulação não é compreendida.

Marcelo Pacheco Machado<sup>12</sup> explicita tantos outros modos de concretização do princípio da cooperação contidos no CPC/2015, além do art. 10, dentre os quais destacamos:

- a) O art. 250, II, que determina deva conter o mandado a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução, traz autêntico dever de alerta. O dever de alerta é fundamental para propiciar um contraditório mais seguro, mais efetivo, potencializado, pois como a lei processual é eminentemente técnica, não intuitiva e tendo sempre em perspectiva a figura do homem médio, não se afiguraria razoável exigir um conhecimento minucioso, por todos, dos riscos processuais.
- b) O art. 357, III, que determina deva o juiz na decisão de saneamento definir a distribuição do ônus da prova, concretiza o dever de esclarecimento. Objetivando evitar surpresas no processo, o juiz se reporta diretamente às partes, exige-lhes a apresentação das provas de acordo com a facilidade na sua respectiva obtenção e esclarece que a omissão na sua apresentação terá como resultado uma decisão desfavorável;
- c) Os artigos 282, § 2º e 317 do CPC, o primeiro prevendo que o juiz, quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, não a pronunciará ou lhe suprirá a falta, e o segundo dispondo que antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, incorporam o princípio da instrumentalidade das formas e indica que o juiz não pode se valer das formas processuais de modo abusivo, evitando atender ao escopo jurídico do processo.
- d) Os §§ 1º e 2º do art. 191 que dispõe acerca da fixação de um calendário de comum acordo entre as partes e o juiz, cujos prazos somente são modificados em casos excepcionais, tendo como efeito a dispensa de intimação das partes para a prática do ato processual ou realização das audiências cujas datas foram designadas no calendário, são uma das maiores expressões da cooperação. Não subtrai do juiz a condição de gestor da unidade judiciária, contudo, permite manifestação das partes, autorizando-as a propor datas, alegar compromissos judiciais, dificuldades na obtenção de informações, assistentes técnicos, documentos ou outro motivo relevante, para propor alterações nas sugestões de calendário ao juiz.

---

<sup>12</sup> Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris>

e) O art. 357, §3º autoriza o saneamento do processo em cooperação com as partes, quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, podendo as mesmas integrar ou esclarecer suas alegações, contempla mais uma situação de autorregulamentação pelas partes. Contudo, o direito de argumentar das partes, de opinar em ambiente de franco diálogo, não retira do juiz o seu exclusivo poder decisório quanto a melhor solução referente à direção do feito, sobretudo porque responde, como as sanções disciplinares, pelas falhas eventualmente cometidas no exercício desse poder-dever;

f) O art. 386 confere ao juiz o poder de declarar na sentença ter havido a recusa de depoimento pela parte, quando esta, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe foi perguntado ou apresentar evasivas, concretizando, assim, mais um dever de esclarecimento que toca as partes. A violação do dever de cooperação autoriza o juiz a decretar em sentença a pena de confissão, tal como o faria na hipótese de recusa ou não comparecimento, o que está previsto no art. 386 do CPC/15.

g) O art. 246, §1º obriga as empresas públicas e privadas, com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por este meio, o que representa a imposição de um compromisso com a celeridade e com a economia processual, constituindo uma obrigação anexa ao processo;

#### 4. A cooperação e a primazia da decisão de mérito

Do quanto acima explicitado acerca da concretização do dever de cooperação no processo civil, essencial nos parece nos determos, ainda que de modo breve, na intrínseca conexão que há entre os artigos 6º e 4º do CPC/15.

O art. 4º ao estabelecer que “*as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”, nos fala da duração razoável do processo, da primazia da decisão de mérito e da efetividade, premissas que, um olhar atento, também encontrará na parte final do art. 6º ao definir como desiderato da cooperação entre os sujeitos do processo, a obtenção, “*em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva*”.

Estabeleceu-se o primado da solução de mérito, o tempo da duração razoável do processo agora se qualifica pelo prestígio à solução efetiva do conflito, tolerando-se e estimulando-se o suprimento de falhas e imperfeições. O processo breve deve conduzir à solução da demanda. Chega de formalismos concebidos em si mesmo, o princípio da instrumentalidade das formas recebe uma nova roupagem, a simplicidade dos ritos conduz ao enaltecimento do que há muito deveria ser óbvio, a atuação do Poder Judiciário existe para solução das controvérsias, o alvo é sempre o mérito da causa, inclusive porque imperfeições formais superáveis, não devem se sobrepor a este interesse maior e função primordial da jurisdição.

A primazia da decisão de mérito enaltece a atuação do juiz colaborador com as partes, evidencia o dever de esclarecimento e, também, de prevenção, que corresponde ao





alerta acerca das imperfeições formais verificáveis pelo juiz, dando oportunidade às partes para suprimento das falhas e, assim, “salvando” o processo de ser fulminado prematuramente e sem solução do conflito. Outra não é a razão pela qual consta no art. 139 IX do CPC, dentre os deveres do juiz, o de “*determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais*”.

O CPC/2015 é permeado de fórmulas de concretização do princípio da primazia da decisão de mérito, extratos de deveres de colaboração do juiz para que o processo tenha examinado o mérito. Podemos destacar algumas:

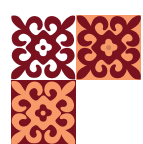
- a) O § 3º do artigo 1.029 prevê que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão, desde que não o repute grave, desconsiderar vício formal de recurso tempestivo.
- b) O art. 317 determina ao juiz que antes de proferir decisão sem resolução de mérito, deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.
- c) O parágrafo único do art. 932 ao tratar dos poderes do relator explicita que antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Nesse aspecto, em particular, encontramos no processo do trabalho, regra que enaltece o dever de colaboração do juiz e, por conseguinte, garante a primazia da decisão de mérito. O § 11 do art. 896, incluído pela Lei 13015, de 21.7.2014 (lei que trata do processamento de recursos na Justiça do Trabalho) preconiza que “*quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito.*”

É imperioso, contudo, ter em conta que a primazia da decisão de mérito não sepulta as formalidades essenciais e que caracterizam o procedimento, não subtrai a responsabilidade dos representantes das partes de cuidarem da boa técnica profissional, contudo, minimiza a importância dos pequenos vícios, tolera saneamento, coloca em primeiro plano o atendimento à finalidade do processo, não o transformando num fim em si mesmo, o que, por sua vez, acaba transformando os operadores do direito em autômatos mais preocupados com a embalagem do que com o conteúdo.

## **5. O princípio da cooperação e o processo do trabalho.**

Do quanto exposto, podemos concluir que a cooperação ou colaboração entre as partes e o juiz não obstante só agora incorporada ao texto legal como princípio estruturador do processo, como cláusula geral suscetível de concretizar deveres outros além daqueles expressamente previstos pelo legislador, desde que conciliáveis com sua premissa basilar de transparência e coerência, não pode ser recepcionada como autêntica novidade, porquanto, em vários momentos da prática jurisdicional somos capazes de identificar um



ou outro caso em que juízes e representantes das partes, motivados pelo propósito de resolver o litígio, ajustavam procedimentos, posturas, modos de saneamento. O que, na nossa perspectiva, de fato muda é que o que dantes era resultado da angústia de tantos comprometidos com um Judiciário efetivo e eficiente, doravante se espera seja um padrão de comportamento.

Como justificar que premissas como estas, pautadas na ética, comprometidas com a solução do conflito, fundadas num relacionamento mais harmonioso das partes com o juiz, que estimula o debate das questões, que contempla ambiente para discussão de posições, que promove a democracia no processo, sem desprezo à circunstância essencial de que todo processo deve instrumentalizar o direito material e, portanto, em vista dessa circunstância assumir algumas especificidades, não possa ser conciliável com o processo do trabalho? Talvez dependamos muito mais do desabrochar dessa nova mentalidade para nos convenceremos da plena compatibilidade, sobretudo se consideramos que um maior espaço de debate no processo não é suscetível de transmudar a simplicidade inerente ao processo trabalhista, sua nota fundamental!



# O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho

Ben-Hur Silveira Claus<sup>1</sup>

*Nada de complicações processuais que possam retardar e dificultar a marcha e a solução dos casos que lhe são afetos. Nada de prazos dilatados. Nada de provas tardias. Nada de formalismos inúteis e prejudiciais. Nada disso. A jurisdição do trabalho deve ser simples e célere.*  
Carlos Ramos Oliveira, no ano de 1938.

## Introdução

O presente ensaio tem por finalidade enfrentar a questão de saber se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC aplica-se ao processo do trabalho. Isso porque o art. 795, § 4º, do CPC de 2015 prevê que “para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.” Trata-se de uma das mais importantes questões jurídicas trazidas pelo Código de Processo Civil 2015, um problema teórico a ser estudado pela ciência processual trabalhista e um problema prático a ser equacionado pela jurisdição trabalhista. Na tentativa de responder essa *questão específica*, parece indispensável enfrentar a *questão geral* da aplicação do direito processual comum ao processo do trabalho. O tema é complexo. Parece apropriado iniciar pelo estudo da relação ontológica que se estabelece entre direito material e procedimento.

## 1 O direito material conforma o procedimento

O sistema jurídico brasileiro compreende os subsistemas jurídicos derivados dos distintos ramos do direito material: o subsistema jurídico trabalhista, o subsistema jurídico tributário, o subsistema jurídico do consumidor, o subsistema jurídico civil, o subsistema jurídico penal etc. Cada subsistema jurídico conforma o respectivo procedimento com peculiaridades próprias ao direito material correspondente. Isso porque há uma relação ontológica entre o direito material e o respectivo direito processual. Essa relação ontológica fica mais evidente quando é percebida a natureza *instrumental* do direito processual: o processo é *instrumento* à realização do direito material. Diz-se que há uma relação ontológica entre o direito material e o respectivo direito processual porque as normas de procedimento guardam uma originária relação com o direito substancial correspondente, na medida em que as normas de procedimento têm por finalidade a aplicação das normas do direito substancial respectivo.

Depois de assinalar que o procedimento *não é pura forma*, Mauro Cappelletti registra que sobre o procedimento recai o imenso desafio de nossa época, cabendo-lhe articular rapi-

---

<sup>1</sup>(\*) Juiz do Trabalho. Mestre em Direito.

dez, eficiência, justiça, liberdade individual e igualdade; uma das mais eloquentes formulações acerca da relação ontológica em que se entrelaçam procedimento e direito material.<sup>2</sup>

Na teoria jurídica, essa genética relação entre direito substancial e procedimento é compreendida como expressão do fenômeno do pertencimento que se estabelece desde sempre entre objeto (direito material) e método (procedimento). Daí a consideração epistemológica de que direito substancial e procedimento são categorias conceituais que operam numa espécie de *círculo hermenêutico*: as respostas procedimentais nos remetem ao direito material a ser concretizado. Em outras palavras: somos *reconduzidos* ao direito material quando nos dirigimos às questões procedimentais. A circularidade entre pergunta e resposta vem à teoria jurídica enquanto legado da filosofia hermenêutica de *Gadamer*: o direito processual somente se deixa compreender no retorno ao direito material em que reconhece sua própria identidade; numa metáfora, o direito processual mira-se na superfície do lago do direito material em busca de sua identidade.

No estudo acerca da relação ontológica que se estabelece entre direito substancial e procedimento, a teoria jurídica percorreu um rico itinerário hermenêutico cujo inventário não tem espaço neste pequeno ensaio. Entretanto, parece indispensável lembrar, com *Mauro Cappelletti*, a peculiaridade desse fenômeno. Para o jurista italiano, a natureza instrumental do processo o reconduz ao direito substancial a que serve<sup>3</sup>:

“Al igual de todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de esse derecho.”

No direito processual civil brasileiro, uma das lições mais didáticas acerca da relação entre direito substancial e procedimento é recolhida na doutrina de *Ada Pellegrini Grinover*. A relação originária existente entre direito material e procedimento é identificada pela jurista na *instrumentalidade* do processo que, conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material e tem como escopo a atuação da norma objetiva e a viabilização da tutela do direito violado ou ameaçado. Daí a conclusão de *Ada Pellegrini Grinover*, no sentido de que “O processo, o procedimento e seus princípios tomam feição distinta, conforme o direito material que se visa a proteger”<sup>4</sup>

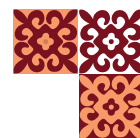
No âmbito do subsistema jurídico trabalhista, a natureza especial desse ramo do direito exerce uma influência ainda maior na conformação do vínculo originário que se estabelece entre direito material e procedimento. Depois de afirmar que o Direito Processual do Trabalho pretende ser um direito de renovação, *Mozart Victor Russomano* sublinha o fato de que o procedimento trabalhista “[...] é herança recebida do Direito do Trabalho, ao qual o Direito Processual do Trabalho corresponde, como consequência histórica”<sup>5</sup>

<sup>2</sup> *Proceso, Ideologías e Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 90.

<sup>3</sup> *Proceso, Ideologías e Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 5-6.

<sup>4</sup> Processo do trabalho e processo comum. *Revista de Direito do Trabalho*, 15:87.

<sup>5</sup> *Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1977. p. 21-22.



Para o jurista, o caráter tutelar do direito material se projeta sobre o procedimento.<sup>6</sup> Para recuperar a expressão consagrada por *Héctor-Hugo Barbagelata*<sup>7</sup>, é dizer: o *particularismo* do direito material do trabalho se comunica ao procedimento laboral.

Uma das características de qualquer sistema de conhecimento – a lição é de *Carlos Eduardo Oliveira Dias* – é a sua capacidade de produzir seus próprios princípios. É isso o que distingue determinado sistema “[...] e permite que se possa identificar nesse sistema alguns dos principais atributos tendentes ao reconhecimento de sua autonomia científica”<sup>8</sup>. A histórica capacidade com que o Direito Processual do Trabalho tem produzido seus próprios princípios permite afirmar – com *Wagner D. Giglio*<sup>9</sup> – que o subsistema jurídico trabalhista é dotado dessa autonomia científica de que fala o jurista.

Embora a pesquisa do tema não estivesse completa sem a referência à posição de *Valentin Carrion*, para quem o processo do trabalho é simples desdobramento do processo civil, na teoria justralhista brasileira prevalece a concepção de que o processo do trabalho é dotado de autonomia científica em relação ao processo civil, isso porque se apresenta conformado por princípios próprios e constitui subsistema jurídico procedimental especial, como tal reconhecido pela ciência jurídica nacional. Na pesquisa realizada por *Carlos Henrique Bezerra Leite*, alinham-se nessa última corrente de pensamento *Amauri Mascaro Nascimento*, *Sergio Pinto Martins*, *Mozart Victor Russomano*, *Humberto Theodoro Júnior*, *José Augusto Rodrigues Pinto*, *Wagner D. Giglio* e *Coqueijo Costa*.<sup>10</sup>

Com efeito, a existência de princípios próprios e a condição de subsistema procedimental especial reconhecido como tal pela teoria jurídica brasileira conferem ao direito processual do trabalho a fisionomia própria sem a qual já não se poderia compreender a jurisdição trabalhista brasileira na atualidade. É neste contexto que ganha densidade hermenêutica a observação de *Américo Plá Rodriguez*, de que a articulação entre os princípios próprios a cada ramo do Direito conforma a *especialidade* de cada subsistema jurídico. Isso porque os princípios harmonizam as normas, evitando que o subsistema se converta numa série de elementos desarticulados. Assim é que se mostra precisa a conclusão do jurista quando observa que “[...] a vinculação entre os diversos princípios contribui mais eficazmente para a sistematização do conjunto e para delinear a *individualidade peculiar* a cada ramo do direito.”<sup>11</sup>

É o que ocorre também no âmbito do subsistema jurídico trabalhista brasileiro.

<sup>6</sup> *Direito Processual do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1977. p. 43.

<sup>7</sup> *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2 ed. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 2009. p. 39.

<sup>8</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 15.

<sup>9</sup> *Direito Processual do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

<sup>10</sup> *Direito Processual do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 89.

<sup>11</sup> *Princípios de Direito do Trabalho*. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996. p. 16. Sem itálico no original.

## 2 O subsistema jurídico trabalhista brasileiro

O subsistema jurídico trabalhista brasileiro faz revelar, com notável intensidade, a relação ontológica desde sempre estabelecida entre o direito *material* do trabalho e o direito *processual* do trabalho: à *urgência* do crédito trabalhista alimentar há de corresponder um procedimento *simplificado, célere e efetivo*. Simplificado para ser célere. Simplificado para ser efetivo. As palavras de *Manoel Carlos Toledo Filho* sintetizam o projeto procedimental em formação na década de 1930<sup>12</sup>: “[...] o processo do trabalho foi desde sempre pensado para ser *simples, desburocratizado* e maximamente *expedito*”.

Um procedimento *complexo e moroso* não atenderia à exigência de rápida realização do direito material do trabalho. O nascente Direito Processual do Trabalho enfrentará esse desafio, no final da década de 1930, mediante a edição de normas procedimentais originais e simplificadas, porquanto as normas do então vigente CPC de 1939 caracterizavam-se pelo formalismo e individualismo e, portanto, não poderiam responder ao desafio que então se apresentava, conforme revela a pesquisa de *Manoel Carlos de Toledo Filho*. Para demonstrar o vínculo genético da novel ciência processual trabalhista com o cânone da simplicidade das formas, o jurista recolhe da doutrina do processualista *Carlos Ramos Oliveira* a seguinte passagem histórica registrada em 1938:

“Nada de complicações processuais que possam retardar e dificultar a marcha e a solução dos casos que lhe são afetos. Nada de prazos dilatados. Nada de provas tardias. Nada de formalismos inúteis e prejudiciais. Nada disso. A jurisdição do trabalho deve ser simples e célere (Justiça do Trabalho. *Revista do Trabalho*, p. 65, fev. 1938).”<sup>13</sup>

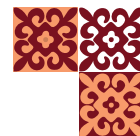
Manifestada muito tempo depois, a preocupação do processualista *Júlio César Beber* diante dos riscos que a burocratização do procedimento pode causar ao processo parece nos remeter à época do surgimento do subsistema jurídico trabalhista e aos desafios de simplificação das fórmulas procedimentais então colocados para a ciência processual laboral nascente. Depois de lembrar que os formalismos e a burocracia são vícios que entravam o funcionamento do processo, o jurista observa que tais vícios “[...] são capazes de abranger e de se instalar com efeitos nefastos, pelo que se exige que a administração da justiça seja estruturada de modo a aproximar os serviços das populações de forma simples, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões”<sup>14</sup>.

Como já assinalado, no contexto histórico do surgimento do subsistema jurídico laboral brasileiro, disposições procedimentais originais e simplificadas são então concebidas para promover a consecução dos objetivos fundamentais do Direito do Trabalho, o

<sup>12</sup> Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 330.

<sup>13</sup> Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 330. Consultar a nota de rodapé nº 10, p. 330.

<sup>14</sup> *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 132.



que não seria possível se a aplicação do direito material do trabalho dependesse das normas procedimentais do então vigente CPC de 1939. É nesse contexto que ganha especial significado a expressão *melhoria procedimental* empregada por Luciano Athayde Chaves na resenha histórica dos primórdios do Direito Processual do Trabalho. A *melhoria procedimental* de que depende a realização do direito material nascente pressupõe normas procedimentais diversas das formalistas normas procedimentais do direito processual comum vigente à época. A feliz síntese do jurista justifica a transcrição<sup>15</sup>:

“Naquele momento, o processo comum era mais formalista e profundamente individualista. Esta era a ideologia que orientou a sua construção. Em razão disso, não seria possível à recém-criada Justiça do Trabalho valer-se de um processo comum que não atendia às características sociais do Direito do Trabalho. Por isso, as normas processuais trabalhistas foram instituídas como uma *melhoria procedimental* em face do procedimento comum, que poderia – como ainda pode – ser aplicado, mas somente em função da melhoria da prestação jurisdicional especializada.”

Quando do surgimento da CLT em 1942, sua parte processual teve mais inspiração no Decreto-Lei nº 1.237/1939 do que no CPC de 1939, conforme a pesquisa realizada por Bruno Gomes Borges Fonseca. O jurista destaca esse antecedente normativo para “[...] demonstrar que o compromisso histórico do processo do trabalho sempre foi diferente do processo comum”.<sup>16</sup>

É nesse contexto histórico que ganha sentido a afirmação teórica de que os arts. 769 e 889 da CLT foram concebidos como *normas de contenção*; normas de contenção ao ingresso indevido de normas de processo comum *incompatíveis* com os *princípios* do direito processual do trabalho; normas de contenção à influência de preceitos do processo comum que acarretem formalismo procedimental; normas de contenção a institutos que impliquem burocracia procedimental.

### 3 A compatibilidade como critério científico à aplicação subsidiária do processo comum

No estudo da heterointegração do subsistema jurídico laboral prevista nos arts. 769 e 889 da CLT, a teoria jurídica assentou o entendimento de que a aplicação subsidiária do processo comum no processo do trabalho é realizada sob o critério da compatibilidade previsto nesses preceitos consolidados. Vale dizer, a *compatibilidade* prevista nos arts. 769 e 889 da CLT opera como critério científico fundamental para “[...] calibrar a abertura

<sup>15</sup> Interpretação, aplicação e integração do Direito Processual do Trabalho. *Curso de Processo do Trabalho*. Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009. p. 41-42. Sem grifo no original.

<sup>16</sup> Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 370.

ou o fechamento para o processo comum”, na inspirada formulação adotada por *Homero Batista Mateus da Silva*<sup>17</sup> no estudo do Direito Processual do Trabalho brasileiro.

A especialidade do subsistema jurídico trabalhista sobredetermina essa compatibilidade, conferindo-lhe dúplex dimensão: *compatibilidade axiológica* e *compatibilidade teleológica*. Essa dúplex dimensão da compatibilidade é identificada por *Manoel Carlos Toledo Filho* sob a denominação de *compatibilidade sistêmica*.<sup>18</sup> 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. O critério científico da compatibilidade visa à própria preservação do subsistema processual trabalhista, na acertada observação de *Paulo Sérgio Jakutis*.<sup>19</sup> Com efeito, o diálogo normativo entre subsistemas jurídicos pressupõe “[...] buscar alternativas que não desfigurem o modelo originário, pois isso o desnaturaria enquanto paradigma independente”<sup>20</sup>, conforme preleciona *Carlos Eduardo Oliveira Dias* ao abordar o tema do diálogo das fontes formais de direito no âmbito da aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho.

A norma de direito processual comum, além de ser compatível com as regras do processo do trabalho, deve ser compatível com os princípios que norteiam o Direito Processual do trabalho, conforme preleciona *Mauro Schiavi*.<sup>21</sup> Os princípios do direito processual do trabalho restariam descaracterizados caso se concluísse pela aplicação automática do processo comum ao processo do trabalho, razão pela qual a observância do critério da compatibilidade se impõe quando se examina a aplicabilidade subsidiária do processo comum ao subsistema jurídico trabalhista. Daí a pertinência da observação de *Carlos Eduardo Oliveira Dias* sobre o tema, jurista para o qual “[...] o que mais tem relevância, nesse processo intelectual, é o pressuposto da compatibilidade, ou seja, o fato da norma a ser utilizada se ajustar aos fundamentos do direito processual do trabalho”<sup>22</sup>.

Depois de afirmar que a ideia de compatibilidade é muito cara ao processo do trabalho, *Bruno Gomes Borges da Fonseca* assevera que tal compatibilidade “[...] ocorrerá apenas na hipótese de o texto do processo comum afinar-se com o princípio da proteção”<sup>23</sup>. Assim, somente será possível a aplicação subsidiária quando a norma de processo comum

<sup>17</sup> *Curso de direito do trabalho aplicado*. Volume 9 – Processo do Trabalho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

<sup>18</sup> Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 330.

<sup>19</sup> A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 439.

<sup>20</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. nº 379. Julho de 2015. p. 18.

<sup>21</sup> A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 57-8.

<sup>22</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. nº 379. Julho de 2015. p. 17.

<sup>23</sup> Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 369.





guardar plena compatibilidade com os fundamentos do processo do trabalho. Caso isso não ocorra, de acordo com *Carlos Eduardo Oliveira Dias*, “[...] sacrifica-se o processo integrativo mas não se pode afetar o núcleo principiológico do processo do trabalho”<sup>24</sup>. Isso porque as regras de processo comum somente podem ser aplicadas subsidiariamente se forem compatíveis com as singularidades do processo do trabalho. Se a regra do CPC for incompatível com a principiologia e singularidades do processo do trabalho, pondera *Mauro Schiavi*, ela não será aplicada.<sup>25</sup>

No estudo do tema da heterointegração do subsistema processual trabalhista, *Guilherme Guimarães Ludwig* afirma que a aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho tem por fundamento a realização do princípio da eficiência, conferindo conteúdo específico à compatibilidade prevista nos arts. 769 e 889 da CLT. Ao discorrer sobre o princípio da eficiência no âmbito da heterointegração do subsistema procedimental trabalhista, o jurista ressalta que o princípio da eficiência opera tanto como fator de abertura quanto como fator de fechamento do subsistema procedimental, ponderando<sup>26</sup>:

“Quando analisado sob a perspectiva do processo do trabalho, o princípio da eficiência, enquanto autêntico vetor de interpretação da norma processual, deve também funcionar como um filtro que restrinja a adoção das regras do novo Código de Processo Civil e do correspondente modelo colaborativo, em caráter subsidiário ou supletivo, na medida em que elas não guardem compatibilidade com as diretrizes fundamentais do ramo processual laboral, em que se prestigia o valor celeridade em favor do credor trabalhista.”

Fixadas algumas balizas teóricas acerca da heterointegração do subsistema processual trabalhista, cumpre agora enfrentar a questão da subsistência do critério da compatibilidade diante do advento do CPC de 2015.

#### 4 O critério científico da compatibilidade subsiste ao advento do novo CPC

Diante do fato de o art. 15 do CPC não fazer referência ao critério científico da compatibilidade, surge a questão de saber se esse requisito previsto nos arts. 769 e 889 da CLT teria subsistido ao advento do novo CPC para efeito de aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho. No âmbito da teoria do processo civil, a resposta de *Nelson Nery Junior* é positiva. Depois de afirmar que o novo CPC aplica-se subsidiariamente ao processo trabalhista na falta de regramento específico, o jurista pondera que, “de qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo

<sup>24</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. nº 379. Julho de 2015. p. 19.

<sup>25</sup> A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

<sup>26</sup> O Princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva do novo Código de Processo Civil. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 108.

em que se pretenda aplicá-lo”, acrescentando que a aplicação supletiva também deve levar em conta este princípio.<sup>27</sup>

A resposta da teoria jurídica trabalhista também é positiva, porquanto prevaleceu o entendimento de que o art. 15 do CPC de 2015 não revogou os arts. 769 e 889 da CLT<sup>28</sup>, preceitos nos quais está prevista a compatibilidade como critério científico necessário à aplicação subsidiária do processo comum. Para *Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida*, não houve revogação total ou parcial do art. 769 da CLT, porquanto o preceito celetista é muito mais amplo do que o art. 15 do novo CPC<sup>29</sup>, entendimento no qual tem a companhia de inúmeros juristas, entre os quais estão *Guilherme Guimarães Feliciano*<sup>30</sup>, *Homero Batista Mateus da Silva*<sup>31</sup>, *Carlos Eduardo Oliveira Dias*<sup>32</sup>, *Manoel Carlos Toledo Filho*<sup>33</sup>, *Danilo Gonçalves Gaspar*<sup>34</sup> e *Mauro Schiavi*<sup>35</sup>. Assim é que, para *Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida*, “[...] o CPC somente será fonte supletiva ou subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que for compatível com suas normas, por força do art. 769 da CLT”<sup>36</sup>.

Nada obstante o art. 15 do novo CPC estabeleça a possibilidade de aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho na ausência de normas processuais trabalhistas, para *Danilo Gonçalves Gaspar* é certo que “[...] que não se elimina a necessidade de compatibilização da norma com o processo do trabalho,

<sup>27</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.015/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 232.

<sup>28</sup> O art. 15 do NCPC não revogou o art. 769 da CLT. Essa é a conclusão que tem prevalecido entre os teóricos do Direito Processual do Trabalho. Essa conclusão tem prevalecido com base nos seguintes fundamentos: a) não houve revogação expressa do art. 769 da CLT pelo novo CPC (LINDB, art. 2º, § 1º); b) o art. 769 da CLT é norma especial, que, por isso, prevalece sobre a norma geral do art. 15 do NCPC; c) o art. 769 da CLT é mais amplo do que o art. 15 do NCPC, não tendo o art. 15 do NCPC regulado inteiramente a matéria do art. 769 da CLT (LINDB, art. 2º, §§ 1º e 2º), de modo que ambos os preceitos harmonizam-se; d) o subsistema procedimental trabalhista é reconhecido no sistema jurídico brasileiro como subsistema procedimental especial informado pelas normas de contenção dos arts. 769 e 889 da CLT.

<sup>29</sup> A teoria dinâmica do ônus da prova. *In*: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 457.

<sup>30</sup> O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. *In*: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 126.

<sup>31</sup> *Curso de direito do trabalho aplicado*. Volume 9 – Processo do Trabalho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

<sup>32</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n.º 379. Julho de 2015. p. 15.

<sup>33</sup> Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In*: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 332.

<sup>34</sup> Noções conceituais sobre tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. *In*: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 386.

<sup>35</sup> A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. *In*: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

<sup>36</sup> A teoria dinâmica do ônus da prova. *In*: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 457.



tal qual previsto na CLT”<sup>37</sup>, entendimento no qual é acompanhado por *Ricardo José Macedo de Britto Pereira*. Para o jurista, a aplicação subsidiária prevista no art. 15 do CPC de 2015 deve ocorrer “[...] sem afetar a exigência de compatibilidade como determina o art. 769 da CLT”<sup>38</sup>.

A subsistência do critério científico da compatibilidade decorre da não revogação do art. 769 da CLT, mas também acaba por se impor enquanto exigência hermenêutica necessária à preservação da autonomia científica do subsistema jurídico trabalhista. Daí porque tem razão *Carlos Eduardo Oliveira Dias* quando pondera que seria até desnecessário que o legislador processual comum ressaltasse a necessidade de que, na aplicação subsidiária do novo CPC, fosse observada a compatibilidade com o outro ramo do direito processual, “[...] pois se isso não existisse, estaria inviabilizada a própria existência autônoma desse segmento”<sup>39</sup>. De fato, pudesse ser eliminado o critério científico da compatibilidade na aplicação subsidiária do processo comum, haveria o risco de desconstrução estrutural do direito processual do trabalho, tal qual adverte *Carlos Eduardo Oliveira Dias* com pertinência<sup>40</sup>: “[...] não se pode adotar uma solução normativa exógena que, independentemente de ser fundada em omissão da CLT, não guarde compatibilidade com o processo laboral e possa vir a ser fator de sua desconstrução sistêmica.”

A posição de *Iuri Pereira Pinheiro* alinha-se aos entendimentos antes referidos. Para o jurista, não se pode esquecer que o direito processual do trabalho constitui ramo dotado de autonomia científica, no qual a colmatação de lacunas exige a compatibilidade ideológica proclamada nos arts. 769 e 889 da CLT. Daí a conclusão do jurista no sentido de que, “a despeito da previsão simplista do novo CPC, a sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho irá se operar apenas diante de sintonia principiológica, sob pena de mácula à autonomia do ramo processual especializado”<sup>41</sup>. A especialidade do subsistema jurídico trabalhista exige que se lhe confira um tratamento metodológico diferenciado, que preserve a sua própria fisionomia, de modo que a heterointegração seja realizada com a observância dos princípios do direito material que lhe são inerentes e que afetam diretamente a prática jurisdicional trabalhista, conforme o magistério de *Carlos Eduardo Oliveira Dias*.<sup>42</sup>

Também para *Mauro Schiavi* a exigência de compatibilidade se impõe à aplicação do CPC de 2015 ao processo do trabalho. Para o jurista, da conjugação do art. 15 do novo

<sup>37</sup> Noções conceituais sobre tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 386.

<sup>38</sup> O novo Código de Processo Civil e seus possíveis impactos nos recursos trabalhistas. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 568.

<sup>39</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 18.

<sup>40</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 20-1.

<sup>41</sup> Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 496.

<sup>42</sup> O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015. p. 18.

CPC com os arts. 769 e 889 da CLT, resulta que o novo CPC aplica-se ao processo do trabalho da seguinte forma: “[...] supletiva e subsidiariamente, nas omissões da legislação processual trabalhista, desde que compatível com os princípios e singularidade do processo trabalhista”<sup>43</sup>.

Nada obstante considere que o art. 15 do novo CPC configura-se como norma de sobredireito, Élisson Miessa pondera que não ocorreu revogação dos arts. 769 e 889 da CLT. O jurista observa que “[...] a inserção de normas comuns em um microsistema jurídico sempre impõe a compatibilidade com o sistema em que a norma será inserida, sob pena de se desagregar a base do procedimento específico”, para concluir que “[...] os arts. 769 e 889 da CLT sobrevivem à chegada do art. 15 do NCPC”<sup>44</sup>.

Mesmo para *Edilton Meireles*, jurista que considera que o art. 769 da CLT foi revogado pelo art. 15 do novo CPC, o critério da compatibilidade permanece sendo indispensável à aplicação subsidiária da norma de processo comum ao processo do trabalho, conclusão que adota por ser a legislação trabalhista *norma especial* em relação ao CPC. O jurista considera que “[...] a regra supletiva ou subsidiária deve guardar coesão e compatibilidade com o complexo normativo ou a regra que se pretender integrar ou complementar”, para concluir que, “[...] se a norma do novo CPC se revela incompatível com o processo do trabalho (em seus princípios e regras), lógico que não se poderá invocar seus dispositivos de modo a serem aplicados de forma supletiva ou subsidiária”<sup>45</sup>.

A concepção de tutela constitucional do processo de que nos falam *Tereza Aparecida Asta Gemignani* e *Daniel Gemignani* valoriza a compatibilidade como critério capaz de preservar a especialidade do subsistema jurídico trabalhista. Para os juristas, “[...] essa concepção de *tutela constitucional do processo*, que sustenta a espinha dorsal do modelo adotado pelo processo trabalhista, nos termos do artigo 769 da CLT, vai impedir, por incompatibilidade, a aplicação das disposições contidas no novo CPC quando enveredam pela diretriz privatística.”<sup>46</sup>

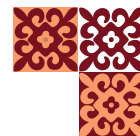
Portanto, o critério científico da compatibilidade subsiste ao advento do novo CPC, permanecendo indispensável ao processo hermenêutico de avaliação da aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho, de modo que também o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 submete-se ao crivo da compatibilidade previsto nos arts. 769 e 889 da CLT, quando se trata de enfrentar a questão da aplicabilidade desse incidente ao subsistema jurídico laboral.

<sup>43</sup> A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

<sup>44</sup> *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Élisson Miessa (organizador.). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 28.

<sup>45</sup> O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 46.

<sup>46</sup> Litisconsórcio e intervenção de terceiros: o novo CPC e o Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 269.



## 5 As razões por que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC não se aplica à execução trabalhista

No que diz respeito à técnica da desconconsideração da personalidade jurídica, o novo CPC instituiu um procedimento cível especial, autônomo, incidental ao rito de cumprimento da sentença, já não bastando a ‘mera’ decisão judicial fundamentada, conforme observa *Guilherme Guimarães Feliciano*<sup>47</sup>.

Com o advento do novo Código de Processo Civil e diante da previsão de aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho (CLT, art. 769), a questão que então se apresenta para a ciência processual trabalhista é a de responder se aplica-se subsidiariamente ao processo laboral o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instituído pelo CPC de 2015.

Entretanto, não se trata de questionar a aplicabilidade da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica à execução trabalhista, porquanto é pacífica a utilidade dessa técnica jurídica à efetividade da jurisdição trabalhista. Na verdade, mais do que a utilidade da providência, a adoção dessa técnica jurídica é medida indispensável à satisfação de inúmeras execuções nas quais se revela a insuficiência do patrimônio da sociedade executada. Trata-se de situação ordinária na jurisdição trabalhista que exige então o redirecionamento da execução trabalhista aos bens da pessoa natural dos sócios da empresa executada.

Esse redirecionamento da execução aos bens dos sócios é consequência natural do *princípio da despersonalização das obrigações trabalhistas*, princípio segundo o qual os beneficiários do trabalho prestado pelo empregado respondem – a lição é de *Cleber Lúcio de Almeida* – pelos créditos trabalhistas respectivos.<sup>48</sup> A formulação do jurista evoca o art. 2º, *caput*, da CLT, preceito que atribui ao empresário a responsabilidade decorrente do risco da atividade econômica empreendida, responsabilidade que se comunica diretamente da empresa aos respectivos sócios, os verdadeiros artífices do empreendimento econômico.

Não se trata, portanto, repita-se, de questionar a aplicabilidade da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica à execução trabalhista, consagrada técnica jurídica destinada à promoção da efetividade da execução trabalhista; trata-se de questionar a aplicabilidade do novo *procedimento* instituído pelo Código de 2015 à execução; o que está em questão é pergunta acerca da aplicação do *itinerário procedimental* instituído pelo CPC de 2015 à execução trabalhista enquanto *procedimento cível, especial e autônomo*.

Previsto nos arts. 133 e seguintes do CPC de 2015, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instituído pelo novo Código de Processo Civil parece revelar-se incompatível com os princípios do Direito Processual do Trabalho, razão por que enten-

<sup>47</sup> O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p.121.

<sup>48</sup> Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 285.

demos que tal incidente não é aplicável à execução trabalhista, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT, conforme tentaremos demonstrar a seguir.

A necessidade de iniciativa da parte (art. 133), a previsão de automática suspensão do processo (art. 134, § 3º), a atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (art. 134, § 4º), a exigência de contraditório prévio (art. 135) e a previsão de recurso autônomo imediato da decisão interlocutória respectiva (art. 136 e parágrafo único) tornam o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 e seguintes do NCPC incompatível com o processo do trabalho, por revelar-se, na prática, manifestamente contrário aos princípios jurídicos trabalhistas do impulso oficial, da concentração dos atos, da celeridade e da efetividade, da simplicidade das formas e da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias, incompatibilidade essa que inviabiliza a aplicação subsidiária desse incidente – burocrático e ineficaz – à execução trabalhista (CLT, arts. 769 e 889).

É necessário fundamentar a opinião agora manifestada.

## 6 A primeira incompatibilidade radica na exigência de iniciativa da parte

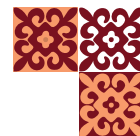
A primeira incompatibilidade radica no fato de que a exigência de iniciativa da parte (NCPC, art. 133), para realizar-se a desconsideração da personalidade jurídica, apresenta-se em contradição com o princípio do impulso oficial que caracteriza o processo do trabalho na fase de execução, princípio previsto na norma do art. 878, *caput*, da CLT<sup>49</sup> de forma expressa.

A possibilidade da execução de ofício singulariza a processualística trabalhista brasileira desde seu surgimento, sob a inspiração dos princípios da indisponibilidade dos direitos do trabalho e da efetividade da jurisdição. Trata-se de característica peculiar do processo do trabalho, identificada na teoria jurídica como fator de caracterização da especialidade do subsistema procedimental laboral, verdadeiro fator de afirmação da autonomia da ciência processual trabalhista no sistema jurídico nacional. Essa faculdade sempre foi compreendida como um poder-dever do magistrado mesmo antes de a Constituição Federal consagrar a razoável duração do processo entre as garantias fundamentais do cidadão (CF, art. 5º, LXXVIII<sup>50</sup>), na medida em que sempre incumbiu ao juiz do trabalho o dever funcional de velar pela rápida solução da causa, de acordo com a norma do art. 765 da CLT<sup>51</sup>. Nesse particular, é notável a harmonia que se estabelece entre o preceito do art. 878, *caput*, da CLT e a norma do art. 765 da CLT: enquanto o art. 878 da CLT confere ao magistrado a iniciativa da execução, o art. 765 da CLT faculta ao juiz adotar todas as

<sup>49</sup> CLT, art. 878, *caput*: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio*, pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente, nos termos do artigo anterior.”

<sup>50</sup> CF, art. 5º, 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.”

<sup>51</sup> CLT, art. 765: “Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”



medidas necessárias à rápida solução da causa – faculdade que inclui adotar as medidas executivas necessárias à realização do direito material objeto da decisão judicial.

A execução de ofício constitui é uma das medidas destinada a enfrentar o desafio de promover o reequilíbrio da assimétrica relação de emprego. O equacionamento dessa desigualdade é conduzido sob a inspiração do princípio da proteção, princípio que se comunica ao processo do trabalho. Equacionar essa desigualdade real na perspectiva de uma igualdade ideal implica adotar tratamento diferenciado aos litigantes, de modo que a superioridade econômica do empregador seja compensada por vantagens jurídicas asseguradas ao litigante hipossuficiente. Conforme relembram *Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra* tal equacionamento “[...] somente se faz por meio do tratamento diferenciado aos desiguais”, diretriz hermenêutica que remonta ao clássico ensinamento da filosofia aristotélica, de tratar desigualmente os desiguais. Para as juristas citadas, “o exemplo clássico é o impulso oficial da execução, que se desdobra em diversas condutas de dirigismo do magistrado em relação à satisfação do direito.”<sup>52</sup>

É necessário registrar que a desconsideração da personalidade jurídica empresarial constitui “[...] ponto delicado de incômodo dos processualistas civis em relação à conduta proativa da magistratura trabalhista em relação à execução”. Faz-se necessário reproduzir essa observação de *Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra* para evidenciar que se forma uma tensão hermenêutica quando operadores jurídicos oriundos de distintos subsistemas jurídicos examinam a técnica da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação em cada situação concreta.

No ensaio que escreveu sobre a desconsideração da personalidade jurídica nos diversos subsistemas jurídicos que compõem o sistema jurídico brasileiro, *Eduardo Milléo Baracat* demonstra a dificuldade teórica dos juristas comercialistas para compreender que a superação da personificação societária no processo do trabalho orienta-se por critérios distintos daqueles que servem de diretriz hermenêutica para a aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito comercial. Ao mesmo tempo em que identifica a prevalência do princípio jurídico da autonomia patrimonial no subsistema jurídico comercial-societário, o jurista destaca o predomínio do princípio jurídico da proteção do trabalhador no subsistema jurídico trabalhista, realizando a científica distinção que cada subsistema jurídico impõe ao intérprete, de modo a fazer evidenciar que o interesse jurídico prevalente em cada subsistema exercerá influência decisiva tanto na *interpretação* quanto na *forma de aplicação* da técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, bem como na *própria definição dos critérios justificadores* da superação da personificação societária em cada situação jurídica específica<sup>53</sup>, de modo a revelar que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade conformar-se-á necessariamente às características hermenêutico-estruturais do subsistema jurídico no qual será aplicada.

<sup>52</sup> A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 197.

<sup>53</sup> Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho: interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Execução Trabalhista*. 2 ed. José Aparecido dos Santos (coordenador). São Paulo: LTr, 2010. p. 183.

Em interpretação dos arts. 878 e 765 da CLT conforme a Constituição, no subsistema jurídico trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial de ofício sempre foi compreendida como expressão concreta do princípio da proteção na fase de execução do procedimento laboral, bastando para tanto a emissão de simples decisão interlocutória fundamentada quando caracterizada situação de insuficiência de bens da sociedade executada. A jurisdição trabalhista consolidou essa compreensão ao longo de sete décadas. Passar a exigir a iniciativa da parte para a desconsideração da personalidade jurídica seria retrocesso social histórico. Além disso, seria vedar a atuação do magistrado trabalhista em questão particular (desconsideração da personalidade jurídica) quando, para assegurar a efetividade da jurisdição, a interpretação conforme dos arts. 878 e 765 da CLT lhe confere iniciativa para a execução em geral.

Não é necessário maior esforço para concluir que o grau de efetividade da execução trabalhista cairia significativamente caso fosse exigida a iniciativa do credor trabalhista para aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica, especialmente considerando-se a circunstância de que as ferramentas eletrônicas de pesquisa patrimonial encontram-se concentradas no juízo da execução. Com o advento de um novo diploma processual civil, a possibilidade de diálogo normativo que então se coloca para o processo do trabalho deve estar orientada pela aptidão das novas normas processuais à realização dos direitos fundamentais sociais. Essa aptidão não se pode reconhecer ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pelo novo CPC, na medida em que exige da parte a iniciativa que o processo do trabalho sempre conferiu também ao magistrado.

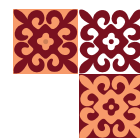
Assim, submeter a desconsideração da personalidade jurídica à iniciativa da parte implicaria afrontar o princípio do impulso oficial da execução trabalhista (CLT, art. 878, *caput*), com prejuízo à garantia constitucional da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), o que basta para impedir a importação subsidiária do incidente do novo CPC à execução trabalhista, sendo para tanto determinante a incompatibilidade da exigência de iniciativa da parte com os preceitos que informam o subsistema procedimental laboral (CLT, arts. 769 e 889).

## 7 A segunda incompatibilidade está na suspensão do processo

A segunda incompatibilidade está na circunstância de que o incidente previsto no novo CPC provoca automática suspensão do processo quando a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade é requerida na fase de execução (NCPC, art. 134, § 3º), suspensão processual que contraria tanto o princípio da concentração de atos quanto o princípio da celeridade processual, com evidente prejuízo à garantia da efetividade da jurisdição.

No subsistema procedimental trabalhista, a regra é a não suspensão do processo, privilegiando-se a celeridade processual, com vistas à efetividade processual. A originária vocação do processo do trabalho para constituir-se como processo de resultado conduziu o legislador a estabelecer um procedimento – concentrado – no qual a suspensão do processo do trabalho foi concebida como hipótese excepcional. Em regra, as exceções não





suspendem o andamento do processo trabalhista, diretriz legislativa destinada a promover a realização do direito material objeto da causa de forma célere.

De acordo com o art. 799, *caput*, da CLT, “Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do processo, as exceções de suspeição<sup>54</sup> ou incompetência<sup>55</sup>”. Trata-se da exceção. Já o § 1º do art. 799 da CLT, estabelece a regra: “§ 1º. As demais exceções serão alegadas como matéria de defesa”. No procedimento sumaríssimo, adota-se a mesma regra: “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”.

Portanto, a regra no processo do trabalho é a resolução das exceções e incidentes sem a suspensão da tramitação do processo, mediante decisão interlocutória. Porém, essa decisão interlocutória não enseja – regra geral<sup>56</sup> – recurso imediato, decisão interlocutória cujo merecimento tem sua apreciação remetida à oportunidade do recurso cabível da decisão definitiva proferida na respectiva fase processual (CLT, art. 893, § 1º<sup>57</sup> c/c art. 799, § 2º<sup>58</sup>). Ao impedir recurso imediato das decisões interlocutórias, o subsistema jurídico trabalhista visa evitar dilações desnecessárias, reforçando a opção desse subsistema pela concentração dos atos processuais, sempre na perspectiva da celeridade do procedimento laboral.

No processo do trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica é realizada mediante simples decisão interlocutória fundamentada, sem a suspensão do processo, numa concreta demonstração de aplicação do princípio da concentração dos atos procedimentais. Em síntese precisa, *Luciano Athayde Chaves* rejeita a aplicação do incidente à execução trabalhista exatamente “[...] porque se trata de formalismo incompatível com a concentração de atos processuais que marca o Processo do Trabalho.”<sup>59</sup> No mesmo sentido orienta-se a doutrina de *Cleber Lúcio de Almeida*. Pondera o processualista – sob inspiração do princípio da simplificação das formas – que o subsistema jurídico trabalhis-

<sup>54</sup> E impedimento. A doutrina identifica aqui uma omissão do direito processual do trabalho, colmatando a lacuna mediante recurso à previsão do CPC, mediante a aplicação subsidiária do processo comum autorizada pelo art. 769 da CLT.

<sup>55</sup> Incompetência em razão do lugar. A incompetência em razão da matéria é decidida em sentença.

<sup>56</sup> A Súmula 214 do TST identifica a regra geral prevista no art. 893, § 1º, da CLT e especifica três exceções. Eis o enunciado da S-214-TST: “Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante disposto no art. 799, § 2º, da CLT.”

<sup>57</sup> CLT, art. 893, § 1º: “Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva.”

<sup>58</sup> CLT, art. 799, § 2º: “Das decisões sobre exceções de suspeição e incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final.”

<sup>59</sup> O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo*.

ta “[...] impede a instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo”.<sup>60</sup> E conclui de forma categórica pela incompatibilidade do incidente autônomo do novo CPC com o Direito Processual do Trabalho<sup>61</sup>:

“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 sua satisfação (objeto do incidente).”

A razão está com *Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento* quando afirmam que, para efeito de redirecionamento da execução contra os sócios, a fraude patrimonial é presumida diante do descumprimento da obrigação trabalhista, motivo pelo qual sustentam que “[...] a desconconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho não depende de formalidades e tampouco necessita de prévia citação do sócio.”<sup>62</sup> Aliás, a prévia ciência do sócio tende a esvaziar a constrição de bens objetivada pela desconconsideração da personalidade jurídica sociedade empresarial, porquanto daria oportunidade a conhecidas medidas de ocultação patrimonial. Sobre a aplicação do incidente do novo CPC ao processo do trabalho, também os referidos juristas são categóricos ao rejeitá-la<sup>63</sup>:

“Assim e, em linhas gerais, termos que o instituto do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica, tal qual delineado pelo novo CPC, não é aplicável no Processo do Trabalho, eis que incompatível com as regras processuais trabalhistas. Aliás, além da incompatibilidade principiológica, há, como frisamos, incompatibilidade processual, já que a execução trabalhista tramita de ofício e prevê o atingimento dos bens dos sócios sem qualquer necessidade de instauração de incidente processual para tal finalidade.”

É de ver que os princípios que dirigem o processo do trabalho não autorizam a pensar em procedimentos – é o caso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 – que dificultem a persecução do patrimônio societário. Isso porque é preciso ter em conta que os riscos da atividade econômica incumbem à sociedade e aos sócios (CLT, art. 2º, *caput*), não podendo ser transferidos ao empregado, que assumiria tal ônus caso a insuficiência do patrimônio da sociedade pudesse tornar inefetiva a execução trabalhista, conforme prelecionam os autores antes citados.<sup>64</sup> Embora a aplicação do novo CPC ao processo do trabalho tenha por pressuposto, na lição de *Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra*, a obtenção de “soluções menos burocráticas”<sup>65</sup>,

<sup>60</sup> Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

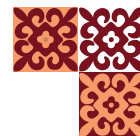
<sup>61</sup> Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

<sup>62</sup> Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 303.

<sup>63</sup> Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 307.

<sup>64</sup> Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 307.

<sup>65</sup> A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 198.



o que se percebe é que o incidente de desconconsideração da personalidade previsto no CPC de 2015 constituiria, para a execução trabalhista, fator de burocratização procedimental, sem falar na severa perda de efetividade da jurisdição que acarretaria.

Submeter a execução trabalhista à suspensão implicaria vulnerar os princípios da concentração de atos procedimentais e da celeridade processual, com evidente prejuízo à garantia constitucional da efetividade da jurisdição, o que importa concluir que o requisito da compatibilidade está ausente quando se coteja a suspensão do processo prevista no incidente instituído no novo CPC com os princípios do Direito Processual do Trabalho.

## 8 A terceira incompatibilidade está em atribuir ao credor a prova dos requisitos da desconconsideração da personalidade jurídica

A terceira incompatibilidade está na atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada (NCPC, art. 134, § 4º), exigência que se revela incompatível tanto com o princípio da proteção quanto com o princípio da simplicidade das formas, que caracterizam o Direito Processual do Trabalho.

O preceito do novo CPC exige que a prova dos pressupostos legais necessários à declaração de desconconsideração da personalidade jurídica deva estar *pré-constituída* quando do requerimento de desconconsideração, o que autoriza a conclusão de que tal encargo probatório é atribuído ao credor. O dispositivo estabelece que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconconsideração da personalidade jurídica” (NCPC, art. 143, § 4º), dispositivo que o processualista civil *Cássio Scarpinella Bueno* interpreta no sentido de que o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica deve ser apresentado pelo credor “[...] com a demonstração dos pressupostos *materiais*”<sup>66</sup> necessários à desconconsideração.

A interpretação tópico-sistemática também conduz a essa conclusão, uma vez já no primeiro dispositivo do incidente a regência legal da matéria submete o requerente ao dever de observância dos requisitos legais pertinentes à técnica da superação da personificação societária. Com efeito, o dispositivo do § 1º do art. 133 do NCPC estabelece que “o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica *observará os pressupostos previstos em lei*.” Ao elemento hermenêutico de direito *material* previsto no § 1º do art. 133 do NCPC corresponde o itinerário *procedimental* previsto no § 4º do art. 134, onerando o requerente com o *prévio* encargo probatório de “[...] demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica”; é dizer, onerando o requerente com o *prévio* encargo probatório de demonstrar os “pressupostos materiais” necessários à declaração de desconconsideração da personalidade jurídica, para reproduzir a precitada expressão adotada por *Cássio Scarpinella Bueno* nos seus comentários ao preceito legal.

Se pode ser considerada razoável a opção de atribuir ao credor tal ônus de prova no processo civil, em que o devedor costuma apresentar-se em condição de inferioridade

<sup>66</sup> *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133. Sem grifo no original.

econômica em relação ao credor, o mesmo não ocorre no âmbito do processo do trabalho. O credor trabalhista encontra-se em situação de inferioridade econômica em relação ao executado. Por conseguinte, atribuir ao credor trabalhista o encargo probatório de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos à desconsideração da personalidade jurídica implicaria dificultar a utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica dada a conhecida dificuldade que tem o credor trabalhista para desincumbir-se desse ônus probatório, o que significaria criar entrave procedimental nunca cogitado no subsistema processual trabalhista brasileiro; entrave procedimental que constituiria retrocesso histórico da ciência processual trabalhista. Não pode haver dúvida de que aqui resta evidenciada a incompatibilidade do novo incidente com o princípio jurídico trabalhista da proteção.

Uma das razões para a ciência processual trabalhista ter adotado a denominada teoria objetiva<sup>67</sup>, na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, foi exatamente a dificuldade que o credor trabalhista teria para desincumbir-se do ônus da prova de demonstrar a ocorrência ou de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, para se ter por caracterizado então o abuso da personalidade jurídica, nos termos da teoria subjetiva<sup>68</sup>, adotada pelo art. 50 do Código Civil; para a teoria objetiva, adotada pelo art. 28, § 5º do CDC, basta a pessoa jurídica não ter bens para que a execução seja direcionada aos sócios. Conforme asseveramos alhures, no âmbito da Justiça do Trabalho a mera inexistência de bens da sociedade para responder pela execução de crédito trabalhista abre imediatamente as portas que dão o acesso à superação da autonomia patrimonial mediante a técnica da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita ou mediante a técnica da desconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme se trate de obrigação trabalhista da sociedade ou de obrigação trabalhista do sócio, respectivamente.<sup>69</sup> O abuso de direito na utilização da personificação societária configura-se *in re ipsa* sempre que a autonomia patrimonial é invocada para sonegar obrigação decorrente de direito de natureza indisponível, conforme preleciona *Ari Pedro Lorenzetti*.<sup>70</sup> Foi sob a inspiração do princípio da proteção que o subsistema jurídico trabalhista, para efeito da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, adotou a teoria objetiva, e parece que não poderia ser diferente em face da natureza indisponível do Direito do Trabalho.

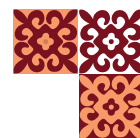
No âmbito de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, não se faz razoável conferir ao consumidor tutela jurídica superior àquela assegurada ao credor trabalhista, porquanto isso implicaria indireta contrariedade à norma do art. 186 do CTN, diploma legal que tem hierarquia de lei complementar, fonte formal de direito que se sobrepõe à lei ordinária. Na medida em que o art. 28, § 5º, do CDC – lei ordinária – assegura ao consumidor obter declaração de desconsideração da personalidade jurídica do devedor na ocorrência de simples inadimplemento da obrigação, negar essa mesma tutela jurídica ao trabalhador sob a mesma situação de fato – simples inadimplemento da

<sup>67</sup> A teoria objetiva também é conhecida como teoria menor.

<sup>68</sup> A teoria subjetiva também é conhecida como teoria maior.

<sup>69</sup> Ben-Hur Silveira Claus. Execução trabalhista: da desconsideração clássica à desconsideração *inversa* da personalidade jurídica. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 42, 2014, p. 68.

<sup>70</sup> *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 198.



obrigação – implicaria instalar crise sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o preceito da lei complementar restaria contrariado – ainda que indiretamente – por preceito de lei ordinária. A unidade e a coerência do sistema jurídico restariam abaladas por essa contradição. Da mesma forma, não se poderia negar ao trabalhador, no âmbito de interpretação sistemática, a inversão do ônus da prova assegurada ao consumidor (CDC, art. 6º, VIII) no que diz respeito à caracterização dos pressupostos materiais da desconsideração da personalidade jurídica na ocorrência de inadimplemento da obrigação pelo devedor. A crise sistemática referida tem solução quando se confere ao credor privilegiado a tutela jurídica assegurada ao credor classificado em posição inferior na ordem jurídica nacional.

A doutrina de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva* expressa o entendimento predominante na teoria processual trabalhista acerca do ônus da prova na desconsideração da personalidade jurídica. Pondera o jurista que “no processo do trabalho não se exige a demonstração inequívoca dos pressupostos previstos em lei, como os do art. 50 do Código Civil”<sup>71</sup>, argumentando que o credor trabalhista pode invocar a previsão do art. 28 do CDC para fundamentar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade na fase de execução do processo, bastando para tanto que a empresa devedora não tenha bens suficientes para responder pela execução.

É precisamente por isso que, na execução trabalhista, constitui dever jurídico do sócio indicar bens da sociedade quando chamado a responder pelo débito (Lei nº 6.830/1980, art. 4º, § 3º; CLT, art. 889). À previsão da Lei de Executivos Fiscais soma-se a previsão do art. 596, § 1º, do CPC de 1973 (art. 795, § 1º, do CPC de 2015). Essas previsões legais conferem ao sócio o denominado benefício de ordem: o direito de o sócio indicar bens da sociedade à penhora, sob pena de responder com seu patrimônio pessoal pelo crédito trabalhista. A jurisprudência trabalhista está consolidada no sentido de que “[...] basta a insolvência da sociedade devedora – na sintética formulação de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva* – para que se promova a desconsideração de sua personalidade jurídica”<sup>72</sup>, isso porque a regra jurídica é a de que respondem pela dívida os sócios que participaram da sociedade ao tempo da constituição da obrigação trabalhista.

O risco da atividade econômica empreendida pelo sócio (CLT, art. 2º, *caput*) atrai sua responsabilidade pessoal quando a sociedade não tem bens (Lei nº 6.830/1980, art. 4º, § 3º; CLT, art. 889) para responder pelo crédito trabalhista<sup>73</sup>, solução jurídica sem a qual a fraude tornar-se-ia regra, em prejuízo a direitos trabalhistas dotados da qualidade de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal (CF, art. 7º), além de desconstituir qualquer possibilidade real de estabelecimento de relações contratuais baseadas na boa-fé objetiva. As normas procedimentais do processo civil, na precisa lição de *Jorge Luiz Souto Maior*, devem ser compreendidas “[...] como complementos que sirvam

<sup>71</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

<sup>72</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59-60.

<sup>73</sup> Crédito privilegiado no sistema jurídico brasileiro (CTN, art. 186).

à utilidade do processo do trabalho e não como escudos que inviabilizem a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista”<sup>74</sup>.

A doutrina justrabalhista majoritária tem manifestado posição contrária à aplicação do incidente do novo CPC ao processo do trabalho. Depois de sublinhar que a despersonalização das obrigações constitui verdadeiro princípio do Direito do Trabalho, *Cleber Lúcio de Almeida* afirma que o princípio da simplificação das formas e procedimentos impede a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo<sup>75</sup>, entendimento no qual é acompanhado por *Manoel Carlos Toledo Filho*, jurista para o qual o incidente do novo CPC caracteriza-se como figura procedimental “[...] enfadonhamente burocrática”<sup>76</sup>. É semelhante o entendimento de *Iuri Pereira Pinheiro*, que reputa inaplicável o incidente autônomo do novo CPC, “[...] por incompatibilidade com a processualística laboral, que tem como uma de suas vigas mestras a informalidade”<sup>77</sup>. *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva* qualifica o novo incidente como procedimento burocrático<sup>78</sup>, para depois concluir que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é manifestamente incompatível com o processo do trabalho, no qual não se admite a intervenção que provoque a suspensão do processo.<sup>79</sup>

Merece destaque a formulação teórica adotada por *Manoel Carlos Toledo Filho* no particular, jurista que agrega um produtivo elemento hermenêutico ao tratamento do tema quando detecta, com rigor científico, que o incidente de desconsideração revela-se “[...] rigorosamente incompatível com a diretriz estrutural taxativamente exposta ao Juiz do Trabalho pelo artigo 765 da CLT”<sup>80</sup>. A produtiva percepção científica de que o art. 765 da CLT é regra representativa de *diretriz estrutural* do procedimento laboral abre todo um horizonte de exploração hermenêutica para os propósitos do Direito Processual do Trabalho, capacitando os processualistas à reflexão superior proposta por *Carlos Henrique Bezerra Leite*, no sentido de se perceber que o processo do trabalho nada mais é do que direito constitucional aplicado.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> Relação entre processo civil e o processo do trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 163.

<sup>75</sup> Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

<sup>76</sup> Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 333.

<sup>77</sup> Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 495.

<sup>78</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 56.

<sup>79</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. *In: Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 60.

<sup>80</sup> Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 333.

<sup>81</sup> Princípios jurídicos fundamentos do novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 74.



Norma de sobredireito processual trabalhista, a regra estrutural do art. 765 da CLT conforma hermeneuticamente todo o procedimento do subsistema jurídico laboral brasileiro, irradiando especial eficácia à jurisdição laboral no propósito da realização dos direitos fundamentais sociais; um preceito cuja potencialidade produtiva espera pela exploração hermenêutica dos pesquisadores mais ousados da ciência processual trabalhista.

Atribuir ao credor o ônus da pré-constituição da prova dos pressupostos legais da desconsideração da personalidade jurídica afronta o princípio da simplicidade das formas e os princípios da celeridade e da efetividade da jurisdição, razão por que também essa exigência torna o incidente do novo CPC incompatível com o processo do trabalho.

## 8 A quarta incompatibilidade está na exigência de contraditório prévio

A quarta incompatibilidade decorre da exigência de contraditório *prévio* (NCPC, art. 135). Na desconsideração da personalidade jurídica adotada na fase de execução do processo trabalhista, o contraditório é *diferido*, sendo exercido mediante embargos à execução<sup>82</sup> após a garantia do juízo.

Nas situações em que o contraditório prévio acarretaria prejuízo à própria tutela do direito material, a opção do legislador pela técnica do contraditório diferido é mera consequência da garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva e à técnica jurídica adequada à tutela do direito substancial. A técnica do contraditório diferido está consagrada, por exemplo, no procedimento de antecipação de tutela previsto no art. 273 do CPC de 1973, não se justificando a resistência de certos setores da doutrina – na acertada observação de *Guilherme Guimarães Feliciano* – à adoção dessa especial técnica de contraditório, a qual é exigida para assegurar a tempestiva tutela do direito material em determinadas situações em que o contraditório prévio acarretaria prejuízo à proteção do direito substancial implicado<sup>83</sup>.

Exigir contraditório prévio à desconsideração implicaria frustrar o resultado útil da execução, porquanto estimularia o sócio a desviar bens, sobretudo dinheiro depositado em contas correntes e aplicações e outros bens móveis. Com o contraditório prévio à desconsideração da personalidade jurídica, “[...] oportunizam-se, é claro, outras ‘providências’ de caráter defensivo, como, *v.g.*, o esvaziamento das contas bancárias pessoais e familiares, antecipando penhoras eletrônicas...”, de acordo com a realista observação de *Guilherme Guimarães Feliciano*. “Ora, em especial no processo do trabalho, ‘avisar’ previamente os sócios da provável desconsideração da personalidade jurídica da respectiva

<sup>82</sup> Têm sido admitidos embargos de terceiro em determinadas situações concretas. O novo CPC optou por reconhecer ao sócio legitimidade para opor embargos de terceiro quando seu patrimônio é atingido por penhora decorrente de desconsideração da personalidade jurídica. É nesse sentido a previsão do art. 674, § 2º, III, do NCPC: “§ 2º. Considera-se terceiro, para ajuizamento de embargos: III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”.

<sup>83</sup> O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 123.

sociedade empresarial – prossegue o jurista – corresponderá, amiúde, ao comprometimento de todos os esforços executivos da parte ou do juiz”<sup>84</sup>.

Esse mesmo entendimento encontra-se na doutrina de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*. Após registrar que o incidente do novo CPC tornará a medida constritiva absolutamente ineficaz, o jurista sentencia: “[...] não sobrar nada na conta bancária do terceiro (sócio), que, por lei, (art. 795 e §§ do novo Código), é responsável subsidiário pelo adimplemento das obrigações da sociedade”<sup>85</sup>. Para quem conhece as vicissitudes da execução na Justiça do Trabalho, não há exagero na crítica que o jurista dirige ao novo instituto: o resultado será nefasto e a efetividade da medida processual será próxima de zero.<sup>86</sup>

Embora postergado para assegurar a efetividade da jurisdição, o contraditório “[...] é apenas diferido para um momento posterior à constrição”, técnica que não viola nenhuma das garantias fundamentais do processo, na lição de *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*.<sup>87</sup> De acordo com o jurista, “[...] 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)”.<sup>88</sup> Isso porque – prossegue o jurista – sabe-se há muito tempo que a eficácia da medida constritiva resta prejudicada quando se adota a técnica do contraditório antecipado.<sup>89</sup> O novo CPC optou novamente pela paralisante segurança jurídica do devedor em detrimento da efetividade da jurisdição comum, equívoco no qual não pode incorrer a jurisdição trabalhista se quiser preservar sua vocação histórica para apresentar-se como jurisdição de resultados e seu compromisso com promessas sociais da Constituição.

No âmbito do processo do trabalho, para a adoção da técnica da superação da personificação societária, basta a prolação de decisão fundamentada, decisão que desde logo abre as portas para as respectivas medidas de constrição, “[...] sem prejuízo do contraditório que será realizado de modo diferido”<sup>90</sup>, na precisa síntese de *Manoel Carlos Toledo Filho*. Nada obstante o contraditório não deva ser antecipado para não prejudicar a exe-

<sup>84</sup> O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 121-2.

<sup>85</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

<sup>86</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 56-57.

<sup>87</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

<sup>88</sup> Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho*. Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15ª Região. 2015. p. 59.

<sup>89</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>90</sup> Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 333. Vide nota de rodapé nº 24.





cução forçada do direito ao qual o executado opõe resistência, não se pode cogitar de violação ao princípio do contraditório, já que “[...] o sócio atingido em seu patrimônio tem remédio próprio para discutir referida decisão dentro do processo de execução, seja via embargos à execução (ou à penhora) ou exceção de pré-executividade, quando cabível”, conforme desmistificam *Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves Bento*.<sup>91</sup>

A doutrina reproduzida encontra amparo na jurisprudência. No que respeita à defesa do sócio na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade, tanto a jurisprudência do STJ quanto a jurisprudência do TST têm compreendido, na vigência do CPC de 1973, que a ausência de citação prévia do sócio não é causa de nulidade processual, exatamente porque o respectivo direito de defesa do sócio é assegurado de forma diferida, depois da garantia do juízo pela penhora. Eis as ementas:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS ATINGIDOS. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇAS DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contrário e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ.

A verificação da presença dos requisitos para a aplicação da *disregard doctrine* previstos no art. 50 do Código Civil, por constituir matéria fática, é vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Precedente.

Se o agravante não traz argumentos aptos a infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve-se negar provimento ao agravo regimental. Precedente.

Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1523930/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO INTENTADA CONTRA O ENTE PÚBLICO, SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA.

A jurisprudência deste Tribunal Superior caminha no sentido da possibilidade de direcionamento da execução ao ente federado, sócio majoritário da empresa executada, sem que tal procedimento configure qualquer ofensa à norma constitucional invocada. Isso porque a responsabilidade patrimonial é direcionada

<sup>91</sup> Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 307.

na execução, não sendo necessário que o responsável conste do título executivo e tenha participado do processo de conhecimento. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR-66400-62.1998.5.01.0050, Rel. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, data de julgamento: 04/02/2015, data de publicação DEJT 06/02/2015).

Com efeito, na desconsideração da personalidade jurídica realizada na execução trabalhista o contraditório apresenta-se na modalidade de contraditório diferido: a defesa do sócio executado é oportunizada após a garantia do juízo pela penhora (CLT, art. 884).

A adoção da técnica do contraditório diferido é utilizada também na antecipação de tutela (CPC, art. 273, *caput*) e na liminar concedida em ação de obrigação de fazer ou não fazer (CPC, art. 461, § 3º). Se a técnica do contraditório diferido é adotada pelo legislador mesmo na fase de conhecimento do processo civil, revela-se razoável adotar-se tal técnica jurídica na execução trabalhista, quando da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada, a fim de conferir maior eficácia à jurisdição executiva (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), mercê do poder geral de cautela que a ordem jurídica confere ao magistrado (CLT, art. 765; CPC, arts. 798 e 804).

Esse poder geral de cautela pode ser exercido de ofício pelo magistrado do trabalho. Foi o que afirmou uma das maiores autoridades do processo civil brasileiro. A opção por citar um jurista do âmbito do processo civil tem o objetivo de neutralizar determinada resistência que a doutrina justralhista tem enfrentado, por vezes acusada de adotar posições muito avançadas em detrimento do contraditório prévio e das garantias fundamentais asseguradas aos responsáveis subsidiários pelo pagamento do crédito trabalhista. Com o advento do novo CPC, a lição de *Galeno Lacerda* readquire a dimensão histórica que nem sempre foi por nós percebida<sup>92</sup>:

“Considerando-se que, pela prevalência do interesse social indisponível, esse processo se filia mais ao inquisitório, a tal ponto de poder o juiz promover de ofício a execução (art. 878 da CLT), parece evidente que, em consonância com tais poderes e objetivos, caiba ao juízo trabalhista, também, a faculdade de decretar providências cautelares diretas, a benefício da parte ou interessados, sem a iniciativa destes.”

Na desconsideração da personalidade jurídica, a constrição prévia à citação constituiu-se em medida cautelar que tem fundamento jurídico no art. 804 do CPC, norma segundo a qual “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.” Vale dizer, o sistema jurídico brasileiro é dotado de diversas normas procedimentais que permitem realizar constrição

<sup>92</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 129-130.



prévia ao contraditório quando essa providência prévia se faz necessária para assegurar a tempestiva realização do direito material objeto da causa.<sup>93</sup>

Exigir citação prévia do sócio executado e postergar a constrição tende a tornar a medida de bloqueio de numerário ineficaz.<sup>94</sup> Essa mesma ineficácia tende a ocorrer quanto à constrição de veículo e outros bens móveis, especialmente tendo em consideração a orientação da Súmula 375 do STJ<sup>95</sup>, que exige prévio registro da penhora para só então reconhecer fraude à execução na alienação do bem, diretriz jurisprudencial que, embora tenha por objetivo a tutela do interesse do terceiro adquirente de boa-fé, tem fomentado o fenômeno da fraude patrimonial denunciada por *Manoel Antonio Teixeira Filho*. Para o processualista, “a orientação jurisprudencial cristalizada nessa Súmula estimula as velhacadas do devedor ao tornar mais difícil a configuração do ilícito processual da fraude à execução”<sup>96</sup>.

Tem razão *Luciano Athayde Chaves* quando pondera que é necessário considerar que o sócio não é um terceiro qualquer, alheio às obrigações da empresa que integra: “[...] o sócio é partícipe do empreendimento”, na medida em que a pessoa jurídica é uma ficção legal, administrada por pessoas naturais.<sup>97</sup>

A natural assimilação do princípio da primazia da realidade pelo Direito do Trabalho torna ainda mais intuitiva a consideração de que, no âmbito do subsistema jurídico trabalhista, a personificação societária é compreendida como mera ficção jurídica concebida ao fomento da atividade econômica e, por isso mesmo, “[...] há de ser preservada a presunção de que os seres humanos por detrás da pessoa jurídica são sabedores do que se passa com ela”, conforme prelecionam *Eliana dos Santos Alves Nogueira e José Gonçalves*

<sup>93</sup> Na execução fiscal, não se faz necessário adotar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC para redirecionar a execução aos bens do sócio-gerente. É a conclusão do Enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 do CPC/2015.”

<sup>94</sup> É oportuno assinalar que o *sistema legal brasileiro* dá preferência à penhora de dinheiro, em detrimento de outros bens cuja expropriação acarreta dilação procedimental e despesas processuais, diretriz legislativa que visa à efetividade da jurisdição e à razoável duração do processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII). Tanto a CLT (art. 882) quanto a LEF (art. 11, I) elegem dinheiro como bem preferencial à penhora. Mesmo o processo civil adota tal previsão legal (art. 655).

<sup>95</sup> S-375-STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.”

<sup>96</sup> *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 19. Manoel Antonio Teixeira Filho sustenta a incompatibilidade da S-375-STJ com o processo do trabalho, ponderando ser da tradição jurídica considerar-se que a fraude à execução caracteriza-se pelos fatos objetivos da alienação do bem e da insolvência do devedor, com presunção de má-fé do devedor. Na sequência, argumenta que o art. 593 do CPC não exige o registro da penhora ou má-fé do terceiro adquirente para a configuração de fraude à execução; e recusa se transferir ao credor o ônus da prova quanto à existência de má-fé do terceiro adquirente, por ser ônus probatório de difícil atendimento.

<sup>97</sup> O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo*.

*Bento*<sup>98</sup> no estudo do tema. Embora possa parecer elementar, a reprodução da assertiva é necessária diante de uma certa cultura de resistência generalizada ao cumprimento de decisões judiciais em nosso país, fenômeno que levou o processualista *Luciano Athayde Chaves* à impressiva consideração de que “[...] acostumamo-nos com isso em nosso país, como se houvesse um direito (fundamental?) ao descumprimento de obrigações. Mas, não se trata de *ethos* compatível com a *força normativa da Constituição*, que (re)afirma a segurança jurídica como valor e a efetividade das tutelas jurisdicionais (essa sim!) como *garantia fundamental*.”<sup>99</sup>

Em conclusão, submeter a desconsideração da personalidade jurídica à exigência de contraditório prévio implicaria retrocesso procedimental incompatível com o princípio da simplicidade das formas, além de acarretar perda de efetividade da jurisdição trabalhista, fundamentos pelos quais não se faz presente o requisito axiológico da compatibilidade do incidente do CPC de 2015 com o Direito Processual do Trabalho.

## 10 A quinta incompatibilidade reside na previsão de recurso imediato

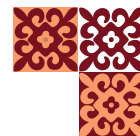
A quinta incompatibilidade reside na previsão de existência de recurso imediato da decisão interlocutória que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade empresarial (NCPC, art. 136 e parágrafo único).

A incompatibilidade decorre do fato de que – regra geral – as decisões interlocutórias não estão sujeitas a recurso imediato no processo do trabalho: a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias é remetida à oportunidade do recurso cabível da decisão definitiva na respectiva fase processual em que a decisão interlocutória foi proferida (CLT, art. 893, § 1º). Esse aspecto do procedimento laboral é identificado como traço característico da especialização do processo do trabalho, especialização que se completa no âmbito de seu sistema recursal pela opção legislativa de limitar o recurso de agravo de instrumento à finalidade de destrancar recurso denegado (CLT, art. 897, *b*).

O compromisso social da jurisdição especializada do trabalho com a efetividade da tutela do direito material trabalhista não poderia ter conduzido a teoria processual laboral brasileira a outro caminho que não fosse a afirmação da especialidade de seu procedimento simplificado, o qual tem na regra da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias um de seus elementos hermenêuticos estruturais. Esse elemento estrutural está presente em todas as fases do itinerário procedimental trabalhista, inclusive na fase de execução, conforme lição pacífica da doutrina justralhista.

<sup>98</sup> Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 303.

<sup>99</sup> O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo*.



A doutrina de *Cleber Lúcio de Almeida* contextualiza com precisão a relação existente entre a regra da irrecurribilidade autônoma das decisões interlocutórias no processo do trabalho e a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, revelando que a sistemática recursal trabalhista assegura contraditório – diferido – à pessoa cujo bem é atingido pelo ato de penhora derivado da desconsideração da personalidade jurídica. A síntese adotada pelo jurista está assim enunciada<sup>100</sup>:

“Na execução, a decisão sobre a desconsideração é interlocutória, o que a torna irrecurível (art. 893, § 1º, da CLT), podendo o sócio (desconsideração clássica) ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) voltar ao tema em embargos à execução, a serem ajuizados depois da garantia do juízo.”

A sentença que julga os embargos à execução (CLT, art. 884, § 4º) correspondente à *decisão definitiva* de que trata o art. 893, § 1º, da CLT. Essa sentença está sujeita ao recurso de agravo de petição previsto no art. 897, *a*, da CLT, de modo que o sistema recursal trabalhista assegura ao executado o direito de submeter o merecimento da decisão de desconsideração da personalidade jurídica ao duplo grau de jurisdição. Daí porque não parece correta a opinião manifestada no enunciado nº 126 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Segundo o referido enunciado, “No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo.”<sup>101</sup>

O recurso de agravo de petição, a teor do art. 893, § 1º, da CLT, tem cabimento contra a sentença – decisão definitiva – que julga os embargos à execução e que reexaminará a decisão interlocutória que determinara a desconsideração da personalidade jurídica. A decisão interlocutória que determina a desconsideração da personalidade jurídica é anterior à sentença de embargos e não estará, por conseguinte, sujeita a recurso imediato por se constituir em decisão interlocutória cujo merecimento somente pode ser apreciado na sentença que julga os embargos à execução. É dessa última decisão – sentença – que cabe o recurso de agravo de petição para submeter ao Tribunal Regional do Trabalho o exame do merecimento da decisão interlocutória que determinara a desconsideração da personalidade jurídica.

Embora seja legítimo ao Fórum Permanente de Processualistas Civis postular determinada interpretação acerca do alcance nas normas do novo CPC no âmbito do processo do trabalho, porquanto a exploração hermenêutica deve ser recebida com espírito científico no advento de um novo código de processo civil, não parece que se possa desnaturar o especial subsistema jurídico laboral a pretexto de pretender aplicar-lhe norma do novo CPC que, por contrariar as peculiaridades de seu sistema recursal, acaba por revelar-se incompatível com o direito processual trabalhista.

<sup>100</sup> Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

<sup>101</sup> Cássio Scarpinella Bueno. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133.

Não havendo possibilidade de recurso imediato da decisão de desconsideração da personalidade jurídica no subsistema jurídico laboral por força da previsão do art. 893, § 1º, da CLT, emerge indubitosa a incompatibilidade do incidente do CPC de 2015 com o princípio da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias no Direito Processual do Trabalho.

### Considerações finais

A eficácia da jurisdição parece ser a esfinge da Justiça do Trabalho. É no desafio de dar concretude à jurisdição trabalhista que se há de enfrentar a questão de saber se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC aplica-se ao processo do trabalho.

Na teoria processual justralhista majoritária que vem se formando sobre o tema desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, tem prevalecido categórica rejeição à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC no Processo do Trabalho, rejeição fundada sobretudo no argumento de que o incidente do CPC de 2015 não atende ao critério científico da compatibilidade exigido para a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho. Tem prevalecido o entendimento de que o incidente do novo CPC contraria diversos princípios do Direito Processual do Trabalho, de modo que a aplicação do incidente ao processo do trabalho não passaria pelo crivo da compatibilidade exigida pelos arts. 769 e 889 da CLT, preceitos compreendidos enquanto normas de contenção ao ingresso indevido de dispositivos de direito processual comum no direito processual do trabalho.<sup>102</sup>

A majoritária rejeição ao incidente pode ser compreendida diante do itinerário histórico que o processo do trabalho percorreu na afirmação de sua autonomia científica em relação do processo civil, sobretudo considerando-se que cumpre ao subsistema jurídico trabalhista equacionar a desigualdade que caracteriza tanto a relação de direito material trabalhista quanto a respectiva relação de direito processual, propósito para o qual o incidente do novo CPC caracteriza-se como verdadeiro obstáculo, na medida em que dificulta e burocratiza o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, acarretando severa perda de efetividade à jurisdição trabalhista em relação ao procedimento simplificado hoje praticado de ofício.

Essa assimetria é objeto da atenção do direito material do trabalho que, ao instituir normas concebidas para reequilibrar o desnível da relação de direito substancial, estabelece vantagens jurídicas em favor da parte mais frágil destinadas a compensar as vantagens econômicas da parte mais forte. A equação dessa assimetria faz evocar o princípio *corretor das desigualdades*, fórmula conceitual superior com a qual *Couture* explicita o conteúdo do princípio da proteção na perspectiva da ética aristotélica: igualar os desiguais mediante tratamento desigual proporcional à desigualdade. Pois bem, também ao direito processual do trabalho comunica-se o encargo de promover a equalização das desigual-

<sup>102</sup> Também identificadas como *normas de proteção*, os arts. 769 e 889 da CLT têm sido compreendidos como *normas de contenção* à influência indevida de normas de direito processual comum capazes de causar complexidade procedimental, retardamento processual e perda de efetividade da jurisdição trabalhista.



dades, pois as desigualdades originárias da relação econômica se reproduzem no âmbito da relação processual e demandam tratamento procedimental destinado a promover o reequilíbrio da relação processual.

A doutrina justralhista majoritária tem compreendido que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC contraria o propósito superior de promover tal equalização na fase de execução do processo trabalhista, rompendo com a simplificada e produtiva fórmula do contraditório diferido consagrada historicamente no subsistema jurídico procedimental trabalhista ao longo de sete décadas, no que diz respeito à aplicação da técnica da descon sideração da personalidade jurídica da sociedade executada. Vale dizer: de um lado, o incidente não seria compatível com diversos prin- cípios do Direito Processual do Trabalho; de outro lado, o incidente rompe com a sim- plificada e produtiva fórmula do contraditório diferido praticada no subsistema jurídico procedimental trabalhista, de modo que a aplicação do incidente ao subsistema jurídico trabalhista representaria histórico retrocesso procedimental, com prejuízo severo à efeti- vidade da jurisdição e à própria realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal e na legislação trabalhista.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Incidente de descon sideração da personalidade jurídi- ca**. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **A teoria dinâmica do ônus da prova**. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organi- zador). Salvador: Juspodivm, 2015.

BARACAT, Eduardo Milléo. **Descon sideração da personalidade jurídica da sociedade limitada no processo do trabalho: interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: *Execução Trabalhista*. 2 ed. José Aparecido dos Santos (coordenador). São Paulo: LTr, 2010.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **El particularismo del derecho del trabajo y los dere- chos humanos laborales**. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2009.

BEBBER, Júlio César. **Princípios do Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

BENTO, José Gonçalves. NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **Incidente de descon si- deração da personalidade jurídica**. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Sarai- va, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologías e Sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CHAVES, Luciano Athayde. **Interpretação, aplicação e integração do Direito Proces-**

**sual do Trabalho.** *Curso de Processo do Trabalho.* Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. **O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada.** O artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), no dia 7 de maio de 2015. *mimeo.*

CLAUS, Ben-Hur Silveira. **Execução trabalhista: da desconsideração clássica à desconsideração inversa da personalidade jurídica.** *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 42, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves. DUTRA, Renata Queiroz. **A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho.** *Revista Justiça do Trabalho.* Porto Alegre: HS Editora. n° 379. Julho de 2015.

DUTRA, Renata Queiroz. DELGADO, Gabriela Neves. **A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **O novo Código de Processo Civil e as prerrogativas de magistratura nacional: reflexões de um juiz.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

FONSECA, Bruno Gomes Borges. **Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **Noções conceituais sobre tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

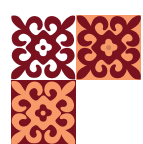
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. GEMIGNANI, Daniel. **Litisconsórcio e intervenção de terceiros: o novo CPC e o Processo do Trabalho.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

GEMIGNANI, Daniel. GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Litisconsórcio e intervenção de terceiros: o novo CPC e o Processo do Trabalho.** *In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho.* Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.





- GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo do trabalho e processo comum**. *Revista de Direito do Trabalho*, 15:87.
- JAKUTIS, Paulo Sérgio. **A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista**. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. III. tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Processual do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010.
- LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães. **O Princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva do novo Código de Processo Civil**. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- MEIRELES, Edilton. **O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho**. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- MIESSA, Élisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Élisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.015/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. BENTO, José Gonçalves. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho*. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Ramos. **Justiça do Trabalho**. *Revista do Trabalho*. fev. 1938.
- PEREIRA, Iuri Pereira. **Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos**. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **O novo Código de Processo Civil e seus possíveis impactos nos recursos trabalhistas**. In: Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1977.
- SCHIAVI, Mauro. **A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao**



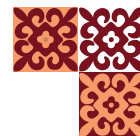
**Processo do Trabalho.** *In:* Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado.** Volume 9 – Processo do Trabalho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho.** *In:* *Os impactos do novo CPC no Processo do Trabalho.* Carlos Eduardo Oliveira Dias e outros. Escola Judicial. Tribunal Regional da 15<sup>a</sup> Região. 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no processo do trabalho.** 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil.** *In:* Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.



# Execução Efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal - a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN

Ben-Hur Silveira Claus<sup>1</sup>

Júlio César Bebber<sup>2</sup>

*As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão-pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro.*

Karl Engisch

*[...] o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas 'afins na essência'.*

Ovídio Baptista da Silva

**Resumo:** O presente artigo estuda a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho. Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da modalidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, que se revela mais favorável ao credor do que o regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC.

**Súmary:** Introdução. 1. As modalidades de fraude à execução no direito positivo. 2. Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário. 3. A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal. 4. Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN. 5. A aplicação do sistema legal dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT. 6. A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula 375: fraude à execução fiscal x fraude à execução civil. A questão da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista. 7. A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da S-375-STJ). 8. O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude absoluta à execução trabalhista: ajuizamento x citação. Conclusão.

**Palavras-chave:** Fraude à execução. Execução fiscal. Execução trabalhista. Efetividade da jurisdição. Crédito trabalhista. Súmula 375 do STJ.

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho e Mestre em Direito.

<sup>2</sup> Juiz do Trabalho e Doutor em Direito do Trabalho.

## Introdução

O Direito pressupõe a boa-fé das pessoas na vida de relação. É a boa-fé que fundamenta o princípio da responsabilidade patrimonial. De acordo com esse princípio, o patrimônio do contratante responde por suas obrigações: o patrimônio do sujeito obrigado é expropriado pelo Estado, para satisfazer coercitivamente a obrigação não adimplida espontaneamente, restabelecendo-se o equilíbrio da relação contratual e a integridade da ordem jurídica.

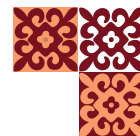
Esse princípio encontra expressão literal no art. 591 do CPC, preceito que estabelece que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Trata-se de preceito localizado no título em que o Código de Processo Civil trata da execução forçada das obrigações não cumpridas espontaneamente. Na Lei nº 6.830/80, o princípio da responsabilidade patrimonial tem expressão nos arts. 10 e 30.

Para coarctar condutas de má-fé do devedor, a teoria jurídica extraiu do princípio de responsabilidade patrimonial dois institutos jurídicos destinados a combater fraude patrimonial praticada pelo sujeito passivo da obrigação – a fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159) e a fraude à execução (CPC, art. 593). O fato de não haver processo contra o obrigado quando da alienação do bem revela que a fraude contra credores é ato ilícito menos grave do que o ato ilícito de fraude à execução<sup>3</sup>, modalidade de fraude patrimonial na qual já há processo contra o obrigado<sup>4</sup> quando da alienação do bem que torna o obrigado insolvente para responder pela obrigação.

No presente artigo, estuda-se a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765). Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da moda-

<sup>3</sup> A fraude à execução típica, além de ilícito processual civil, o ilícito penal de fraude à execução capitulado no art. 179 do Código Penal. Outrossim, configura ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, I) sancionado com a multa do art. 601 do CPC. A ordem jurídica atua contra a fraude à execução mediante a declaração de ineficácia do ato fraudulento (CPC, art. 592, V), autorizando a penhora do bem alienado em fraude como se permanecesse no patrimônio do executado. Para facilitar o combate à essa espécie de fraude patrimonial, a declaração de ineficácia da alienação é pronunciada nos próprios autos em que flagrada a fraude, de ofício. Conclusão ainda mais evidente na execução trabalhista, por força da previsão dos arts. 765 e 878, caput, da CLT.

<sup>4</sup> A hipótese de fraude à execução fiscal prevista no art. 185, caput, do Código Tributário Nacional constitui exceção à regra. Introduzida pela Lei Complementar nº 118, de 09-06-2005, a atual redação do art. 185, caput, do CTN radicalizou a figura da fraude à execução fiscal, estabelecendo que a fraude à execução fiscal caracteriza-se quando a obrigação tributária já estiver inscrita em dívida ativa à época da alienação do bem. Na redação anterior do art. 185, caput, do CTN, a disciplina da fraude à execução era mais favorável ao devedor tributário: somente se caracterizava a fraude se já estivesse em curso a execução fiscal à época da alienação do bem. Exigia-se a litispendência da execução fiscal. Essa exigência foi suprimida pela Lei Complementar nº 118, de 09-06-2005.



lidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, uma das diversas modalidades de fraude à execução previstas no direito positivo.

## 1. As modalidades de fraude à execução no direito positivo

Ao lado da modalidade geral de fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC, o sistema legal prevê uma modalidade específica de fraude à execução no inciso I do art. 593 do CPC e abrange as demais modalidades de fraude à execução previstas em diversas leis na genérica hipótese do inciso III do art. 593 do CPC<sup>5</sup> (inciso V do art. 792 do NCPC).

A fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC tem sido considerada a modalidade geral de fraude à execução por se tratar do tipo de fraude à execução que ocorre com maior frequência. Caracteriza-se quando, ao tempo da alienação do bem, já corria demanda capaz de reduzir o demandado à insolvência.

Menos frequente é a modalidade de fraude à execução prevista no inciso I do art. 593 do CPC, que se caracteriza quando o devedor aliena determinado bem sobre o qual há ação judicial fundada em direito real. Essa modalidade de fraude à execução decorre do direito de seqüela próprio ao direito real. Nesse caso, a configuração da fraude à execução independe do estado de insolvência do devedor.

Entretanto, as modalidades de fraude à execução são mais numerosas do que normalmente se percebe, sobretudo quando se atenta para as diversas modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais. Nada obstante passem despercebidas algumas vezes, as demais modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais foram consideradas pelo legislador na abrangente previsão do inciso III do art. 593 do CPC, preceito que faz remissão a outras modalidades de fraude à execução, assim consideradas aquelas previstas “nos demais casos expressos em lei”.

Ao legislador é dado estabelecer, para a tutela do princípio da responsabilidade patrimonial, hipóteses outras em que a conduta do devedor caracterize fraude patrimonial a ser rejeitada pelo sistema normativo, tipificando novas modalidades de fraude à execução com o objetivo último de assegurar a integridade da ordem jurídica. Entre as demais modalidades de fraude à execução tipificadas em distintos diplomas legais, a teoria jurídica tem identificado – sem prejuízo de outras modalidades dessa espécie de ato ilícito<sup>6</sup> – as seguintes hipóteses:

---

<sup>5</sup> CPC: “Art. 593. Considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo de alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.”

<sup>6</sup> Araken de Assis relaciona outras hipóteses de fraude à execução, que costumam passar despercebidas: “Além disso, atos de índole diversa, como a dação em pagamento, a renúncia à herança, a interrupção da prescrição e, conforme caso julgado pela 3ª Câmara Cível do extinto TARS, a partilha de bens em separação consensual, igualmente representam fraude contra a execução” (Manual da Execução. 14 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 303).

- a) há fraude à execução quando, na penhora de crédito, o terceiro deixa de depositar em juízo a importância por ele devida ao executado, nada obstante intimado pelo juízo para assim proceder (CPC, art. 672, §§ 2º e 3º<sup>7</sup>);
- b) há fraude à execução quando há registro de averbação premonitória de existência de ação à época da alienação do bem (CPC, art. 615-A, § 3º<sup>8</sup>);
- c) há fraude à execução quando o executado insolvente adquire bem residencial mais valioso, hipótese em que não poderá mais fazer prevalecer a alegação de impenhorabilidade de bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 4º, caput e § 1º<sup>9</sup>);
- d) há fraude à execução fiscal quando o crédito tributário já se encontrava regularmente inscrito como dívida ativa à época da alienação do bem pelo executado (CTN, art. 185, caput).<sup>10</sup>

Esse resumido inventário das modalidades de fraude à execução autoriza a conclusão de que o sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC, identificando na previsão do art. 185, caput, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

## 2. Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário

<sup>7</sup> CPC: “Art. 672. A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor.

...

§ 2º. O terceiro só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida.

§ 3º. Se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude de execução.”

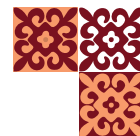
<sup>8</sup> CPC: “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

...

§ 3º. Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (593)”.

<sup>9</sup> Lei nº 8.009/90: “Art. 4º. Não se beneficiará do disposto nesta Lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. § 1º. Neste caso poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.”

<sup>10</sup> CTN: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”



No debate que conduziu à edição da controvertida Súmula 375 do STJ<sup>11</sup>, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram rica controvérsia acerca da natureza jurídica da fraude à execução.

De um lado, alinhou-se a corrente tradicional de opinião, sustentando que a fraude à execução continuava a caracterizar-se de forma objetiva (*in re ipsa*), exigindo apenas:

- a) litispendência por ocasião da alienação do bem: demanda ajuizada em face do demandado à época do negócio fraudulento;
- b) alienação essa capaz de reduzir o demandado à insolvência.

Para essa corrente de opinião, não se conhece do elemento subjetivo da boa-fé do terceiro adquirente na fraude à execução, ou seja, dispensa-se a prova acerca de “*consilium fraudis*”, requisito exigível apenas para a caracterização do ilícito civil de fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159). No âmbito da teoria justrabalhista, essa corrente de opinião tem em Manoel Antonio Teixeira Filho um histórico representante.<sup>12</sup>

De outro lado, articulou-se o entendimento de que a fraude à execução somente configurar-se-ia na hipótese de estar caracterizada – ao lado dos demais elementos objetivos mencionados – a má-fé do terceiro adquirente, compreendida na ciência do terceiro adquirente quanto à existência da ação movida em face do executado-alienante; ou seja, o elemento subjetivo (má-fé do terceiro adquirente) teria passado a ser exigível para a caracterização de fraude à execução. Em outras palavras: o elemento subjetivo do “*consilium fraudis*” teria passado a integrar o suporte fático da fraude à execução, conforme indica o enunciado da Súmula 375 do STJ, “*in litteris*”: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente”.

A jurisprudência trabalhista predominante assumiu essa posição sob inspiração da Súmula 375 do STJ, que passou a ser adotada por ocasião do julgamento de embargos de terceiro adquirente do bem.

Enquanto o primeiro entendimento faz resgate efetivo do compromisso da ordem jurídica com o princípio da responsabilidade patrimonial (CPC, art. 591) em detrimento da boa-fé do terceiro adquirente, o segundo entendimento tutela a boa-fé deste, privilegiando o interesse privado em detrimento do princípio da responsabilidade patrimonial.

A concepção de fraude à execução fiscal, todavia, passou praticamente incólume por tal controvérsia<sup>13</sup>. Isso porque a teoria jurídica do Direito Tributário sempre identificou na supremacia do interesse público tutelado pelo direito fiscal o histórico fundamento segundo o qual a fraude à execução fiscal configura-se de forma objetiva (*in re ipsa*)

<sup>11</sup> Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” A Súmula 375 do STJ foi editada em 30.3.2009.

<sup>12</sup> Execução no processo do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 200.

<sup>13</sup> Em 19-11-2010, o STJ uniformiza sua jurisprudência para afirmar ser inaplicável à execução fiscal a S-375-STJ, editada em 30-03-2009. A matéria é desenvolvida no item 6 do presente estudo.

e caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude, não abrindo ensejo à discussão acerca da conduta subjetiva do terceiro adquirente, de modo a impedir a hipótese jurídica de convalidação do negócio fraudulento pela boa-fé do terceiro adquirente. Sequer a possibilidade da respectiva hipótese jurídica é admitida na fraude à execução fiscal; num autêntico resgate da categoria dos deveres patrocinado pela verticalização do princípio de responsabilidade patrimonial, que se alicerça na boa-fé indispensável à construção de uma vida de relação fundada na honestidade dos contratantes.<sup>14</sup>

É da lição clássica de Aliomar Baleeiro que a fraude à execução fiscal não admite prova em contrário precisamente por se caracterizar como ato ilícito cujo vício faz constituir presunção absoluta de fraude contra o interesse tributário. Segundo o autor:

“O CTN, no art. 185, estabelece uma presunção geral, iuris et de iure, isto é, sem possibilidade de prova em contrário, de que é fraudulenta contra o Fisco, a alienação de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo, desde que o crédito tributário contra ele esteja regularmente inscrito (CTN, arts. 201 a 204) e em fase de execução. Mas entender-se-á que esta presunção absoluta está limitada ao caso de o sujeito passivo alienar seus bens ou rendas em tal proporção, que não lhe reste o suficiente par o total pagamento da dívida em execução”<sup>15</sup>.

No mesmo sentido, alinha-se praticamente toda a doutrina do Direito Tributário. Depois de assinalar que o art. 185 do Código Tributário Nacional estabelece presunção de fraude à execução quando ocorre alienação de bem por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, o tributarista Hugo de Brito Machado afirma que “tal presunção é absoluta. Uma presunção de direito contra a qual não cabe nenhuma espécie de prova”<sup>16</sup>. O autor volta a explicitar referido entendimento quando contextualiza o tema do interesse do terceiro adquirente de boa-fé no âmbito da fraude à execução fiscal à luz da atual redação do art. 185 do CTN<sup>17</sup>:

“No âmbito do Direito Privado, a lei protege o terceiro de boa-fé, estabelecendo que são anuláveis os contratos onerosos de devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. O fato de ser devedor de um tributo com crédito tributário inscrito em dívida ativa, todavia, não pode ser considerado indicador de notória insolvência, e mesmo assim o Código Tributário Nacional considera sem validade, em face da presunção de fraude, a alienação ou oneração do bem, sem qualquer consideração para com o terceiro de boa-fé.”

<sup>14</sup> A responsabilidade socioeconômica dos sujeitos funda-se na boa-fé exigida pelo art. 422 do CC de 2002, preceito que irradia saneador efeito ético aos contratos em geral e a toda a vida de relação.

<sup>15</sup> Direito Tributário Brasileiro. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 970. O autor está a comentar o art. 185 do CTN, na redação anterior à Lei Complementar nº 118, de 09.02.2005, quando se exigia estivesse já ajuizado o executivo fiscal para configurar-se a fraude à execução.

<sup>16</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 649.

<sup>17</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 677.





Em sintonia com Aliomar Baleeiro e Hugo de Brito Machado, Zelmo Denari também identifica a presunção absoluta de fraude na fraude à execução fiscal<sup>18</sup> e a irrelevância da conduta subjetiva do terceiro-adquirente para o reconhecimento de ineficácia do negócio fraudulento. A presunção absoluta de fraude, segundo ele, opera de tal modo que não é facultado ao terceiro adquirente produzir prova de sua eventual boa-fé<sup>19</sup>. “In litteris”:

“A presunção acautelatória aqui estabelecida é *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário. Irrelevante, portanto, se de boa ou má-fé o adquirente do bem ou o titular do direito real de garantia. A fraude se presume e a presunção é absoluta.”<sup>20</sup>

Na medida em que a fraude à execução fiscal é interpretada como hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à fraude à execução ao processo do trabalho – quem sabe se conduzido pelas mãos de Karl Engisch<sup>21</sup> – mediante recurso à analogia e com os olhos postos na promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Para tanto, é intuitivo ao operador do processo do trabalho dirigir especial atenção à histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal.

### **3. A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal**

O privilégio do crédito trabalhista tem por fundamento próximo a natureza alimentar dos créditos decorrentes do trabalho<sup>22</sup>, enquanto que o fundamento remoto radica

<sup>18</sup> Enquanto Aliomar Baleeiro escreveu à época da redação anterior do art. 185 do CTN, Zelmo Denari escreve sob a nova redação do art. 185 do CTN, introduzida pela Lei Complementar 118, de 09.02.2005. Contudo, ambos chegam à conclusão idêntica: a fraude à execução fiscal caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude e não admite prova em contrário.

<sup>19</sup> Nesse mesmo sentido orienta-se o entendimento de Mauro Luís Rocha Lopes. Comentando o art. 185 do CTN, o autor observa que a doutrina do Direito Tributário considera absoluta a presunção de fraude, sendo dispensável a prova do “consócio fraudulento” à sua caracterização (Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias. 7 ed. Niterói – RJ: Impetus, 2012. p. 106).

<sup>20</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. Ives Gandra da Silva Martins (coord.). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 496.

<sup>21</sup> “Toda a regra jurídica é susceptível de aplicação analógica – não só a lei em sentido estrito, mas também qualquer espécie de estatuto e ainda a norma de Direito Consuetudinário. As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão-pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro” (Introdução ao pensamento jurídico. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 293).

<sup>22</sup> CF: “Art. 100. ...

§ 1º. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários, e indenizações por morte e invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

na dignidade humana da pessoa do trabalhador cuja prestação laboral transforma-se em riqueza apropriada pelo tomador de serviços inadimplente.

Mesmo na jurisdição fiscal, encarregada de fazer valer o privilégio legal assegurado ao crédito fiscal pelo art. 186 do CTN, o crédito trabalhista tem sido historicamente reconhecido como privilegiado em face deste, em razão da sua qualidade de crédito *necessarium vitae* (STJ. 1ª Turma. REsp nº 442.325. Relator Min. Luiz Fux. DJU 25.11.2002, p. 207).

A ponderação de se tratar de um crédito necessário à subsistência do ser humano que vive do próprio trabalho integra o arcabouço axiológico sob o qual a consciência jurídica tem conformado a estrutura hierárquica normativa em que são classificadas as diversas espécies de créditos ao longo da tradição jurídica brasileira. Com efeito, o predicado de crédito *necessarium vitae* tem sido, na verdade, o principal fundamento material da opção da consciência jurídica nacional de privilegiar o crédito trabalhista na concorrência com os demais créditos previstos no sistema legal brasileiro, ratificando nessa histórica opção da teoria jurídica brasileira a primazia da dignidade da pessoa humana enquanto valor superior que viria a ser eleito pela Constituição como fundamento da República<sup>23</sup>.

Nada obstante o reconhecimento doutrinário de que a relevância do crédito tributário funda-se na supremacia do interesse público que lhe é imanente<sup>24</sup>, ainda assim a consciência jurídica nacional tem posicionado – trata-se de tradição histórica - o crédito trabalhista num patamar superior àquele conferido ao crédito fiscal, sugerindo concretamente possa a supremacia do interesse público vir a ser superada em determinada situação especial, na qual a ordem jurídica identifique interesse ainda mais relevante a tutelar – no caso do privilégio do crédito trabalhista, o interesse fundamental social a tutelar é satisfação prioritária dos créditos decorrentes da prestação do trabalho humano. Desse interesse fundamental social deriva a formulação conceitual que conduziria a teoria jurídica a formular a expressão *superprivilégio* para bem significar a primazia conferida pelo sistema jurídico nacional ao crédito trabalhista.

Essa tradição histórica de a ordem jurídica nacional conferir primazia ao crédito trabalhista sofreu revés significativo com o advento da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial. Entre outros preceitos representativos dessa nova orientação, o art. 83, I, da Lei nº 11.101/2005 limitou o privilégio do crédito trabalhista ao valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos na falência, classificando como *quirografário* o crédito trabalhista excedente desse montante. A possibilidade de limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado montante foi reservada ao legislador ordinário pela Lei Complementar nº 118, também de 09-02-2005, que introduziu parágrafo único no art. 186 do CTN para conferir a prerrogativa que o legislador comum exerceria nessa mesma data mediante a edição da Lei nº 11.101/2005.

<sup>23</sup> CF: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III – a dignidade da pessoa humana”.

<sup>24</sup> Cf. Hugo de Brito Machado. Comentários ao Código Tributário Nacional. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 660.



Na legislação anterior, não havia limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado valor (Decreto-Lei nº 7.661/45). A alteração em questão foi recebida com reservas por expressiva parte da doutrina, tendo Francisco Antonio de Oliveira registrado ser essa restrição imposta ao privilégio do crédito trabalhista pela nova Lei de Falências desejo de setores empresariais e do próprio governo sob a alegação infundada de excesso de vantagens trabalhistas.<sup>25</sup> Depois de identificar afronta da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função social, Mauricio Godinho Delgado<sup>26</sup> assevera com sua reconhecida autoridade teórica:

“A Lei n. 11.101, de 2005, ignorando a filosofia e a determinação constitucionais, confere enfática prevalência aos interesses essencialmente econômicos, em detrimento dos interesses sociais. Arrogantemente, tenta inverter a ordem jurídica do País. [...] A nova Lei de Falências, entretanto, com vigência a partir de 9.6.05, abrangendo, essencialmente, processos novos (art. 201, combinado com art. 192, Lei n. 11.101/05), manifesta direção normativa claramente anti-tética à tradicional do Direito brasileiro, no que tange à hierarquia de direitos e créditos cotejados no concurso falimentar.”

Em sentido contrário, André de Melo Ribeiro posiciona-se a favor da orientação adotada pela Lei nº 11.101/2005, destacando que a Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho autoriza a lei nacional a limitar o privilégio do crédito trabalhista a determinado valor. A nova Lei de Falências e Recuperação Judicial “[...] consolida no ordenamento jurídico brasileiro – no entender do autor<sup>27</sup> – a orientação axiológica pela manutenção e recuperação das unidades produtivas viáveis, enquanto núcleo de um feixe de interesses sociais.” Essa orientação o autor reputa amparada nos valores eleitos pelo legislador constitucional relacionados à valorização do trabalho e da livre iniciativa, bem como na função social da propriedade e na busca do pleno emprego. Para o jurista, o legislador definiu a recuperação da atividade econômica como o objetivo precípua:

“Tal objetivo busca preservar a empresa – enquanto atividade econômica – por reconhecê-la como núcleo de um feixe de interesses sociais, mais amplo do que aquele composto pelos interesses patrimoniais individuais dos credores (resguardado o limite do crédito privilegiado dos credores trabalhistas), da Fazenda ou do empresário.”

Na fundada crítica do tributarista João Damasceno Borges de Miranda à nova diretriz adotada pela Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005), de pri-

<sup>25</sup> Execução na Justiça do Trabalho. 6 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 257.

<sup>26</sup> Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011. pp. 793-5; sem itálico no original.

<sup>27</sup> “O novo eixo axiológico de interpretação do fenômeno da empresa e a modulação necessária entre o direito do trabalho e o direito concursal após a Lei n. 11.101/2005”. In *Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Rúbia Zanotelli de Alvarenga (org.). São Paulo: LTr, 2015. p. 166.

vilegiar, na falência, os créditos dotados de garantia real em detrimento do crédito fiscal, o autor conclui que “jamais se poderia deferir privilégio aos credores financeiros com garantia real, pois os mesmos estão alocados no ramo do Direito Privado e devem ser tratados com as regras próprias”. A consistência da fundamentação adotada pelo autor para chegar à referida conclusão justifica – note-se que se trata de jurista do campo do direito tributário – a reprodução do argumento cuja extração sistemática implícita é revelada pela ponderação do privilégio do crédito trabalhista<sup>28</sup>:

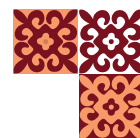
“Pacífico o entendimento quanto à prevalência do crédito trabalhista por se tratar de crédito social com natureza alimentar e ser, reconhecidamente, a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem. D’outra banda, o crédito tributário diz respeito ao interesse público e coletivo, de interesse geral da sociedade, e, sendo assim, conforme a previsão principiológica constitucional, este tem prevalência sobre os interesses privados.”

O argumento do jurista faz evocar o acórdão do STJ anteriormente referido, porquanto à natureza alimentar do crédito trabalhista destacada por João Damasceno Borges de Miranda corresponde a identificação pretoriana – estamos a examinar jurisprudência cível – do crédito trabalhista na qualidade de crédito *necessarium vitae* (STJ. 1ª Turma. Recurso Especial nº 442.325. Relator Min. Luiz Fux. DJU 25.11.2002, p. 207). Além disso, o argumento do tributarista tem o mérito de colocar em destaque relevante componente hermenêutico de feição socioeconômica, ao sublinhar a circunstância de que o crédito trabalhista é consequência da exploração econômica do trabalho humano e do inadimplemento da devida contraprestação ao trabalhador – a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem, na feliz síntese do tributarista.

Com efeito, o crédito trabalhista tem natureza jusfundamental (CF, art. 7º) e constitui-se como expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de *mais-valia*. É o fato objetivo de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilégio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho. É nesse ambiente axiológico que se contextualiza o desafio hermenêutico de compatibilizar os arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN sob a condução do postulado da unidade do sistema jurídico.

#### **4. Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei nº 6.830/80 e 186 do CTN**

<sup>28</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1319.



A hermenêutica jurídica é a ciência da interpretação das leis. Para cumprir o objetivo de definir o alcance dos preceitos legais, estuda os diversos métodos de interpretação da lei e as respectivas interações. O método sistemático disputa – a observação é de Luís Roberto Barroso - com o teleológico a primazia no processo interpretativo.<sup>29</sup> Se o método teleológico de interpretação orienta-se à finalidade da norma jurídica interpretada, o método sistemático de interpretação funda-se na ideia de que o ordenamento jurídico constitui um “sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente”.<sup>30</sup>

Conformando uma estrutura orgânica que pressupõe ordem e unidade, esse organismo jurídico unitário relaciona suas partes ao todo, de tal modo que o dispositivo legal interpretado o seja em harmonia com o contexto normativo no qual está compreendido. O postulado da unidade do ordenamento normativo enquanto sistema é conformado pela lógica da não contradição: as partes são interpretadas em harmonia com o seu conjunto, superando-se eventuais contradições por uma interpretação preordenada a reconduzir o dispositivo interpretado à unidade do sistema e de sua autopoietica coerência interna.

O fato de o art. 29 da Lei de Executivos Fiscais estabelecer que o crédito fiscal não está sujeito a concurso de credores e não se submete à habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento<sup>31</sup> acabou dando ensejo a interpretações no sentido de que, nada obstante o privilégio assegurado ao crédito trabalhista sobre o crédito fiscal no art. 186 do CTN, o crédito tributário poderia ser satisfeito no juízo fiscal de forma definitiva, inclusive sem observância ao pagamento prioritário devido ao crédito trabalhista em decorrência do privilégio legal previsto na precitada regra do Código Tributário Nacional.

Humberto Theodoro Júnior relata, no particular, que, diante dos termos exageradamente amplos do art. 29 da Lei nº 6.830/80, entendeu Ricardo Mariz de Oliveira<sup>32</sup> que até as garantias legais de preferência dos créditos trabalhistas teriam sido preteridas pelo preceito da Lei de Executivos Fiscais, com o abandono da sistemática do próprio Código Tributário Nacional (art. 186). Contudo, o processualista mineiro desnuda o equívoco da interpretação postulada por Ricardo Mariz de Oliveira, ao esclarecer que o art. 29 da Lei de Execução Fiscal quis apenas excluir a Fazenda Pública da participação nos juízos universais como o da falência e o do concurso civil de credores. Entretanto, não entrou em linha de cogitação alterar privilégios instituídos pelas leis de direito material em vigor. Isso porque – pondera Humberto Theodoro Júnior – não seria razoável que, em questão de direito material como essa, pudesse ocorrer revogação de uma lei complementar, como é o Código Tributário Nacional, por uma simples lei ordinária<sup>33</sup>, como é a Lei nº 6.830/80.

A interpretação postulada por Ricardo Mariz de Oliveira somente pode ser compreendida como fruto de uma concepção não sistemática do ordenamento jurídico, interpretação que incorre no equívoco de tomar isoladamente o preceito do art. 29 da LEF

<sup>29</sup> Interpretação e aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

<sup>30</sup> Idem, ibidem.

<sup>31</sup> A previsão do art. 187 do CTN é semelhante à previsão do art. 29 da Lei nº 6.830/80.

<sup>32</sup> “Dívida Ativa da Fazenda Pública”. RT Informa, 261:5.

<sup>33</sup> Lei de execução fiscal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179.

quando deveria considerá-lo – o método sistemático de interpretação visa a preservar a unidade do ordenamento normativo – no contexto dos demais diplomas legais correlatos, especialmente o Código Tributário Nacional, sob pena de perder de vista o fato de que esse “[...] diploma legal predica a prevalência dos créditos trabalhistas sobre os créditos fiscais”, conforme preleciona João Damasceno Borges de Miranda diante da correlata antinomia também sugerida pela primeira leitura do art. 187 do CTN<sup>34</sup>.

A interpretação de uma norma isolada do contexto no qual está compreendida pode conduzir o intérprete a equívoco, como geralmente acontece quando se despreza o elemento contextual na interpretação da lei. Isso ocorre porque “[...] a interpretação de uma norma – a observação é do tributarista Hugo de Brito Machado<sup>35</sup> – não deve ser feita fora do contexto em que se encarta, mas tendo-se em consideração outras normas com as quais se deve harmonizar”. Por vezes identificada como a mais racional e científica, à interpretação sistemática importa a coerência interna do ordenamento jurídico, conforme revela a didática lição de Luís Roberto Barroso<sup>36</sup> sobre a interpretação da Constituição: “Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta”.

A precisão da interpretação sistemática sustentada por Humberto Theodoro Júnior acerca do art. 29 da Lei de Executivos Fiscais pode ser aferida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na doutrina, essa aferição é obtida nos comentários de Anderson Soares Madeira acerca da relação de coordenação com que o art. 186 do CTN conforma a interpretação do art. 29 da Lei nº 6.830/80. Ao comentar a interpretação dada ao art. 29 da Lei nº 6.830/80 pelos tribunais, o autor observa que a “jurisprudência se quedou a entender que não poderia o fisco se sobrepor à preferência dos credores protegidos pela legislação trabalhista”.

A acertada observação de Anderson Soares Madeira decorre da supremacia da legislação complementar sobre a legislação ordinária. O autor contextualiza o dispositivo do art. 29 da LEF no âmbito do sistema dos executivos fiscais, identificando na supremacia do Código Tributário Nacional o consagrado critério hermenêutico que orienta a subordinar a lei ordinária (Lei nº 6.830/80 - LEF, art. 29) à lei complementar (Lei nº 5.174/66 - CTN, art. 186). Na harmonização dos preceitos legais em cotejo, a interpretação sistemática conduz o autor à consideração de que, “[...] sendo a Lei de Execução Fiscal lei ordinária, esta não poderia se sobrepor à lei complementar, como assim foi recepcionado pela Constituição Federal, o CTN, que em seu art. 186 prevê a ressalva de preferência da legislação do trabalho”<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1315.

<sup>35</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 676.

<sup>36</sup> Interpretação e aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141-2. O autor informa que devemos a Pietro Merola Chierchia o mais amplo estudo sobre interpretação sistemática do direito constitucional, destacando que o jurista italiano atribui à interpretação sistemática uma posição de “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (L'interpretazione sistemática della Costituzione, Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e s.).

<sup>37</sup> Lei de Execuções Fiscais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 214.



Na jurisprudência, o acerto da interpretação sistemática com a qual Humberto Theodoro Júnior harmoniza os arts. 29 da LEF e 186 do CTN pode ser apurado no julgamento do Recurso Especial nº 188.148-RS realizado pela Corte Especial do STJ. A síntese do julgamento da Corte Especial do STJ é a de que os créditos fiscais não estão sujeitos à habilitação, mas se submetem à classificação, para disputa de preferência com os créditos trabalhistas. Eis a ementa do acórdão:

“PROCESSUAL – EXECUÇÃO FISCAL – MASSA FALIDA – BENS PENHORADOS – DINHEIRO OBTIDO COM A ARREMATAÇÃO – ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL – CREDORES PRIVILEGIADOS. I - A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até à alienação dos bens penhorados. II – Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL 7.661/45, art. 126). III – Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa.” (STJ. Corte Especial. Recurso Especial nº 188.148-RS. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 27.05.2002, p. 121 – sem grifo no original).

As considerações da tributarista Valéria Gutjahr sobre precitado acórdão da Corte Especial do STJ revelam-se didáticas à compreensão da matéria. Tais considerações estão situadas nos comentários da autora aos arts. 186 e 187 do CTN. Observa a jurista que, na falência, o produto arrecadado com a alienação de bens deve ser entregue ao juízo falimentar, para que este faça a posterior distribuição dos respectivos valores conforme a classificação dos créditos em disputa.

Nesse julgamento da Corte Especial do STJ – prossegue Valéria Gutjahr – consolidou-se o entendimento que reconhece a independência da processualística do executivo fiscal. Contudo, essa independência procedimental da Lei de Executivos Fiscais não assegura a imediata satisfação do crédito tributário quando houver credores preferenciais – e esse é o caso dos credores trabalhistas, por força do art. 186 do CTN. Vale dizer, observam-se as normas procedimentais da Lei de Executivos Fiscais, o que significa excluir o crédito fiscal de habilitação; mas à distribuição do valor apurado aplicam-se as normas de direito material (CC, arts. 957, 958 e 961) que classificam os créditos em disputa e observam-se os respectivos privilégios legais (CTN, art. 186) ao estabelecer a ordem de prioridade a ser observada no pagamento dos credores concorrentes. Preleciona a jurista<sup>38</sup>:

“Em outras palavras, trata-se do reconhecimento do princípio de que a lei especial (Lei de Execuções Fiscais) sobrepõe-se à geral (Lei de Falências) na aplicação do procedimento por aquela instituído, passando-se, após, à observância das normas gerais aplicáveis ao processo falimentar e obedecendo-se, inclusive, o disposto no próprio Código Tributário Nacional (art. 186 e seu Parágrafo único).”

<sup>38</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005. p. 1337.

É de ver que a solução preconizada para a hipótese de falência do devedor também se aplica quando a disputa entre crédito fiscal e crédito trabalhista ocorre perante devedor solvente. “Haverá, então, um concurso de penhoras de natureza particular (e não um concurso universal) entre a Fazenda e o credor trabalhista, devendo aquela – na lição de Humberto Theodoro Júnior – respeitar a preferência legal deste no pagamento que se realizar com o produto do bem penhorado por ambos”<sup>39</sup>. Também aqui o comando do art. 186 do CTN protagoniza a interpretação sistemática do ordenamento jurídico em aplicação.

Nesse particular, cumpre observar que, ao protagonismo do comando do art. 186 do CTN na regência jurídica da classificação dos créditos, a interpretação sistemática do ordenamento normativo revela confluírem tanto o art. 30 da Lei de Executivos Fiscais quanto o art. 711 do Código de Processo Civil, preceitos que reconduzem o intérprete à diretriz superior de se fazer respeitar, na disputa entre credores, a primazia assegurada aos créditos dotados de privilégio legal pelo direito material (CC, arts. 957, 958 e 961).

Enquanto o art. 30 da LEF afirma que o devedor responde pelo pagamento da Dívida Ativa com a totalidade de seus bens, ressalvando contudo que a responsabilidade do devedor é apurada “sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei” (Lei nº 6.830/80, art. 30, parte final), colmatando a lacuna do art. 29 da LEF que teria induzido Ricardo Mariz de Oliveira ao equívoco apontado por Humberto Theodoro Júnior<sup>40</sup>, o art. 711 do CPC colmata a lacuna dos arts. 612 e 613 do CPC para esclarecer que o critério cronológico da anterioridade da penhora somente define a ordem de pagamento aos credores se não houver, entre eles, credores detentores de crédito dotado de privilégio legal: “Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora” (CPC, art. 711 – sem destaque no original).

Se à compatibilização dos arts. 29 da LEF e 186 do CTN o método sistemático de interpretação faz prevalecer o postulado da unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua coerência interna sob a condução dirigente do comando superior do art. 186 do CTN, o desafio subsequente que a presente pesquisa propõe é responder se à execução trabalhista aplicam-se apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 ou se há um sistema legal de executivos fiscais a aplicar à execução trabalhista por força da previsão do art. 889 da CLT.

## **5. A aplicação do sistema legal dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT**

À primeira vista, pode parecer que a incidência subsidiária prevista no art. 889 da CLT estaria limitada a aplicarem-se à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de

<sup>39</sup> Lei de execução fiscal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.

<sup>40</sup> Ver notas de rodapé nº 32 e 33.





Executivos Fiscais. A interpretação literal do art. 889 da CLT poderia conduzir a essa estrita compreensão do preceito. Entretanto, mais do que aplicar à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de Executivos Fiscais, a necessidade de potencializar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV) tem fomentado interpretação extensiva do comando do art. 889 da CLT, na perspectiva de se compreender que todo o sistema dos executivos fiscais seria aplicável à execução trabalhista<sup>41</sup>.

Se pode ser controvertida a proposta de conferir interpretação extensiva ao art. 889 da CLT, parece razoável considerar que da teoria jurídica recolhe-se o reconhecimento implícito de que os executivos fiscais constituem um sistema. Se a própria natureza sistêmica ínsita ao ordenamento jurídico em geral é indicativo teórico de que também os executivos fiscais em particular podem ser compreendidos enquanto sistema, uma percepção ainda mais clara de que se estaria a tratar de um sistema de execução fiscal pode ser haurida da relação de coordenação e complementaridade existente entre os diplomas legais incidentes na matéria, como ressalta Humberto Theodoro Júnior nas sucessivas edições da obra Lei de execução fiscal.

Já na introdução a essa obra, o jurista mineiro adota a precaução científica de sublinhar o fato de que seus comentários à Lei nº 6.830/80 não poderiam ser desenvolvidos sem o necessário recurso aos preceitos do Código Tributário Nacional correlatos à execução fiscal, deixando implícita a consideração de que os executivos fiscais, por conformarem-se à interpretação imposta pelo CTN, constituiriam um verdadeiro sistema. Essa implícita consideração parece decorrer da mencionada advertência com a qual o autor inaugura seus comentários<sup>42</sup>:

“Também, os dispositivos do Código Tributário Nacional serão colocados em confronto com o texto da nova Lei, sempre que se fizer aconselhável para a melhor interpretação das regras que comandam o processo da execução judicial da Dívida Ativa.”

O fato de a Exposição de Motivos nº 223 da Lei nº 6.830/80 fazer remissão ao Código Tributário Nacional diversas vezes também sugere a relação de coordenação e de complementaridade com qual o CTN conforma a Lei de Executivos Fiscais, a indicar a conformação de um verdadeiro sistema de executivos fiscais, complementado pela aplicação subsidiária do CPC (Lei nº 6.830/80, art. 1º), sistema esse que encontra na sua compatibilidade com a Constituição Federal o fundamento de sua validade na ordem jurídica nacional.

---

<sup>41</sup> Sem prejuízo da aplicação subsidiária do CPC quando mais apta a fazer realizar a efetividade da execução prometida tanto na legislação ordinária (CLT, art. 765) quanto na legislação constitucional (CF, art. 5º, XXXV). Essa assertiva não é inovadora. A jurisprudência já atua no sentido de sobrepor algumas regras processuais comuns às trabalhistas sempre que aquelas se mostrarem mais efetivas, no escopo de fazer justiça, à moda do Tribunal Constitucional da Espanha, que enunciou o dever dos juízes de promover e colaborar ativamente para a realização da efetividade da tutela jurisdicional. Esse dever, segundo a corte espanhola, é um dever jurídico-constitucional, uma vez que os juízes e tribunais têm a “obrigação de proteção eficaz do direito fundamental” (Francisco Chamorro Bernal. *La Tutela Judicial Efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 329).

<sup>42</sup> Lei de execução fiscal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3; sem grifo no original.

No âmbito da teoria jurídica do processo do trabalho, a doutrina Luciano Athayde Chaves também parece sugerir a existência desse sistema de execução fiscal, na medida em que o processualista sustenta, com fundamento na interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional ao processo do trabalho, a aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista<sup>43</sup>. Em outras palavras, ao sustentar a aplicação subsidiária de providência legal não prevista na Lei nº 6.830/90 – a respectiva previsão legal consta do Código Tributário Nacional<sup>44</sup> – à execução trabalhista com suporte jurídico no art. 186 do CTN, o jurista parece estar a reconhecer implicitamente a existência desse sistema de executivos fiscais, cuja incidência subsidiária ao processo do trabalho alicerça-se no solo hermenêutico em que se conformará então a necessidade de conferir interpretação extensiva à norma do art. 889 da CLT, na perspectiva da promoção da efetividade da jurisdição trabalhista (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765).

A jurisprudência trabalhista tem reconhecido a juridicidade da aplicação da indisponibilidade de bens capitulada no art. 185-A do CTN ao processo do trabalho, autorizando o entendimento de que, mais do que apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80, também preceitos do CTN correlatos à execução fiscal aplicam-se à execução trabalhista, o que parece corroborar a ideia de que há mesmo um sistema de executivos fiscais e que é todo esse sistema que ingressa no âmbito da execução trabalhista pelas portas abertas pelo permissivo do art. 889 da CLT. A seguinte ementa é ilustrativa dessa perspectiva de interpretação extensiva:

“CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE PROSEGUIMENTO REGULAR DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 185-A DO CTN. A ausência de bens em nome do executado constitui justamente o pressuposto para a determinação de indisponibilidade de bens, nos termos do disposto no caput do novel art. 185-A do Código Tributário Nacional. Trata-se, enfim, de medida a ser tomada na hipótese de impossibilidade de prosseguimento regular da execução, servindo como garantia de que bens futuros possam ser objeto de apreensão judicial. Isto é o que, aliás, está preceituado, há muito tempo, no art. 591 do CPC, que registra que ‘o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.’ O art. 646 do mesmo Diploma de Lei respalda este entendimento, na medida em que fixa que ‘a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).’ Veja-se, com isto, que, mais que se discutir sobre a perspectiva da moralidade – dar efetividade à jurisdição conferida à parte – tem-se uma questão de interpretação literal do texto de lei, não sendo demais praticar atos expropriatórios contra quem se nega, mesmo que seja forçado, a

<sup>43</sup> “Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista”. Curso de processo do trabalho. Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009. p. 968.

<sup>44</sup> Atualmente, a medida legal de indisponibilidade de bens pode ser ordenada pelo magistrado mediante comando eletrônico por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, providência que representa considerável aporte à efetividade da execução, na medida em que atinge bens imóveis registrados em nome do executado em todo o território nacional. O comando de indisponibilidade é realizado mediante informação do CNPJ/CPF do executado. Para mais informações, consultar o Provimento CNJ nº 39/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) e o site <http://www.indisponibilidade.org.br>.



cumprir o que lhe foi determinado por sentença. A expropriação não se traduz em ato brutal contra o devedor e, muito menos, a decretação de indisponibilidade dos seus bens futuros, já que, quanto a estes, não há, nem mesmo, a suposição de que são essenciais à sobrevivência, não fazendo parte do que é esperado pelo devedor, diariamente. Cumpre ressaltar que o Direito Processual Moderno – especialmente, o do Trabalho – admite este tipo de procedimento. O juiz tem de buscar os bens do devedor e a efetividade da justiça, que deve ser buscada.” (AP-00264-1995-038-03-00-0, Rel. Milton Vasques Thibau de Almeida, 26.7.2006).

Parece razoável concluir, portanto, que os executivos fiscais constituem propriamente um sistema<sup>45</sup>, conformado pela Lei de Executivos Fiscais (Lei nº 6.830/80), pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), pelo CPC de aplicação subsidiária à LEF (Lei nº 6.830/80, art. 1º) e pela Constituição Federal, essa última a conferir validade a todo o sistema de executivos fiscais.

Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um sistema, é razoável concluir então que esse sistema – e não apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 – se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva<sup>46</sup>. Essa conclusão acaba por colocar a relevante questão de saber se, na omissão da Consolidação das Leis do Trabalho sobre a matéria de fraude à execução (CLT, arts. 769 e 889), aplicar-se-ia ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN<sup>47</sup>.

## **6. A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula 375: fraude à execução fiscal x fraude à execução civil. A questão da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista**

Em 30-03-2009, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375, fixando importante diretriz acerca do instituto da fraude à execução, com o seguinte enunciado: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.”

<sup>45</sup> Francisco Antonio de Oliveira sugere essa ideia de sistema quando, ao afirmar que a indisponibilidade de bens prevista no § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 não exclui os respectivos bens da execução trabalhista, sustenta que esse preceito da Lei de Custeio da Previdência Social deve ser interpretado “[...] em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT)”. (Cf. Execução na Justiça do Trabalho, 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196 – sem grifo no original).

<sup>46</sup> De acordo com o ensinamento de Luís Roberto Barroso, a interpretação extensiva tem cabimento diante de situação em que o legislador disse menos, quando queria dizer mais. Nesse caso, a correção da imprecisão linguística do dispositivo legal ocorre então mediante a adoção de “[...] uma interpretação extensiva, com o alargamento do sentido da lei, pois este ultrapassa a expressão literal da norma (Lex minus scripsit quam voluit).” (Cf. Interpretação e aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125)

<sup>47</sup> Observadas as adaptações necessárias. Entre elas, a distinta definição do marco temporal a partir do qual se configura a fraude à execução trabalhista. O que é objeto do item 8 do presente estudo.

A diretriz da Súmula 375 do STJ é controvertida, na medida em que tutela a posição jurídica do terceiro de boa-fé à custa da posição jurídica do credor-exequente, estimulando – involuntariamente, é certo – indireta desconstituição do princípio da responsabilidade patrimonial do executado (CPC, art. 591). Com isso, estimula o executado à prática da fraude patrimonial, em conduta de autotutela. Conforme foi observado por Manoel Antonio Teixeira Filho em análise crítica à Súmula 375 do STJ, “a orientação jurisprudencial cristalizada nessa Súmula estimula as velhacadas do devedor ao tornar mais difícil a configuração do ilícito processual da fraude à execução”<sup>48</sup>.

Deveras, consoante já foi ponderado alhures, ao executado, em face dos termos da S-375-STJ, certamente ocorrerá alienar seus bens antes do registro da penhora. Fará isso intuitivamente para não perder seus bens; alienará seus bens e desviará o dinheiro apurado. Como o terceiro adquirente terá êxito nos embargos de terceiro em face da aplicação da diretriz da Súmula 375 do STJ, o executado safar-se-á ileso, sem ter que assumir perante o terceiro adquirente a responsabilidade regressiva que decorreria da declaração de ineficácia jurídica da alienação realizada em prejuízo ao credor. A experiência ordinária fartamente revela essa conduta de autotutela dos executados em geral e não apenas dos devedores contumazes, uma vez que desviar imóveis e veículos é muito mais difícil do que desviar o dinheiro apurado com a alienação particular dos bens<sup>49</sup>. Não há exagero quando Manoel Antonio Teixeira Filho perscruta na S-375-STJ estímulo à desonestidade do devedor.

Até o advento do Recurso Especial nº 1.141.990-PR, julgado pela 1ª Seção, tendo como Relator o Min. Luiz Fux, DJe 19-11-2010, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oscilava na aplicação da Súmula 375 do STJ à execução fiscal.

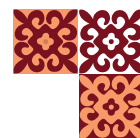
No julgamento do referido recurso, realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia (CPC, art. 543-C)<sup>50</sup>, o Superior Tribunal de Justiça definiu a sua jurisprudência acerca da aplicabilidade da Súmula 375 do STJ na hipótese de fraude à execução, estabelecendo posicionamento distinto conforme a modalidade de fraude à execução caracterizada no caso concreto, a partir de distinção estabelecida entre fraude à execução fiscal e fraude à execução civil, nos seguintes termos:

- a) inaplicabilidade da Súmula 375 do STJ à execução fiscal;
- b) aplicabilidade da Súmula 375 do STJ à execução civil.

<sup>48</sup> Execução no processo do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 19. O autor sustenta a incompatibilidade da S-375-STJ com o processo do trabalho, ponderando ser da tradição jurídica considerar-se que a fraude à execução caracteriza-se pelos fatos objetivos da alienação do bem e da consequente insolvência do devedor, com presunção de má-fé do devedor. Na sequência, argumenta que o art. 593 do CPC não exige o registro da penhora ou má-fé do terceiro adquirente para a configuração de fraude à execução; e recusa se transferir ao credor o ônus da prova quanto à existência de má-fé do terceiro adquirente, por ser ônus probatório de difícil atendimento.

<sup>49</sup> Ricardo Fioreze e Ben-Hur Silveira Claus. “Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício”. In *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 366. Jun/2014, p. 8, nota 37.

<sup>50</sup> STJ-REsp nº 1.141.990-PR, 1ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, DJe 19-11-2010.



No item 5 da ementa do acórdão proferido no julgamento do referido REsp nº 1.141.990-PR, revelou-se a distinção de tratamento conferido à fraude à execução fiscal, na comparação com a fraude à execução civil, na diferença de qualidade do interesse jurídico tutelado em cada uma das modalidades de fraude:

“5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento de tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.”

A distinção estabelecida pelo STJ partiu da premissa de que na fraude à execução fiscal há afronta a interesse público, que justifica sujeitá-la ao regime jurídico especial do art. 185 do CTN<sup>51</sup>, sendo irrelevante, então, a boa-fé do terceiro adquirente. Daí a conclusão de ser inaplicável a S-375-STJ à execução fiscal. Nesse caso, subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão rejeitados, prosseguindo-se a execução fiscal com o leilão do bem e o pagamento do credor tributário.

Já no caso de fraude à execução civil, em que a execução se sujeita ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, o STJ considerou existente afronta a interesse privado, fundamento pelo qual concluiu não haver presunção absoluta de fraude, situação em que a boa-fé do terceiro adquirente descaracteriza o ilícito. Daí a conclusão de ser aplicável a S-375-STJ à execução civil. Nesse caso, não subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão acolhidos, com livramento do bem constrito.

Pode-se argumentar que a parte final S-375-STJ abre à possibilidade de que a penhora venha a subsistir e de que os embargos de terceiros venham a ser rejeitados caso o credor prejudicado logre comprovar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da demanda quando da aquisição do bem do executado.<sup>52</sup> De fato, a parte final da súmula – “[...] ou da prova da má-fé do terceiro adquirente” – opera como uma espécie de válvula de escape à restrição que a S-375-STJ impõe à esfera jurídica do credor-exequente civil. Entretanto, o ônus da prova ali atribuído ao credor-exequente é de tão difícil atendimento que, se não evoca a figura da chamada prova diabólica, remete o intérprete a perguntar-se sobre a razoabilidade da atribuição desse ônus de prova ao credor em sistema processual que reputa nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (CPC, art. 333, parágrafo único, II).

Daí a importância – no combate à fraude de execução – do resgate do instituto da hipoteca judiciária, mediante subsidiária aplicação de ofício dessa medida legal pelo juiz

<sup>51</sup> No item 1 da ementa, o STJ começa por afirmar que a lei especial prevalece sobre a lei geral, numa referência à prevalência do regime jurídico especial do art. 185 do CTN sobre regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, no que respeita à regência jurídica da fraude à execução.

<sup>52</sup> Na inteligência S-375-STJ, reputa-se verificada a má-fé do terceiro adquirente quando comprovado que esse tinha ciência da existência da demanda contra o executado à época da aquisição do bem.

do trabalho na sentença<sup>53</sup>, orientação assumida por Manoel Antonio Teixeira Filho na 11ª edição de sua obra clássica *Execução no processo do trabalho*, a primeira edição posterior ao advento da Súmula 375 do STJ<sup>54</sup>. Conforme interpretação extensiva do instituto, a hipoteca judiciária poderá recair inclusive sobre bens móveis<sup>55</sup>. Também de ofício, o magistrado poderá se utilizar de outras duas medidas legais correlatas que ingressam subsidiariamente no processo do trabalho pelas portas que lhes abrem os arts. 769 e 889 da CLT:

- a) fazer registrar averbação premonitória da existência de ação trabalhista contra o demandado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CPC, art. 615-A)<sup>56</sup>;
- b) fazer registrar ordem de indisponibilidade de bens do executado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CTN, art. 185-A)<sup>57</sup>.

A orientação adotada no julgamento realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia no REsp nº 1.141.990-PR uniformizou a jurisprudência do STJ na matéria, conforme exemplificam os julgamentos posteriores realizados nos seguintes processos: AgRg no REsp nº 241.691-PE, Relator Min. Humberto Martins, 2ª Turma, publicado em 04-12-2012; REsp nº 1.347.022-PE, Relator Min. Castro Meira, 2ª Turma, publicado em 10-04-2013; AgRg no REsp nº 289.499-DF, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, publicado em 24-04-2013; AgRg no REsp nº 212.974-AL, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, publicado em 29-11-2013. Essa orientação consolidou-se em definitivo, na medida em que o Supremo Tribunal Federal nega seguimento ao respectivo recurso extraordinário: o exame da matéria de fraude à execução implicaria análise de legislação infraconstitucional (CPC e CTN)<sup>58</sup>, não se configurando nessa matéria a contrariedade à Constituição que o art. 102, III, a, da CF estabelece como pressuposto ao conhecimento de recurso extraordinário (STF - AI nº 712245-RS, Relatora Min. Ellen Gracie, publicado em 27-03-2010; STF - ARE nº 793809-PE, Relator Min. Roberto Barroso, publicado em 05-09-2014).

<sup>53</sup> Ben-Hur Silveira Claus. “Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula 375 do STJ – Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária”. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, nº 41, 2013, Porto Alegre: HS Editora, p. 45-60.

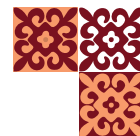
<sup>54</sup> *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201/2: “Considerando que o nosso entendimento quanto à inaplicabilidade da Súmula n. 375, do STJ, ao processo do trabalho possa não vir a ser aceito, seria o caso de valorizar-se a hipoteca judiciária de que o trata o art. 466, do CPC”.

<sup>55</sup> Aline Veiga Borges e Ben-Hur Silveira Claus. “Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil – A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico”. In *Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, nº 059/2014, p. 267-72.

<sup>56</sup> Ricardo Fioreze e Ben-Hur Silveira Claus. “Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício”. In *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 366. Jun/2014, pp. 7-29.

<sup>57</sup> Ben-Hur Silveira Claus. “A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista – Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura”. In *Revista do TRT da 8ª Região*, nº 92, 2014, p. 111-18.

<sup>58</sup> Cf. Júlio César Beber. *Recursos no processo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 344.



Analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade da S-375 e a distinção estabelecida entre fraude à execução fiscal e fraude à execução civil, cumpre saber se é aplicável ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN.

É positiva nossa resposta, tendo por fundamento a aplicação analógica<sup>59</sup> da orientação jurisprudencial adotada no precitado acórdão STJ-REsp nº 1.141.990-PR. Concorre, ainda, para tal aplicação analógica a inflexão da interpretação sistemática do art. 186 do CTN que se impõe ao intérprete nesse tema, submetido que está ao cânone hermenêutico da lógica da não contradição com o qual o método sistemático de interpretação – à delicadeza de sua “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (Pietro Merola Chiercia)<sup>60</sup> – se impõe à racionalidade jurídica.

A recusa a essa conclusão significaria dar ao crédito tributário tutela jurídica superior àquela assegurada ao crédito trabalhista. Com efeito, recusar essa conclusão importaria indireta – mas inequívoca – preterição do crédito trabalhista pelo crédito tributário, em contradição lógico-sistemática à previsão do art. 186 do Código Tributário Nacional, preceito de direito material cujo comando acabaria por ser obliquamente violado. A preterição do crédito trabalhista pelo crédito tributário expressar-se-ia no grau inferior de tutela jurídica que então seria atribuído ao crédito trabalhista por força de seu enquadramento no regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC, regime jurídico no qual a jurisprudência do STJ exclui a presunção absoluta de fraude, submetendo o credor civil à restritiva diretriz da Súmula 375 do STJ.

A questão faz lembrar a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira acerca de dois problemas jurídicos correlatos cuja solução o jurista constrói pela sistemática administração do mesmo preceito legal. O primeiro problema jurídico é saber se lícito ao credor hipotecário obter a adjudicação de bem quando concorre com credor trabalhista. Na solução desse problema jurídico, é o art. 186 do CTN que o jurista invoca para fundamentar o entendimento de que não é dado ao credor hipotecário obter a adjudicação quando há disputa com credor trabalhista<sup>61</sup>. Ao recusar juridicidade à pretensão do credor hipotecário, Francisco Antonio de Oliveira obtempera “[...] que a tanto se opõe a preferência do crédito trabalhista (art. 186, CTN)”, explicitando sua conclusão nestes termos:

“A permissão legal (art. 1.483, parágrafo único) somente terá lugar em se cuidando de execução que não envolva créditos preferenciais (acidentário – art. 83, I, Lei 11.101/2005 (LF) -, trabalhista e executivos fiscais), pena de frustrar-se a execução”<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Ovídio Baptista da Silva, assíduo leitor de Karl Engisch e Arthur Kaufmann, rompe os grilhões que negam aos juristas o recurso à analogia: “Ao socorrer-nos, na exposição precedente, das lições dos grandes filósofos do Direito contemporâneo, tivemos a intenção de mostrar que, como diz Kaufmann, a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência.’” (Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 285).

<sup>60</sup> *L'interpretazione sistematica della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e s.

<sup>61</sup> Na verdade, quando há disputa com credor dotado de privilégio superior ao credor hipotecário.

<sup>62</sup> Execução na Justiça do Trabalho. 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 163.

O segundo problema consiste em definir o alcance da medida legal de indisponibilidade de bens prevista na Lei de Custeio da Previdência Social perante o credor trabalhista. Quando afirma que os bens declarados indisponíveis pelo § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 não estão excluídos da execução trabalhista, a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira está fundada no método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, porquanto o jurista subordina o preceito da Lei de Custeio da Previdência Social ao comando superior do art. 186 do CTN. Outrossim, alarga a interpretação sistemática à consideração do art. 100, § 1º, da Constituição Federal, trazendo à ponderação a natureza alimentícia que a própria Constituição reconhece ao crédito trabalhista.

Com efeito, caso a aplicação da norma do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91 pudesse excluir – por força de sua interpretação literal e isolada – da execução trabalhista os bens tornados indisponíveis em execução previdenciária, estaríamos então diante de contradição lógico-sistemática caracterizada pela indireta preterição do privilégio do crédito trabalhista em favor do crédito previdenciário, com subversão à ordem preferencial dos créditos estabelecida no Direito Brasileiro (CC, arts. 957, 958 e 961; CTN, art. 186).

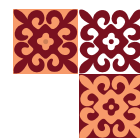
Essa contradição lógico-sistemática instalaria uma crise no ordenamento jurídico cuja superação somente poderia ser alcançada mediante o restabelecimento da coerência interna do conjunto normativo ministrada pelo método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, de modo a, harmonizando as partes ao todo, restaurar a unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua unitária estrutura hierárquica. A didática lição do processualista paulista justifica a reprodução do argumento<sup>63</sup>:

“Dispõe a Lei 8.212, de 24.07.1991, art. 53, que, ‘na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exeqüente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor. § 1º. Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.’ Evidentemente, referidos preceitos deverão ser interpretados em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT). Vale dizer, a ‘indisponibilidade’ de que fala o § 1º retrocitado diz respeito àqueles créditos cuja preferência não esteja acima do crédito tributário. (...) Mirando-se por outra ótica, tem-se que a ‘indisponibilidade’ de que fala a lei diz respeito ao proprietário. Os bens declarados indisponíveis pela Lei 8.212/91 não estão e não poderiam estar alijados da execução trabalhista. Essa não foi a mens legislatoris e não poderia sê-lo em face do superprivilégio e da natureza jurídica do crédito trabalhista.”

Com efeito, somente uma resposta positiva à pergunta acerca da aplicabilidade do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista pode conferir sentido à seguinte passagem do item 4 da Exposição de Motivos nº 223 da Lei nº 6.830/80, na qual o legislador dos executivos fiscais, logo após sublinhar o predomínio de interesse público na realização do crédito tributário, afirma que “[...] nenhum outro crédito deve ter, em sua execução judicial, preferência, garantia

<sup>63</sup> Execução na Justiça do Trabalho. 6 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196.





ou rito processual que supere os do crédito público, à exceção de alguns créditos trabalhistas” (grifamos).

À construção sistemática semelhante seria conduzido o Superior Tribunal de Justiça quando defrontado com o desafio hermenêutico de superar a aparente antinomia existente entre o art. 185-A do CTN (indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os arts. 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira). Enquanto ao credor comum se assegura a tutela jurídica da penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do exequente (CPC, arts. 655 e 655-A), ao credor tributário não se assegurava essa tutela jurídica desde logo, exigindo-se-lhe o exaurimento de tais diligências para só depois poder chegar à penhora eletrônica de numerário. Isso nada obstante o privilégio legal que ordenamento jurídico confere ao crédito tributário no art. 186 do CTN.

Diante da necessidade de preservar a coerência do sistema normativo, o STJ recorreu à aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, que visa a harmonizar preceitos de diplomas legais distintos, para concluir que a interpretação sistemática do artigo 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do credor fiscal, porquanto se faltaria à coerência sistemática ao dar a credor comum tutela jurídica superior àquela dada a credor privilegiado por norma de direito material (CTN, art. 186).

A reprodução da ementa do acórdão justifica-se em razão da consistência de sua fundamentação e visa a permitir ao leitor avaliar se de fato há semelhança entre a construção sistemática proposta no presente estudo e a construção sistemática adotada no referido julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa do acórdão:

“A antinomia aparente entre o art. 185-A do CTN (que cuida da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. Deveras, a ratio essendi do art. 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente ‘colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)’ (REsp 1.074.228/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 07.10.2008, DJe 05.11.2008). Assim, a interpretação sistemática do artigo 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das

diligências extrajudiciais por parte do exequente” (STJ - REsp 1184765/PA, 1ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, j. 03.12.2010).

As razões expostas conduzem à conclusão de que relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, enquadrando-a na modalidade de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN – a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista.

## 7. A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da S-375-STJ)

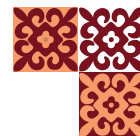
O novo Código de Processo Civil tratou da fraude à execução no art. 792 e exigirá a revisão da Súmula n. 375 do STJ, uma vez que disse textualmente o que parte da doutrina adverte há tempo: a fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência (CPC, art. 792, IV) não se confunde com a fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC, art. 792, III).<sup>64</sup>

A fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência tem como elementos caracterizadores: a) a litispendência (demanda pendente); b) a alienação no curso da demanda; e c) a redução do alienante à insolvência. Não cogita, portanto, do consilium fraudis, uma vez que sanciona o intento de subtração ao Poder Jurisdicional.<sup>65</sup> Como dizia Amílcar de Castro, “a responsabilidade processual é sujeição inelutável ao poder do Estado (...). E por isso mesmo devem ser tratadas com maior severidade as manobras praticadas pelo devedor, para fugir daquela responsabilidade, isto é, para suprimir efetivamente, ou sabendo que praticamente suprime, os efeitos de sua sujeição ao poder do Estado”.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Da distinção entre fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, do CPC e alienação de bem penhorado “resultam importantes consequências: se o devedor for solvente, a alienação de seus bens é válida e eficaz a não ser que (a) se trate de bem já penhorado ou, por qualquer outra forma, submetido a constrição judicial, e (b) que o terceiro adquirente tenha ciência – pelo registro ou por outro meio – da existência daquela constrição; mas, se o devedor for insolvente, a alienação será ineficaz em face da execução, independentemente de constrição judicial do bem ou da cientificação formal da litispendência e da insolvência ao terceiro adquirente” (ZAVASKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 286).

<sup>65</sup> A fraude de execução caracteriza “ato de rebeldia à autoridade estatal exercida pelo juiz no processo”, uma vez que, “alienar bens na pendência deste e reduzir-se à insolvência significaria tornar inútil o exercício da jurisdição e impossível a imposição do poder sobre o patrimônio do devedor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 275). A alienação e a oneração (CPC, art. 593) “dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 108).

<sup>66</sup> CASTRO, Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. VIII, p. 84.



A fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC, art. 792, III) tem como elementos caracterizadores: a) a litispendência (demanda pendente); b) a constrição judicial de bem; c) a averbação da constrição judicial junto ao registro do bem; e d) a alienação no curso da demanda. Independe, portanto, da redução do alienante à insolvência, uma vez que sanciona a afronta à individualização do bem e sua separação do patrimônio pelo ato de constrição, e pressupõe o consilium fraudis, diante da averbação do ato de constrição no registro. Se o bem se encontra sob o império da apreensão judicial, “não pode sofrer qualquer limitação decorrente de ato voluntário do devedor e de outrem”.<sup>67</sup> Por isso, o ato de constrição que grava o bem o acompanha, “perseguindo-o no poder de quem quer que o detenha, mesmo que o alienante seja um devedor solvente”.<sup>68</sup>

## **8. O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude à execução trabalhista: ajuizamento x citação**

Diversamente do que ocorre no Direito Tributário atual<sup>69</sup>, em que a presunção absoluta de fraude à execução fiscal configura-se quando o crédito tributário já se encontrava inscrito em dívida ativa à época da alienação do bem, no Direito do Trabalho não há uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista; há, apenas, a fase judicial, que tem início com a propositura da ação reclamatória trabalhista e prossegue com a citação do reclamado e demais atos processuais.

No Direito Tributário, há um livro de lançamento da dívida ativa, registro público que permite aos interessados livre consulta para saber se o alienante é sujeito passivo de obrigação tributária pendente. A referência doutrinária é do tributarista Paulo de Barros Carvalho<sup>70</sup>:

“... inscrito o débito tributário pela Fazenda Pública, no livro de registro da dívida ativa, fica estabelecido o marco temporal, após o que qualquer alienação de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito devedor, será presumida como fraudulenta.”

No Direito do Trabalho, a ausência de uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista mediante registro público acaba por conduzir o operador jurídico a cogitar de dois momentos possíveis para adotar-se como marco temporal a partir do qual há presunção de fraude na alienação do bem pelo reclamado: 1) o ajuizamento da demanda; 2) a citação do devedor.

<sup>67</sup> GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 46.

<sup>68</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II, p. 111. Os atos executórios continuam a incidir sobre o bem em razão de um vínculo que o prende “ao processo, e que pré-existe à aquisição do terceiro. A propriedade deste já nasceu limitada” (GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 46).

<sup>69</sup> Desde o advento da Lei Complementar nº 118, de 09-06-2005.

<sup>70</sup> Curso de Direito Tributário. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 558.

No âmbito do processo civil, a doutrina inclina-se a identificar na citação do réu o marco temporal definidor da fraude à execução. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ponderam que, embora toda ação se considere proposta no momento em que é distribuída (art. 263 do CPC), a caracterização da fraude à execução depende da ciência do réu da existência da demanda. “Assim – argumentam Marinoni e Arenhart – a alienação ou oneração de bens é considerada em fraude à execução apenas após a citação válida (art. 219 do CPC)”<sup>71</sup>

No âmbito do processo do trabalho, a elaboração teórica tem se inclinado a identificar tal marco temporal na data do ajuizamento da demanda. Isso porque o art. 593, inciso II, do CPC, exige apenas a existência de uma ação pendente (corria contra o devedor demanda), não fazendo referência ao fato de que nela o réu já deva ter sido citado. Tem-se ação pendente desde o momento em que ela é ajuizada pelo autor<sup>72</sup> (ou exequente)<sup>73</sup>, nada obstante a tríplice angularização venha a ocorrer somente em momento posterior, com a citação do réu (ou executado)<sup>74</sup>. Portanto, se a alienação ocorreu posteriormente ao ajuizamento da ação, caracterizada estará a fraude de execução<sup>75</sup>. A distribuição da ação “é o quanto basta para o reconhecimento da configuração da fraude de execução, pouco importando que a própria citação do devedor e a própria penhora do bem houvessem ocorrido após a alienação, que, na linguagem desenganada da lei, foi efetuada quando já em curso demanda capaz de reduzir o executado à insolvência”<sup>76</sup>.

A opinião de Manoel Antonio Teixeira Filho em favor da adoção da data do ajuizamento da demanda como marco temporal a partir do qual se presume a fraude à execução do reclamado tem por fundamento o fato de que a doutrina justralhista não exige ato citatório para considerar interrompida a prescrição e estabelecida a prevenção, reputando suficiente, para tanto, o ajuizamento da demanda<sup>77</sup>. O autor argumenta que a exigência de citação poderia permitir que o devedor se beneficiasse da própria torpeza, exemplificando com situação em que o devedor, antes da citação, viesse a alienar todos os bens após dispensar os empregados, frustrando a execução dos respectivos créditos trabalhistas.

Diante da omissão da CLT e da LEP sobre a matéria e diante da previsão do art. 263 do CPC, parece razoável adotar a data do ajuizamento da demanda como o marco temporal a partir do qual se tem por caracterizado o ilícito de fraude à execução trabalhista.

<sup>71</sup> Curso de processo civil – Execução. 6 ed. v. 3. São Paulo: Forense, 2014. p. 267.

<sup>72</sup> CPC, art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

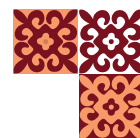
<sup>73</sup> CPC, art. 617. A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219.

<sup>74</sup> FRAUDE À EXECUÇÃO - Débito fiscal - Caracterização - Transferência de uso de linha telefônica objeto de penhora - Antecedência de três meses depois da propositura da execução fiscal - Fraude que se caracteriza com a propositura da ação - Irrelevância do devedor ter ou não tomado ciência da citação - Aplicação dos artigos 185 do CTN e 593 do CPC - Recurso não provido (TJSP, Apelação Cível n. 228.959-2, Rel. Des. Ricardo Brancato).

<sup>75</sup> Nesse sentido: Alcides de Mendonça Lima (Comentários ao Código de Processo Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol VI, pág. 452); Belmiro Pedro Welter (Fraude de Execução. Porto Alegre: Síntese, 1997, pág. 37); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Fraude à Execução. Digesto de Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 3, pág. 6); Maria Berenice Dias (Fraude à Execução. Revista Ajuris 50/75).

<sup>76</sup> Yussef Said Cahali. Fraudes Contra Credores. São Paulo: RT, 1989, pág. 464.

<sup>77</sup> Execução no processo do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 204



## Conclusão

O sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC, identificando na previsão do art. 185, caput, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

Na medida em que a fraude à execução fiscal é considerada hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à execução ao processo do trabalho mediante recurso à analogia, em face da promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV).

O crédito trabalhista é expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de mais-valia. É o fato objetivo de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilégio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho.

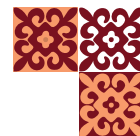
Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um sistema, é razoável concluir então que é esse sistema – e não apenas os preceitos da Lei nº 6.830/80 – que se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva.

Relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, enquadrando-a na modalidade de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN.

## Referências bibliográficas

- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 14 ed. São Paulo: RT, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo e ideologia – o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BEBBER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BERNAL, Francisco Chamorro Bernal. **La Tutela Judicial Efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución**. Barcelona: Bosch, 1994.
- BORGES, Aline Veiga. CLAUS, Ben-Hur Silveira. “**Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil – A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico**”. In Suplemento Trabalhista. São Paulo: LTr, nº 059/2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, v. VIII.
- CAHALI, Yussef Said. **Fraudes Contra Credores**. São Paulo: RT, 1989.
- CHAVES, Luciano Athayde. “**Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista**”. Curso de processo do trabalho. Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009.
- CHIERCHIA, Pietro Merola. **L’interpretazione sistematica della Costituzione**, Padova: CEDAM, 1978.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. “**Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula 375 do STJ – Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária**”. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região, nº 41, 2013, Porto Alegre: HS Editora.
- \_\_\_\_\_. “**A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista – Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura**”. In Revista do TRT da 8ª Região, nº 92, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DENARI, Zelmo. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Ives Gandra da Silva Martins (coord.). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- DIAS, Maria Berenice. **Fraude à Execução**. Revista Ajuris 50/75.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Fraude à Execução**. Digesto de Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FIGUEIREDO, Ricardo. CLAUS, Ben-Hur Silveira. “**Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício**”. In Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS Editora, nº 366. Jun/2014.
- GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.
- GUTJAHR, Valéria. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005.



LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol VI.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias**. 7 ed. Niterói – RJ: Impetus, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2 ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009.

MADEIRA, Anderson Soares. **Lei de Execuções Fiscais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil – Execução**. 6 ed. v. 3. São Paulo: Forense, 2014.

MIRANDA, João Damasceno Borges de. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe (coordenadores). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora Ltda., 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Execução na Justiça do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “**Dívida Ativa da Fazenda Pública**”. RT Informa, 261:5.

RIBEIRO, André de Melo. “**O novo eixo axiológico de interpretação do fenômeno da empresa e a modulação necessária entre o direito do trabalho e o direito concursal após a Lei n. 11.101/2005**”. In Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais. Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Rúbia Zanotelli de Alvarenga (org.). São Paulo: LTr, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no processo do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II.

WELTER, Belmiro Pedro. **Fraude de Execução**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

ZAVASCHI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000, v. 8.

# Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo cpc e suas implicações no processo do trabalho

Danilo Gonçalves Gaspar<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A aplicação supletiva e subsidiária do novo código de processo civil ao processo do trabalho; 3 Noções introdutórias sobre o tratamento conferido pelo novo CPC ao tema; 4. A tutela provisória de acordo com a sistemática do Projeto de Lei nº 166/2010 – o novo CPC; 4.1 A existência de um livro próprio; 4.2. As espécies de tutela provisória no novo CPC; 4.3 As espécies de tutela de urgência; 4.3.1 Tutela Provisória de Urgência Cautelar e Antecipada; 4.3.2 Tutela Provisória de Urgência Antecedente ou Incidental; 4.4 As regras procedimentais gerais; 4.4.1 Custas processuais; 4.4.2 Conservação da eficácia da decisão; 4.4.3 A adoção de medidas adequadas à efetividade do provimento; 4.4.4. Motivação da decisão; 4.4.5. Forma de impugnação; 4.4.6 A questão da competência originária; 4.5 A sistemática da tutela provisória de urgência; 4.5.1 Requisitos para concessão; 4.5.2. A prestação de caução; 4.5.3. A possibilidade de concessão liminar da tutela de urgência; 4.5.4. Medidas idôneas para efetivação da tutela de urgência cautelar; 4.5.5. A responsabilidade do credor pelos prejuízos causados; 4.5.6 Da possibilidade de postulação da tutela provisória de urgência antecipada antecedente; 4.5.6.1 Concessão da tutela antecipada e aditamento da petição inicial; 4.5.6.2 O indeferimento da tutela pretendida e a emenda da petição inicial; 4.5.7. Da possibilidade de postulação da tutela provisória de urgência cautelar antecedente; 4.6 A sistemática da tutela provisória de evidência; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. Introdução.

O novo código de processo civil, aguardado ansiosamente por todos os operadores do direito, produz mudanças substanciais no processo civil até então vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

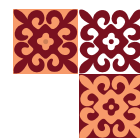
A Lei 13.105/15 sistematiza, de forma peculiar, dentre outros temas, o instituto da antecipação de tutela, provocando significativas alterações na sistemática então vigente.

Dessa forma, além de exigir um estudo didático das mudanças produzidas pelo novo código de processo civil, enfrentando como ficará a sistemática da tutela provisória com a aprovação final da referida lei, faz-se necessário, outrossim, identificar e enfrentar as principais implicações dessas mudanças no processo do trabalho.

Isso porque, prevendo o artigo 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.” e o artigo 15 do novo código de processo civil que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (Curso Preparatório para Carreira Jurídica JUSPODIVM Salvador/BA). Bacharel em Direito (Faculdade Ruy Barbosa Salvador/BA).





ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”, a aplicação subsidiária da nova sistemática da tutela provisória que está por vir requer uma análise de conhecimento de compatibilidade da nova roupagem do instituto e o processo do trabalho.

É, pois, justamente o que se pretende fazer através deste artigo.

## **2. A aplicação supletiva e subsidiária do novo código de processo civil ao processo do trabalho.**

Espera-se, de fato, intensos debates acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais acerca da previsão contida no artigo 15 do novo CPC, 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.”

Já há quem sustente a tese de que o referido dispositivo fere a autonomia científica do processo do trabalho, de modo que caberia somente à própria CLT ou outra norma específica do processo do trabalho contemplar a possibilidade de aplicação do código de processo civil ao processo trabalhista, como, atualmente, faz o artigo 769 da CLT.

Outros, como este autor, identificam no artigo 15 do novo código de processo civil um avanço que ajudará e muito o amadurecimento, atualização e eficiência do processo do trabalho.

Isso porque, em primeiro lugar, não vislumbro qualquer lesão à autonomia científica do direito processual do trabalho, afinal o artigo 15 do novo CPC não possui o condão de revogar o artigo 769 da CLT, conforme disposto no art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Assim, ao prever a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo do trabalho, não se elimina a necessidade de compatibilização da norma com o processo do trabalho, tal qual previsto na CLT.

Portanto, a aplicação subsidiária das disposições do novo CPC ao processo do trabalho continuam exigindo a satisfação de dois requisitos, quais sejam: omissão da norma processual trabalhista e compatibilidade entre o dispositivo processual civil e o processo do trabalho.

A grande contribuição do novo CPC, nesse particular, reside, portanto, na possibilidade de aplicação supletiva das normas processuais civis ao processo do trabalho.

Trata-se da possibilidade, portanto, de aplicação das normas do processo civil ao processo do trabalho quando, em que pese não haja omissão normativa (ausência de norma acerca de um determinado instituto), a norma processual trabalhista seja incompleta ou não mais atenda à sua finalidade (vazio teleológico).

Assim, por exemplo, tem-se que a aplicação das normas relativas à tutela antecipada, mesmo na sistemática do CPC/73 (art. 273), provoca a aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho, afinal a norma processual trabalhista não trata do tema, havendo, portanto, um vazio legislativo no ordenamento jurídico processual trabalhista que justifica, dada a compatibilidade do instituto com o processo do trabalho, a sua aplicação subsidiária.

Noutro sentido, a aplicação supletiva permitiria o que, atualmente, se busca fazer através das figuras das omissões ontológicas e axiológicas. Isso porque, para se admitir, por exemplo, a aplicação da penalidade prevista no artigo 475-J do CPC/73 ao processo do trabalho, parte-se da premissa de que existem três tipos de omissão: omissão normativa (vazio legislativo sobre o instituto); omissão ontológica (a lei existe, mas não mais corresponde à realidade social, de modo que a norma estaria, assim, desatualizada, não apresentando mais compatibilidade com os fatos sociais e com o desenvolvimento técnico) e; omissão axiológica (a lei existe, mas não é uma norma justa para solução do caso concreto, de modo que a aplicação da norma processual acabaria por levar a uma solução injusta ou insatisfatória).

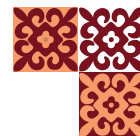
Dessa forma, como a CLT possui um capítulo próprio sobre execução (Capítulo V), em que pese não haja omissão normativa (vazio legislativo) que justifique a aplicação de normas processuais civis sobre o tema (artigo 475-J, do CPC/73, por exemplo), omissões ontológicas e axiológicas da norma processual trabalhista justificariam a aplicação do referido preceito do CPC, posição, contudo, rejeitada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (RR 1576-32.2011.5.08.0119 / RR 1590-22.2011.5.08.0117 / RR 193700-96.2009.5.15.0093) e pela jurisprudência de muitos Tribunais Regionais do Trabalho, a exemplo do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região (Súmula n. 16).

De acordo com a sistemática do novo CPC, contudo, a aplicação de normas do processo civil ao processo do trabalho se justificam, expressamente, na ocorrência de lacunas ontológicas e axiológicas, afinal as normas do processo civil podem ser aplicadas tanto diante de um vazio normativo (aplicação subsidiária), quanto diante de uma incompletude ou vazio teleológico da norma processual trabalhista (aplicação supletiva), justamente o que ocorre, atualmente, com a sistemática da fase de cumprimento da sentença, justificando, assim, caso se entenda compatível (esse requisito também é imprescindível para aplicação supletiva do CPC), a aplicação de disposições do CPC acerca da fase de cumprimento da sentença, mesmo possuindo a norma processual trabalhista tratamento próprio sobre o tema (art. 876 e seguintes).

### **3. Noções introdutórias sobre o tratamento conferido pelo novo CPC ao tema**

A redação final do novo CPC contemplou a tutela provisória como um gênero que engloba tutela de urgência e tutela de evidência.

Por sua vez, a tutela de urgência se refere a uma espécie de tutela provisória que compreende duas subespécies, quais sejam: tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada.



Importante destacar, contudo, que no Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), o tema fora tratado de forma diferente.

Naquela oportunidade, o gênero era a tutela antecipada, que admitia duas espécies: a) tutela antecipada satisfativa (eficácia satisfativa, hipótese na qual haveria coincidência de efeitos com o provimento final) e; tutela antecipada cautelar (eficácia conservadora/preventiva).

Assim, de acordo com o Substitutivo da Câmara dos Deputados, se de eficácia conservadora ou preventiva, a tutela antecipada seria do tipo cautelar; se de eficácia satisfativa (coincidência de efeitos com o provimento final), a tutela antecipada seria do tipo satisfativa.

Na conjuntura do texto final, contudo, consolidou-se uma sistemática distinta, sendo a tutela provisória um gênero que engloba tutela de urgência e tutela de evidência e a tutela de urgência uma espécie de tutela provisória que compreende duas subespécies (tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada), cujos termos serão abordados a partir das próximas linhas.

#### **4. A tutela provisória de acordo com a sistemática da Lei nº 13.105/15 – o novo CPC**

##### **4.1 A existência de um livro próprio**

O novo código de processo civil, inovando com relação à sistemática do CPC/73, que trata de tutelas de natureza provisória em dispositivos esparsos (artigos 273, 489, por exemplo), traz um livro próprio (Livro V da parte geral) para tratar do tema tutela.

O Livro V do novo CPC, portanto, intitulado “Da Tutela Provisória”, divide-se da seguinte maneira: Título I (Das disposições gerais), Título II (Da tutela de urgência), que é dividido no Capítulo I (Disposições gerais), Capítulo II (Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente) e Capítulo III (Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente) e; Título III (Da Tutela de Evidência).

Seguindo a sistematização prevista no texto do NCPC, passa-se, inicialmente, a enfrentar as disposições gerais trazidas no Título I do Livro V da Lei nº 13.105/15 (novo CPC).

##### **4.2. As espécies de tutela provisória no novo CPC**

O novo CPC, tratando do instituto da tutela provisória, classifica, no artigo 294, caput, a tutela provisória, quanto ao fundamento, em tutela de urgência e de evidência, classificando, no parágrafo único, a tutela provisória de urgência quanto ao tipo (cautelar ou antecipada) e, por fim, quanto ao momento da concessão, podendo a tutela provisória de urgência, nesse caso, ser antecedente ou incidental.

Nesse particular, prevê o artigo 294 do novo código de processo civil que:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Assim, conforme texto acima, o caput do artigo 294 do novo CPC diferencia, quanto ao fundamento principal da concessão, a tutela provisória em tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência.

Assim, será de urgência a tutela provisória que tenha como principal fundamento o *periculum in mora*, ou seja, quando haja probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (artigos 300 a 310 do novo CPC).

Em contrapartida, a tutela provisória será de evidência caso o principal fundamento do pedido for a alta probabilidade de acolhimento da pretensão, aquilo que se costuma denominar de *fumus boni iuris* (art. 311 do novo CPC), independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

### **4.3. As espécies de tutela de urgência**

O artigo 294, agora no parágrafo único, traz uma segunda classificação, diferenciando a tutela provisória de urgência quanto ao tipo (cautelar ou antecipada) e, por fim, quanto ao momento da concessão, podendo a tutela provisória de urgência, nesse caso, ser antecedente ou incidental.

#### **4.3.1. Tutela Provisória de Urgência Cautelar e Antecipada.**

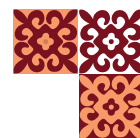
Como se viu, a primeira parte do parágrafo único do artigo 294 do novo CPC diferencia dois tipos de tutela provisória de urgência, quais sejam: cautelar e antecipada, confirmando, portanto, que há distinções entre os institutos.

Inicialmente, importante destacar a diferença principal existente entre aquilo que se chama de tutela cautelar e aquilo que se denomina tutela antecipada.

Pois bem. A tutela cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional, ao lado da tutela cognitiva e da tutela executiva. A tutela cautelar não visa a satisfação de um direito, visa, em verdade, assegurar a futura satisfação de um direito, protegendo-o.

Já a antecipação de tutela (tutela antecipada) é uma técnica de concessão da tutela jurisdicional, tanto que, nesse caso, se pode conceder tanto tutela cognitiva (na grande maioria dos casos), quanto tutela executiva ou até mesmo cautelar, como no caso de concessão liminar de uma medida cautelar – antecipação de tutela cautelar, conforme se pode extrair da previsão contida no artigo 804 do atual CPC:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.



Em outras palavras, pode-se afirmar que a tutela cautelar é uma tutela que não busca satisfazer diretamente o direito material afirmado (bem da vida pretendido), mas sim se destina a garantir a efetividade futura da tutela de conhecimento ou de execução.

A tutela antecipada, por sua vez, é uma tutela do tipo provisória, dando “eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 7. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 466, v. 2.).

A tutela antecipada, assim, é marcada por uma cognição sumária, a partir de uma análise superficial do objeto da causa, que leva o Juiz a um juízo apenas de probabilidade.

A partir dessas distinções, extrai-se, como consequência lógica, o principal fundamento da antecipação de tutela, qual seja: a duração razoável do processo (art. 5º, LXVIII, da CRFB/88), afinal, “A grande luta do processualista moderno é contra o tempo”. (BEDA-QUE. José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.).

O novo CPC, inclusive, em seu artigo 4º, dispõe que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Assim, destinando-se a tutela antecipada à antecipação dos efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa (o mais comum) ou não satisfativa (antecipação de uma tutela cautelar), trata-se de um instituto que pretende, nos casos previstos em lei, livrar o cidadão dos efeitos, muitos vezes nefastos, do tempo do processo, dando, assim, efetividade ao provimento jurisdicional.

#### **4.3.2. Tutela Provisória de Urgência Antecedente ou Incidental.**

Quanto ao momento da concessão, a tutela provisória de urgência poderá ser antecedente ou incidental, na forma da parte final do parágrafo único do artigo 294 do novo CPC.

Assim, será antecedente (ou preparatória) quando concedida antes da apresentação/formulação da postulação principal.

Por sua vez, será incidental se concedida no curso do processo, após a formulação da postulação principal

#### **4.4. As regras procedimentais gerais.**

O novo CPC prevê, em seus artigos 295 a 299, regras procedimentais gerais acerca da tutela provisória, a seguir examinadas individualmente.

#### 4.4.1. Custas processuais.

Prevê o artigo 295 do novo CPC que “A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.”

Nesse particular, cumpre destacar que se trata de dispositivo irrelevante para a sistemática processual trabalhista, uma vez que a CLT adota um procedimento de pagamento das custas somente ao final, conforme se extrai do artigo 789, §1º, da CLT: “As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.”

#### 4.4.2. Conservação da eficácia da decisão.

O artigo 296 do novo CPC, por sua vez, prevê que “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.”

A partir desse dispositivo, se pode extrair a regra de que a tutela provisória conserva sua eficácia até decisão posterior, afinal é o mesmo artigo contempla a característica da mutabilidade ou revogabilidade da decisão que confere uma tutela de natureza provisória, regra que possui redação semelhante no CPC/73, especificamente no artigo 273, §4º e no artigo 807, a saber:

Art. 273

(...)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Prevê ainda o referido artigo 296 do novo CPC, em seu parágrafo único, a conservação dos efeitos da tutela antecipada, como regra, durante o período de suspensão do processo: “Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.”

#### 4.4.3. A adoção de medidas adequadas à efetividade do provimento.

Ainda na parte relativa às disposições gerais (regras de procedimento), o novo CPC, em seu artigo 297, contempla as denominadas medidas adequadas, prevendo que “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”

No CPC/73 é encontrada redação semelhante no §5º do artigo 461, que utiliza, contudo, a expressão “medidas necessárias”:

Art. 461



(...)

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

O dispositivo em comento é de vital importância para garantir a efetividade do provimento jurisdicional de tutela provisória, contemplando um conjunto extremamente amplo de medidas (medidas adequadas) que podem/devem ser adotadas pelo Juiz para cumprimento da decisão.

No âmbito do Judiciário Trabalhista, tutelas provisórias destinadas à reintegração de empregados e restabelecimento de plano de saúde são exemplos de decisões que necessitam, muitas vezes, da adoção das atuais “medidas necessárias” (artigo 461, §5º, do CPC/73), futuras “medidas adequadas” (artigo 297 do novo CPC).

Quanto ao procedimento para efetivação da tutela provisória, prevê ainda o artigo 297 do novo CPC, já em seu parágrafo único, que “A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”

Merece destaque, nesse particular, quanto ao tema relativo às medidas adequadas que podem/devem ser adotadas pelo Juiz para efetivar a decisão de tutela provisória, o fato de que o texto final do novo CPC não manteve os limites trazidos pelo então artigo 298, parágrafo único, do texto do novo CPC fruto do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), que possuía a seguinte redação:

Art. 298 (...)

Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber, vedados o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros.

Como se vê, a redação do parágrafo único do então artigo 298 do Substitutivo da Câmara dos Deputados vedava o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros como instrumentos a serem adotados pelo Juiz para efetivação da tutela provisória.

Assim, se mantida tal redação no texto final, não seriam consideradas medidas adequadas para os fins do artigo 297 (numeração final) do novo CPC o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros.

Importante destacar ainda que tratava-se de limite que encontraria sintonia com a atual jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de execução provisória, conforme se pode extrair do teor da Súmula n. 417, III, do TST:

“Em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impenhorante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC.”

Todavia, com a devida venia ao entendimento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho, a vedação de bloqueio e penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros como instrumentos a serem adotados pelo Juiz para efetivação da tutela provisória, nos moldes propostos pelo Substitutivo da Câmara dos Deputados, não se compatibiliza com a natureza alimentar do crédito trabalhista, prevista constitucionalmente (art. 100, §1º, da CRFB/88).

Imagine-se, por exemplo, o caso de um dirigente sindical, cuja garantia de emprego é prevista no artigo 8º, VIII, da CRFB/88, dispensado de forma irregular, que ajuíza uma Reclamação Trabalhista pretendendo sua reintegração, e formula pedido de tutela provisória de urgência (do tipo antecipada) para que seu empregador seja compelido a reintegrá-lo e a pagar-lhe os salários vencidos.

Assim, uma vez deferida a tutela provisória pretendida, não somente a reintegração garantiria ao trabalhador a sua subsistência e de sua família, mas sobretudo o pagamento dos salários vencidos. Ocorre que, de acordo com o texto proposto pelo Substitutivo da Câmara dos Deputados e com o item III da Súmula n. 417 do TST, não se faz possível que o Juiz determine o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros para garantir a efetividade de sua decisão, no caso, de pagamento dos salários vencidos.

Dessa forma, fica evidente que a integral efetividade da tutela provisória pode, em muitos casos, depender de bloqueio e penhora em dinheiro, o que, contudo, de acordo com o quanto proposto pelo Substitutivo da Câmara dos Deputados, seria vedado.

É de se louvar, assim, que o texto final do novo CPC não contemple os referidos limites no artigo 297, parágrafo único, permitindo, assim, que o Juiz, para efetivar uma tutela provisória, determine eventual bloqueio e penhora em dinheiro.

Trata-se, assim, de uma medida inteiramente compatível com o processo do trabalho, justificando, assim, a sua aplicação subsidiária – afinal a norma processual trabalhista possui um vazio legislativo sobre o tema da tutela provisória – ao processo do trabalho.

#### **4.4.4. Motivação da decisão.**

A necessidade de motivação das decisões judiciais encontra guarida na Carta Magna, em seu artigo 93, IX, estando previsto, também, no artigo 298 do novo CPC, com a se-





guinte redação: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.”

Importante destacar que o novo CPC traz uma expressão importante no sentido de que o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso, certamente como forma de evitar que o Juiz defira uma tutela provisória dizendo tão somente que “presentes os requisitos do artigo (...) defiro (...)”.

Caberá, assim, ao Juiz, ao deferir, modificar ou revogar a tutela provisória, ser claro e específico, demonstrando a presença de cada um dos requisitos e elementos fundantes de sua decisão.

No CPC/73, é possível encontrar redação semelhante no artigo 273, §1º, que prevê que “Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

No âmbito da CLT, também há previsão específica no sentido de fundamentação das decisões judiciais, quando há previsão, no artigo 832, de 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”.

#### 4.4.5. Forma de impugnação.

O Substitutivo da Câmara dos Deputados previa, em seu artigo 299 (redação final – artigo 298), parágrafo único, que a decisão que defere, revoga ou modifica uma tutela antecipada é impugnável por agravo de instrumento.

No texto final, o então artigo 299 (298 no texto final) passou a não mais contemplar a referida disposição, deixando isso a cargo tão somente do artigo 1.015, I, do texto final, que prevê que “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias;”.

Contudo, trata-se de dispositivo inaplicável ao processo do trabalho que, neste particular, possui regra específica (art. 893, §1º, da CLT), no sentido de que “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.”.

Não por outra razão, o TST, através da Súmula n. 414, II, prevê a possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança contra a decisão que defere uma tutela antecipada antes da sentença: “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.”.

Se, contudo, concedida na sentença, a decisão que deferiu a tutela antecipada será passível de impugnação via recurso ordinário, com eventual ação cautelar para atribuição de efeito suspensivo ao recurso, nos termos do item I da Súmula n. 414 do TST: “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.”

Por fim, cumpre destacar que, de acordo com o entendimento consolidado pelo TST (Súmula n. 418), a decisão que indefere uma tutela antecipada não seria passível sequer de mandado de segurança, por constituir faculdade do Juiz: “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.”

Neste último caso, caberia à parte buscar a reconsideração da decisão do Juiz a partir de uma mera petição.

#### **4.4.6. A questão da competência originária.**

Por fim, o novo CPC, em seu artigo 299, prevê que “A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.”

Nesse particular, não há nenhuma inovação, já havendo previsão no CPC/73 em seu artigo 800: “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.”

Outrossim, quanto ao disposto no parágrafo único do artigo 299 do novo CPC, que prevê que “Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.”, regra idêntica se extrai da redação do parágrafo único do artigo 800 do CPC/73: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.”

No processo trabalhista, deve ser seguida a mesma regra.

#### **4.5. A sistemática da tutela provisória de urgência.**

Conforme já apontado, será de urgência a tutela provisória que tenha como principal fundamento o *periculum in mora*, ou seja, receio de que a demora da decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem jurídico tutelado.

Pois bem. O novo CPC, através dos artigos 300 a 304, disciplina a sistemática da tutela antecipada de urgência ou simplesmente tutela de urgência.

##### **4.5.1. Requisitos para concessão.**

O artigo 300 do novo CPC traz os requisitos necessários para a concessão da tutela provisória de urgência ou, simplesmente, tutela de urgência. São eles: a) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); b) perigo da demora (*periculum in mora*).

Assim, dispõe o artigo 300 do novo CPC que: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”



Como se vê, a urgência requer a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e decorre do perigo de dano, em face do tempo do processo, ao processo ou ao direito material, ou ainda de receio de ineficácia do provimento final.

Requisitos semelhantes podem ser extraídos da leitura do caput e do inciso I do artigo 273 do CPC/73, quando exige que o Juiz se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

É também requisito para a concessão da tutela provisória de urgência aquele previsto no artigo 300, §3º, do novo CPC, qual seja: o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Assim, prevê o referido dispositivo que: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Com redação semelhante àquela prevista no §2º do artigo 273 do CPC/73, o dispositivo em questão impede que o Juiz conceda a tutela antecipada de urgência quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Trata-se, contudo, de dispositivo que deve ser analisado e interpretado pelo Juiz no caso concreto, a partir do postulado da proporcionalidade em sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), afinal, levado a cabo, o referido dispositivo poderia impedir a concessão de uma série de tutelas antecipadas pretendidas.

Por exemplo, poder-se-ia alegar que a reintegração do trabalhador ao emprego traria um perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, afinal, com a reintegração, o trabalhador iria ser reintegrado aos quadros do seu empregador e logo iniciaria a prestação dos serviços, fazendo jus ao recebimento da contraprestação pactuada, não sendo possível, assim, após esse tempo, determinar a devolução do trabalho prestado e, por consequência, da contraprestação paga.

Contudo, não é este o raciocínio que se amolda ao dispositivo em comento, afinal, caso o trabalhador seja reintegrado e reinicie a prestação dos serviços, o empregador estará se beneficiando dos serviços prestados, não havendo, assim, perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, afinal não teria havido nenhum prejuízo a nenhuma das partes com a determinação da reintegração.

Caso, ao final, seja concluído que o empregado não possuía razão à reintegração, será considerado cessado o contrato de trabalho e paralisada a prestação de serviços. Quanto ao tempo trabalhado após a concessão da tutela antecipada e até a decisão final, não há falar em prejuízo ao empregador, afinal este se beneficiou da prestação dos serviços do empregado e pagou por esta em face do caráter sinalagmático do contrato de trabalho, não podendo argumentar que, agora, não poderá reaver os valores pagos, afinal o pagamento nada mais é do que a contraprestação de um serviço já prestado (caráter pós-retributivo do salário).

Assim, o dispositivo em questão destina-se a situações de demolições de imóveis, por exemplo, medida que, muitas vezes, possui o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

#### 4.5.2. A prestação de caução.

O artigo 300, §1º, do novo CPC, prevê que “Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.”

Os artigos 804 e 805 do CPC/73 trazem semelhante hipótese, nos termos a seguir:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Trata-se, portanto, de hipótese já prevista, de forma semelhante, no CPC/73, que requer do Juiz, na análise do caso concreto, a avaliação da necessidade ou não de prestação de caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte devedora possa vir a sofrer.

Vale destacar ainda que a parte final do artigo 300, §1º, do novo CPC, se aproxima e muito da realidade trabalhista, quando prevê que a caução pode ser dispensada se parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Assim, como, sobretudo nos conflitos decorrentes da relação de emprego, o trabalhador ostenta uma posição de hipossuficiência frente ao empregador, na grande maioria dos casos, a exigência da referida caução pode prejudicar a concessão da tutela antecipada pretendida, em razão da impossibilidade econômica do empregado ou desempregado oferecê-la.

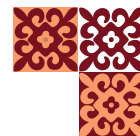
#### 4.5.3. A possibilidade de concessão liminar da tutela de urgência.

De forma técnica e didática, o novo CPC prevê, em seu artigo 300, §2º, que “A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.”

Assim, a concessão liminar da tutela de urgência reflete a hipótese de concessão da tutela de urgência sem oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), ou após oitiva da parte contrária (após justificação prévia).

A concessão liminar da tutela de urgência possui admissibilidade em face da urgência decorrente do perigo da demora do provimento jurisdicional, que pode afetar o processo ou o direito material pretendido.

Entretanto, caso seja possível, sem risco de afetar de forma fulminante o processo ou o direito material pretendido, a oitiva da parte contrária, é prudente que o Magistrado de-



signe audiência de justificação prévia, com uma brevidade considerável, ou simplesmente ouça, através de prazo fixado para tanto, a parte contrária acerca do pedido de tutela de urgência formulado.

Há casos, todavia, nos quais a oitiva da parte contrária pode prejudicar a efetividade da tutela pretendida, situação na qual, caso o Juiz esteja convencido da probabilidade do direito e do perigo da demora, deverá conceder a tutela de urgência liminarmente, ou seja, *in limine litis* (no início da lide), sem oitiva da parte contrária.

Confirma-se a possibilidade de concessão liminar da tutela de urgência a partir da leitura do artigo 9º, parágrafo único, do novo CPC, no sentido de que “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;”

#### **4.5.4. Medidas idôneas para efetivação da tutela de urgência cautelar.**

O artigo 301 do novo CPC, tratando especificamente da tutela de urgência cautelar, prevê que “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”

Trata-se, portanto, de um rol meramente exemplificativo (qualquer outra medida idônea) previsto pela nova lei para que o Juiz assegure o direito objeto da tutela de urgência de natureza cautelar.

#### **4.5.5. A responsabilidade do credor pelos prejuízos causados.**

Com redação semelhante àquela contida no artigo 811 do CPC/73, o artigo 302 do novo CPC prevê que:

Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Como se vê, o dispositivo em questão contempla uma responsabilidade por prejuízo do tipo objetiva e independente da responsabilidade por dano processual, nas hipóteses acima elencadas, todas relativas à tutela provisória de urgência cautelar.

Prevê, por fim, o parágrafo único do referido artigo que “A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”, redação semelhante àquela prevista no parágrafo único do artigo 811 do CPC/73.

Caso não seja possível liquidar a indenização nos autos em que a medida tiver sido concedida, deverá ser instaurado um processo autônomo com tal objetivo, de modo a quantificar a indenização em questão.

#### **4.5.6. Da possibilidade de postulação da tutela provisória de urgência antecipada antecedente.**

O novo CPC, de forma inovadora quanto à sistemática da tutela antecipada, prevê a possibilidade de postulação da tutela antecipada satisfativa antecedente.

Neste sentido, prevê o artigo 303 do novo CPC que:

Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Assim, quando a urgência já existe, ou seja, seja contemporânea à propositura da ação principal, se possibilita ao autor a postulação da tutela antecipada de forma antecedente à postulação principal, limitando-se a petição inicial, neste caso, ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final.

Nesse caso, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, devendo ainda indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final, nos termos do §4º do artigo 303 do novo CPC.

Ressalte-se, nesse particular, que a exigência da indicação do valor da causa deve ser aplicada também ao processo do trabalho, em que pese o artigo 840, §1º, da CLT, não a exija. Isso porque, em virtude da existência do procedimento sumaríssimo, introduzido pela Lei n. 9.957/2000, já se faz necessária a indicação do valor da causa nas petições iniciais trabalhistas, como forma de fixar o rito sob o qual se processará a ação.

##### **4.5.6.1. Concessão da tutela antecipada e aditamento da petição inicial.**

Caso a tutela antecipada antecedente seja concedida, o §1º do artigo 303 prevê que:

Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

- I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;
- II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de media-



ção na forma do art. 334;

III – não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Assim, nesse caso, após a concessão da tutela antecipada antecedente, caberá ao autor, no prazo de quinze dias ou outro maior que o órgão jurisdicional fixar, aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

Vale destacar que, nos termos do §3º do artigo 303 do novo CPC, o aditamento em questão dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais, ressalvando, desde já, que, no caso do processo trabalhista, as custas, de toda forma, não seriam devidas quando do ajuizamento da reclamação trabalhista.

Quanto ao réu, este será citado imediatamente após a concessão da tutela antecipada antecedente, mas o seu prazo de resposta somente começará a correr após a intimação do aditamento efetuado pela parte autora.

Caso, entretanto, a parte autora não promova o aditamento no prazo legal (quinze dias) ou no prazo maior fixado pelo órgão jurisdicional, o processo será extinto sem resolução do mérito, na forma do §2º do artigo 303 do novo CPC.

Por fim, deve ainda o autor, nos termos do §5º do artigo 303 do novo CPC, indicar, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício previsto no caput do artigo 303, ou seja, da tutela antecipada antecedente.

#### **4.5.6.2. O indeferimento da tutela pretendida e a emenda da petição inicial.**

Diante do indeferimento da tutela antecipada antecedente à ação principal, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até cinco dias, nos termos do §6º do artigo 303 do novo CPC.

Caso, entretanto, a petição inicial não seja emendada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução de mérito, nos termos da parte final do referido dispositivo.

A sistemática em questão, em face de sua peculiaridade, será também admissível no processo trabalhista, quando deverá ser feita a notificação da parte ré somente após a emenda da petição inicial.

#### **4.5.7. Da possibilidade de postulação da tutela provisória de urgência cautelar antecedente.**

O artigo 305 do novo CPC prevê ainda a possibilidade de se pretender a provisória de urgência cautelar antecedente, situação na qual “A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a

exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Assim, como requisitos intrínsecos da petição inicial da ação que almeja tutela cautelar antecedente prevê: indicação da lide; indicação do fundamento; exposição sumária do direito que se visa assegurar e; o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Seguindo a mesma diretriz do CPC/73 (art. 273, §7º), o parágrafo único do artigo 305 do novo CPC prevê que “Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.”

Assim, caso o órgão jurisdicional entenda que a tutela cautelar pretendida, na verdade, possui natureza de tutela antecipada (satisfativa), deverá ser adotado o procedimento da tutela antecipada antecedente (art. 303).

Em se tratando de tutela cautelar propriamente dita, deve-se adotar o procedimento previsto no artigo 306 do novo CPC, citando o réu para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Caso o réu não conteste o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias (art. 307, caput, do novo CPC).

Entretanto, contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum, nos termos do parágrafo único do artigo 307 do novo CPC.

Uma vez efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias, nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais, nos termos do artigo 308 do novo CPC.

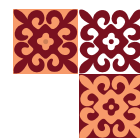
Nos termos do §3º do referido artigo, apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

Sendo infrutífera a autocomposição, será iniciado prazo para contestação do pedido principal, nos termos do §4º do artigo 308.

De forma semelhante ao artigo 808 do CPC/73, o artigo 309 do novo CPC prevê que “Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II – não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.”

O parágrafo único do artigo 309 do novo CPC prevê ainda que “Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.”





Por fim, o artigo 310 do novo CPC, com redação semelhante àquela existente no artigo 810 do CPC/73, contempla a autonomia do processo antecedente, salvo em caso de prescrição ou decadência, prevendo que “O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”

#### 4.6. A sistemática da tutela provisória de evidência.

O artigo 311 do novo CPC traz a possibilidade de concessão da tutela provisória de evidência, ou, simplesmente, tutela de evidência, ocasião na qual a tutela jurisdicional será concedida de forma antecipada em face do quadro de alta probabilidade de concessão da tutela definitiva.

Nessa hipótese, a tutela de evidência será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A primeira hipótese (ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte) contempla situação semelhante àquela prevista no artigo 273, II, do CPC/73, mas inova ao falar em “parte” e não simplesmente réu.

Assim, a conduta abusiva da **parte** traduz quadro de evidência, pois demonstra alta probabilidade de prevalência da pretensão da parte adversa, o que permite ao órgão jurisdicional conceder a tutela de evidência nesse caso.

A segunda hipótese (as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante) é inovadora, exigindo dois requisitos: a) direito baseado em alegações de fato que podem ser comprovadas apenas documentalmente e; b) houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Essa segunda hipótese possui, desde já, total consonância com o processo trabalhista, sobretudo a partir da entrada em vigência da Lei n. 13.015/2014 que, alterando a sistemática recursal trabalhista, passou a prever, de forma expressa, a aplicação, aos recursos de revista, da sistemática relativa aos julgamentos dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 896-B da CLT).

A terceira hipótese (se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito) certamente não será de habitual aplicação no processo trabalhista, mas será possível em face do inciso I do artigo 114 da CRFB/88, cabendo nos casos nos quais uma parte reivindica a posse ou a propriedade sobre uma coisa.

A quarta e última hipótese (a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável) também contempla uma situação importante, na qual se busca reduzir os efeitos do tempo do processo, diante da inexistência de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor capazes de gerar uma dúvida razoável.

Importante destacar que, ao contrário da sistemática do CPC/73, que prevê como hipótese de tutela antecipada a ausência de controvérsia com relação a um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, o novo CPC, corrigindo o erro técnico existente no CPC/73 (art. 273, §6º), traz a referida possibilidade não como hipótese de tutela antecipada, mas sim como situação que autoriza uma sentença parcial de mérito, nos termos do artigo 356 do novo CPC: “O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I – mostrar-se incontroverso;”

## 5. Conclusão.

Apresentadas, didática e sistematicamente, as regras acerca das tutelas provisórias na Lei n. 13.105/15, demonstrou-se que o novo CPC implementará algumas mudanças acerca do assunto.

A partir de uma nova classificação das tutelas, o novo CPC busca sistematizar e simplificar o regramento das tutelas provisórias, contemplando importantes dispositivos.

Em suma, a nova sistemática proposta pelo novo CPC pretende, sem dúvidas, conferir celeridade e efetividade ao processo judicial, adequando-se, assim, ao processo trabalhista, que, de forma peculiar, demanda um provimento jurisdicional rápido e efetivo, dado o caráter alimentar do crédito trabalhista (art. 100, §1º, da CRFB/88).

Caberá, assim, ao processo do trabalho, incorporar a nova sistemática das tutelas provisórias, sem perder de vista que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, conforme previsto no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

## 6. Referências.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

BODART, Bruno Vinícius da Rós Bodart. **O Processo Civil Participativo – A Efetividade Constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, IBDF, v. 205, p. 333-345, março, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 466, v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011.



# O novo cpc e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho

Edilton Meireles

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Dos procedimentos e do procedimento trabalhista; 3. Elementos essenciais do processo do trabalho; 4. Conceitos fundamentais do processo e sua aplicação às ações trabalhistas; 5. Princípios do processo do trabalho; 6. A busca equivocada da autonomia e o esquecimento do processo do trabalho; 7. Da regra supletiva e da regra subsidiária; 8. Revogação da regra de subsidiariedade contida na CLT; 9. Compatibilidade com o processo do trabalho; 9.1. INCOMPATIBILIDADE E CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO; 10. Da aplicação da regra supletiva; 11. Conclusões; 12. REFERÊNCIAS.

## 1. Introdução

Antes de estudar as modificações do processo do trabalho em face do novo CPC (Lei n. 13.015/15) é preciso interpretar e cuidar do art. 15 deste novel diploma legal e suas consequências para processualística laboral.

Isso porque, de acordo com o art. 15 do CPC de 2015, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Antes tínhamos apenas a regra do art. 769 da CLT que mandava aplicar o “direito processual comum” como fonte subsidiária. Agora poderemos ter a regra do CPC/15 que manda aplicar esse diploma legal de forma supletiva e subsidiária.

É preciso, porém, bem situar o procedimento trabalhista no âmbito do processo civil para que se possa, com clareza, interpretar as novas normas processuais e sua incidência no processo do trabalho.

No Brasil, a ação trabalhista tem sido objeto de estudo de forma destacada em relação ao processo civil. Fatores como uma legislação especial disciplinando o procedimento laboral e a existência de órgãos judicantes especializados, numa estrutura orgânica autônoma, contribuiu para o afastamento do processo do trabalho do denominado processo civil.

Neste trabalho, no entanto, em preliminar, procuramos estudar se efetivamente a ação trabalhista goza de autonomia em relação ao processo civil e se o processo do trabalho não se encontra agasalhado pela teoria geral do processo civil.

## 2. Dos procedimentos e do procedimento trabalhista

Sem querer se aprofundar nas diversas teorias que definem o processo e o procedimento, podemos ter este último, para fins de compreensão do que se fala, como o rito processual a ser observado em cada processo judicial, a partir da propositura da ação.

O procedimento civil, por sua vez, divide-se em comum e especial. Aquele primeiro está regulado no CPC como o procedimento que deve ser utilizado para a generalidade das demandas judiciais; o segundo, regulado no próprio CPC e em legislação esparsa, divide-se em procedimentos especiais de jurisdição voluntária e de jurisdição contenciosa.

Ensina, sinteticamente, Adroaldo Fabrício Furtado, que,

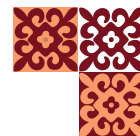
“em tema de procedimento (ou rito, ou forma do processo), a técnica legislativa usual é a de começar-se pela definição de um modelo procedimental básico, destinado à adoção na generalidade dos casos, verdadeiro rito-padrão, para se estabelecerem depois, com base nele, as variações por supressão, acréscimo ou modificação de atos, donde resultarão procedimentos mais ou menos distanciados do modelo fundamental, segundo a intensidade e número dessas alterações.

Em regra, o procedimento-tipo é formal e solene, procurando cercar o exercício da função jurisdicional das mais amplas garantias e franquear às partes os mais largos caminhos de discussão, de prova e de impugnação das decisões. O procedimento assim estruturado - geralmente denominado comum ou ordinário - serve ao volume maior e principal das causas, às situações mais frequentes e destituídas de peculiaridades aptas a justificar um tratamento diferenciado... Esse procedimento por assim dizer genérico funciona também como um standard básico, seja no sentido de que a partir dele se constroem os outros, específicos, seja porque em numerosos casos a diversidade destes em confronto com aquele é parcial e condicionada, de tal sorte que o trâmite processual, iniciado em forma diferenciada, retorna ao leito comum do rito básico a partir de certo momento ou a depender de uma dada condição. A tudo isso se acresça que, exatamente por terem sido fixados como um modelo, os termos do procedimento ordinário prevalecem também no especial, na medida em que as regras jurídicas a este pertinentes sejam omissas: vale dizer, as normas do rito genérico enchem os vazios da regulação dos especiais, a estes aplicando-se subsidiariamente”.

Neste sentido, basta lembrar o art. 566 do CPC/15 que manda aplicar às ações possessórias as disposições que regem o procedimento comum.

Os motivos que induzem a criação dos procedimentos especiais são diversos. Eles podem ser desde a modesta expressão econômica ou jurídica, a fatores de ordem política, social, vinculadas ao próprio direito material, etc, ou, ainda, dadas às peculiaridades que cercam a tutela jurisdicional pretendida.

Em regra, os ordenamentos jurídicos também criam procedimentos sumários para atender situações especiais ainda que não dispense a cognição exauriente. Ela é sumária, limitada, daí porque se dispensa solenidades, abreviam-se prazos, restringe-se a atuação das partes, podam-se recursos, etc.



Como ensina Cândido Rangel Dinamarco,

“a realidade dos conflitos e das variadas crises jurídicas em que eles se traduzem gera a necessidade de instituir procedimentos diferentes entre si, segundo peculiaridades de diversas ordens, colhidos no modo-de-ser dos próprios conflitos, na natureza das soluções ditadas pelo direito substancial e nos resultados que cada espécie de processo propõe-se a realizar”.

Em suma, por ser o processo instrumental, “sempre, o procedimento deve ser adaptado à realidade dos conflitos e das soluções buscadas”.

E aqui cabe outra ressalva para melhor compreensão do debate. O procedimento especial, para fins didáticos, deve ser entendido como sendo aquele que não adota o rito geral regulado no CPC, valendo-se de regras mais especiais e tão-somente se socorrendo das regras do procedimento comum de forma subsidiária ou supletiva.

Assim, temos que todos os procedimentos previstos em lei que não adota o rito do procedimento comum regulado no novo CPC, mas tem as suas disposições como fonte subsidiária ou supletiva, são classificados como de rito especial.

Daí se tem, então, que, considerando apenas a jurisdição civil, devemos incluir entre as ações com ritos especiais não só os procedimentos especiais tratados no CPC, como, também, todas as outras ações de natureza civil que possuem ritos específicos, tratados na legislação esparsa, e que têm as regras do procedimento comum como fontes subsidiárias ou supletivas. Aqui, portanto, incluímos, dentre outros, o mandado de segurança, a ação rescisória, a ação cautelar, a ação de execução, a ação judicial que corre perante a Justiça Eleitoral, as ações perante os Juizados Especiais e as típicas ações trabalhistas (reclamação trabalhista, inquérito judicial, ação de cumprimento, procedimento sumaríssimo e dissídios coletivos).

Neste sentido, a ação trabalhista, em verdade, é um procedimento especial, disciplinado em legislação específica (esparsa, em relação ao CPC) e que têm, inclusive, expressamente, as regras do procedimento comum regido pelo CPC como fonte subsidiária ou supletiva (art. 15 do novo CPC), desde a teoria geral do processo aos meios de impugnação às decisões judiciais, tal como ocorre em relação aos demais procedimentos especiais disciplinados por outras leis. Em suma, é um processo civil especial.

Tal procedimento especial trabalhista, por sua vez, tem razão de ser no surgimento das questões sociais no início do Século XX, na preocupação do Estado com as condições de trabalho, na tomada de consciência dos trabalhadores e no desequilíbrio socioeconômico do empregado em face do tomador dos serviços. A estas razões podemos ainda lembrar outros motivos, tais como a ineficiência do procedimento ordinário para resolver os litígios trabalhistas e o surgimento do direito do trabalho destacado do direito civil. Tais motivos e razões, pois, levaram o legislador a criar um procedimento diferenciado para as demandas judiciais trabalhistas.

Interessante notar que, por semelhantes razões e motivos, já no final do Século XX, ao menos no Brasil, o legislador passou a adotar medidas, inclusive processuais, para proteção do consumidor.

### 3. Elementos essenciais do processo do trabalho

Feitos os esclarecimentos acima, cabe-nos investigar se os elementos essenciais do procedimento trabalhista lhe distinguem dos demais procedimentos judiciais civis de modo a poder lhe afastar do âmbito deste último.

Jaime Guasp aponta cinco categorias distintas para essa análise: sujeitos, objeto, atos, procedimento e efeitos no processo.

Quanto aos sujeitos, são os mesmos que podem ser sujeitos em outro qualquer processo judicial: o órgão judicial e as partes em litígio. Parte, por óbvio, entendido em seu sentido processual, ou seja, como a pessoa titular de uma situação ativa ou passiva em relação à pretensão. Não é, outrossim, o fato de que na demanda trabalhista se enfrentarem de modo geral o empregado e o empregador que se revela qualquer autonomia. Fosse assim, dada as semelhantes condições (desequilíbrio, proteção, etc), as demandas envolvendo menores deveriam também ser por rito especial.

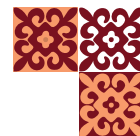
Da mesma forma, a existência de órgão próprio para apreciar a demanda trabalhista não torna o processo do trabalho autônomo. Do contrário, teríamos que afirmar que a ação judicial em curso na Justiça Eleitoral também seria autônoma em relação ao processo civil, da mesma forma que a ação que tramita nos Juizados Especiais. E nenhum doutrinador aponta que esses outros processos (eleitorais e nos Juizados) sejam autônomos. E vejam que a organização dos Juizados Especiais em muito se assemelha à Justiça do Trabalho. Basicamente a diferença está na falta de autonomia administrativa dos Juizados. De resto, são órgãos judiciais próprios, separados e autônomos em relação à Justiça Estadual e à Federal.

Quanto ao objeto, ele é idêntico a qualquer outro, isto é, a satisfação do direito.

Os atos processuais realizados no procedimento trabalhista não se diferenciam dos atos do processo civil, sendo apenas, em alguns casos, sujeitos às regras mais especiais. De um modo geral, aliás, o processo do trabalho se vale do processo civil para definição e realização desses atos.

Em relação ao procedimento, “o processo do trabalho e as diversas atividades que realizam seus objetos se ordenam em um procedimento igual a qualquer outro tipo processual”. Aliás, há um paralelismo substancial nos procedimentos, especialmente quando comparado o processo do trabalho ao rito dos Juizados Especiais.

Aliás, pode-se afirmar que o antigo rito sumaríssimo previsto no CPC/73, o atual rito comum disciplinado no CPC de 2015 e aquele estabelecido para os Juizados Federais, em verdade, valeram-se da experiência trabalhista.



Por fim, quanto aos efeitos, ele é idêntico a qualquer outro, já que o processo do trabalho também busca a formação da coisa julgada.

E mais. Podemos afirmar que o estudo, em relação ao processo do trabalho, das regras de competência, legitimidade, capacidade, invalidade processual, procedimento, jurisdição, ação, relação jurídica processual, provas, impugnações, dentre outros institutos de direito processual, não se diferiam em nada do estudo dessas mesmas figuras em relação ao processo civil. Quando muito, estudam-se as regras mais especiais, que dão tempero e eventualmente regime jurídico diverso a todos esses institutos.

#### **4. Conceitos fundamentais do processo e sua aplicação às ações trabalhistas**

Verificamos, acima, que, em seus elementos essenciais, o processo do trabalho, assemelha-se a qualquer outro feito civil.

Temos, ainda, para bem revelar essa identidade, que os conceitos fundamentais do processo civil também se aplicam ao processo do trabalho.

Assim é que o processo do trabalho é mero instrumento de restauração da ordem jurídica, compondo o conflito laboral, assim como o processo civil é instrumento de satisfação do ordenamento civil, buscando a pacificação social na esfera não-trabalhista.

Em nada o processo do trabalho se diferencia, quanto ao conceito fundamental do processo civil, de busca da concretização da ordem jurídica.

Outrossim, como já destacado acima, os conceitos processuais mais fundamentais, que tratam da ação, jurisdição e processo, em nada se diferenciam.

A existência de órgãos próprios para apreciar a demanda trabalhista, por outro lado, não daria, por si só, autonomia ao processo do trabalho, até porque não se pode confundir regra de competência, com regra de processo. Não é porque o processo tem curso na Justiça do Trabalho que ele muda de natureza. O mandado de segurança é uma demanda mandamental, que visa impugnar ato de autoridade, seja na Justiça do Trabalho, seja na Justiça Federal ou Estadual. Sua natureza não muda, ainda que a competência para apreciar a demanda seja afeta a outro Órgão Judiciário.

Aliás, podemos destacar que a típica demanda trabalhista – a reclamação trabalhista -, não passa de uma ação de cobrança de prestações pecuniárias, o mais das vezes. Ela, portanto, não se diferencia de qualquer ação ordinária de cobrança ajuizada na Justiça Comum, salvo quanto ao rito e a competência.

## 5. Princípios do processo do trabalho

Costumam apontar as diferenças entre estes dois processos quanto aos princípios reitores. Apontam que o processo do trabalho teria princípios próprios, que lhe distanciaria do processo civil.

Assim é que Humberto Theodoro Júnior aponta como princípio característico do processo do trabalho o da finalidade social, que, em outras palavras, seria o princípio da proteção do hipossuficiente aplicado ao processo judiciário. Princípio este inerente ao direito material do trabalho, mas que contaminaria o processo do trabalho.

Não temos dúvida de que esse princípio protetor atinge o processo do trabalho, de modo a justificar a incidência de regras processuais que acabam criando verdadeiros privilégios para o hipossuficiente.

Tal princípio, no entanto, por si só, não daria a pretendida autonomia ao processo do trabalho, até porque, todos os demais princípios que regem a ação laboral são comuns ao processo civil, a exemplo do princípio da oralidade, dispositivo, inquisitivo, da conciliação, da economia, da concentração, etc, ainda que com maior ou menor ênfase.

Ademais, o princípio protetor, em maior ou menor medida, também rege o processo civil na ação na qual seja parte o consumidor (que tem assegurado o direito a inversão do ônus da prova como instrumento de proteção ao direito material) ou, ainda, nas ações nas quais seja parte a Fazenda Pública, que goza de diversos privilégios processuais em proteção aos seus interesses (prazo em dobro, citação pessoal, etc).

E mesmo no novo CPC encontramos diversas regras que visam a proteger o demandante mais débil, a exemplo do alimentando quanto ao foro competente para demanda de alimentos (art. 53, inciso II), a preferência a ação na qual seja parte o idoso (art. 1.048, inciso I), etc.

Vê-se, assim, que nem o princípio da finalidade social de proteção do hipossuficiente é exclusivo do processo do trabalho (esse princípio da proteção também contamina o processo penal).

Não é, pois, por esta outra razão, que se pode sustentar a autonomia do processo do trabalho.

## 6. A busca equivocada da autonomia e o esquecimento do processo do trabalho

Ao certo, qualquer estudioso do processo civil brasileiro já deve ter percebido que, apesar do processo do trabalho não ser autônomo, há um fosso enorme que separa um do outro, além do esforço monumental em mantê-los distantes. Exemplo desse fosso, é o próprio CPC de 2015 que, no mais das vezes, ignorou o processo do trabalho e a Justiça do Trabalho até quando deveria ter se dirigido a eles em matéria que lhe compete regular. Para se demonstrar essa distância criada e compartilhada, basta citar que o recurso extraordinário, que tem curso em toda e qualquer ação judicial, mas está regulado no CPC como se apenas coubesse das decisões proferidas pela Justiça Estadual e Federal. Esqueceu o processualista civil, no entanto, que ele também tem cabimento na Justiça do Trabalho,





Eleitoral e Militar. No processo civil e penal. Logo, as regras postas no CPC, quanto ao processamento do recurso extraordinário, aplicam-se a toda e qualquer demanda judicial no Brasil. Aqui, pois, temos regras de processo constitucional e não somente de processo civil em sentido restrito.

Esse distanciamento do processo do trabalho em relação ao processo civil tem raízes na equivocada doutrina juslaboralista que sustenta sua autonomia, buscando distanciar o feito trabalhista das formalidades excessivas da demanda civil, bem como no não menos equívoco dos processualistas civis, que têm, em geral, ojeriza do processo laboral dada a informalidade das lides trabalhistas.

Ambas as posições, no entanto, são equivocadas, em prejuízo ao desenvolvimento do processo.

Esse prejuízo fica bem claro quando verificamos que as reformas processuais levadas a efeito nos últimos anos têm deixado de lado o processo do trabalho, que acaba por ficar “para trás”, tendo que se socorrer a “malabarismos” para compatibilizar as regras processuais da CLT às novas normas do CPC, muitas vezes, quase que inconciliáveis.

Exemplo temos em relação ao fim da ação de execução por título executivo judicial, que foi retirada do CPC, mas ainda permanece na CLT! Isso sem esquecer que a liquidação por simples cálculos ainda continua a ser previsto na CLT nos moldes do CPC/73 em sua versão originária.

Por outro lado, a falta de estudo do processo do trabalho por parte dos processualistas civis conduz à falta de percepção de práticas processuais que, transportadas para o processo civil, apenas contribuiriam para seu aperfeiçoamento. Podemos mencionar, como exemplo a ser seguido, a regra de contagem do prazo a partir da data da comunicação à parte e não, da juntada aos autos do mandado respectivo (com isso se evitam ‘custos por fora’, perda de tempo e artimanhas abusivas). Essa é uma prática salutar do processo do trabalho, existente há mais de setenta anos e que, ao certo, iria contribuir para celeridade do feito civil.

Aliás, estamos certo, que o processo civil precisava (e continua a precisar em diversos tópicos), antes de tudo, de uma reforma “cartorária”, ou seja, é preciso mudar o processo civil em suas práticas burocráticas, cartorárias. Quanto mais se eliminar a atividade do servidor, ao certo mais o processo irá se desenvolver normalmente.

Assim, além da mudança da regra da contagem do prazo acima mencionado (eliminando um ato do servidor para início da contagem do prazo, lembrando que a juntada do mandado será indispensável para verificação do dia a quo), podemos destacar a regra da CLT que determina a citação do réu pelo distribuidor ou pelo diretor da vara quando este recebe diretamente a demanda, o que, ao certo, contribuiria para maior celeridade do feito cível.

Desse modo, podemos concluir, neste ponto, que em nada contribui para o aperfeiçoamento da legislação processual brasileira a tentativa de afastar o processo do trabalho do processo civil, além de faltar consistência científica a qualquer argumento neste sentido.

Contudo, apesar de nosso pessimismo, entendemos que esse afastamento tende a diminuir em face do disposto no art. 15 do CPC de 2015. Tal dispositivo, em verdade, acabou por atrair o processo trabalhista à sua casa originária, como quem quer se reconciliar após uma longa relação de estranheza.

## 7. Da regra supletiva e da regra subsidiária

O art. 15 do novo CPC dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A primeira questão a ser tratada é quanto a definição do que seja regra supletiva e quando estamos diante de uma regra subsidiária.

A primeira ideia que nos vem à mente é que a regra supletiva e a subsidiária são aplicadas sempre na omissão ou lacuna. Tais expressões serviriam, assim, para tratar do mesmo fenômeno. Contudo, como diz antigo brocardo interpretativo, a lei não contém palavras inúteis. Logo, devemos estabelecer a distinção em regra supletiva e regra subsidiária, ao menos para fins de incidência do direito processual civil no processo do trabalho.

E a resposta nos é dada pelo sub-relator da proposta legislativa que incluiu no projeto do novo CPC a expressão “supletiva”. Para o Deputado Efraim Filho, “aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa”. Sútil diferença que procuraremos ressaltar e que, na prática, vem dar solução a uma questão pouco resolvida no processo do trabalho que é da incidência da regra do direito processual civil mesmo quando não há lacuna na CLT.

É bem verdade que parte da doutrina entende que regra supletiva é aquela que visa a “suprir a ausência de disciplina na lei omissa; a aplicação subsidiária, por sua vez, é auxiliar, operando como que a dar sentido a uma disposição menos precisa”.

Talvez essa seja a definição mais correta. Contudo, no direito processual, tradicionalmente tem se entendido que a regra subsidiária se aplica quando diante da lacuna. Mas, em suma, a ordem dos fatores não altera o resultado.

Podemos nos valer da ideia do que seria uma omissão absoluta (ou integral) e uma omissão relativa (parcial) para apontar essa diferença. Isso porque o próprio art. 15 do novo CPC estabelece que somente “na ausência de normas... as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. A omissão, portanto, tanto deve ocorrer para aplicação da regra supletiva, como para a regra subsidiária.



Para uma melhor compreensão, no entanto, caberia distinguir a omissão que seria do complexo ou sistema normativo, da omissão relativa ao tratar de um determinado instituto jurídico.

A aplicação subsidiária teria, assim, cabimento quando estamos diante de uma lacuna ou omissão absoluta. Ou, em outras palavras, quando omissos o sistema ou complexo normativo que regula determinada matéria (o processo do trabalho, no nosso caso). Por esse fenômeno, a regra subsidiária se integraria à legislação (sistema) mais especial omissos com objetivo de preencher o vazio deixado pelo corpo de regras que tratam de determinada matéria. Preencheria os claros do complexo normativo mais especial (em relação ao sistema geral), com novos preceitos.

Por outro lado, comumente também se diz que a norma supletiva visa a suprir a falta da regra ou, quando diante de um negócio jurídico, da manifestação da vontade. Exemplo, no direito do trabalho, é a regra supletiva do valor do salário estabelecida no art. 460 da CLT. Cabem as partes contratar o valor do salário. Na omissão, porém, prevalece a regra do art. 460 da CLT, que determina que, neste caso, o salário será igual ao daquele “que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”. A regra supletiva, assim, teria como objetivo suprir as omissões do contrato, incidindo nas hipóteses nas quais os contratantes poderiam dispor, mas foram omissos. Mas este é um conceito de direito material.

Para fins de direito processual, no entanto, essa definição não se adequa aos fins previstos no art. 15 do novo CPC. Daí porque se pode ter que a regra supletiva processual é aquela que visa a complementar uma regra principal (a regra mais especial incompleta). Aqui não se estará diante de uma lacuna absoluta do complexo normativo. Ao contrário, estar-se-á diante da presença de uma regra, contida num determinado subsistema normativo, regulando determinada situação/instituto, mas cuja disciplina não se revela completa, atraindo, assim, a aplicação supletiva de outras normas.

Para ficar claro podemos apontar alguns exemplos no direito processual do trabalho.

O primeiro exemplo que pode ser lembrado é o das hipóteses de impedimento e suspeição das testemunhas. A CLT, em seu art. 829, laconicamente, estabelece que “a testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação”.

Aqui a CLT cuidou de uma hipótese de impedimento (“parente até o terceiro grau civil”) e outras duas de suspeição (“amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes”). A partir de tal norma não se pode, então, afirmar que a CLT (o “complexo normativo”) seja omissa a respeito desse tema. Não. Ao contrário, ela cuidou de apontar quais seriam as pessoas impedidas e suspeitas para depor como testemunhas no processo do trabalho. Mas por óbvio que esse regramento é incompleto. Basta lembrar que a CLT sequer inclui o cônjuge (que não é parente) como pessoa a impedida para depor como testemunha ou ainda o juiz que anteriormente atuou no feito como advogado da parte.

Daí, então, podemos afirmar que, neste caso, a regra do CPC que trata dos impedimentos e suspeições das testemunhas visa a complementar o que já está disciplinado na CLT. Ao que já dispõe a CLT, soma-se a regra supletiva.

Da mesma forma: a CLT não contém regra sobre as testemunhas incapazes de depor. Logo, aqui estamos diante de uma lacuna existente no sistema normativo, já que falta a disciplina legal no processo do trabalho a este respeito. Aplica-se, então, neste caso, a regra subsidiária diante da lacuna absoluta sobre essa questão de incapacidade da testemunha.

Outro exemplo que podemos citar é o das hipóteses de cabimento dos embargos à execução. A este respeito, a CLT não é omissa, pois no § 1º do seu art. 884 dispõe expressamente que nos embargos à execução “a matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”.

Observem que a CLT chega a ser imperativa ao afirmar que a matéria “será restrita” ao que aponta como questões de defesa. Contudo, mais uma vez se tornou consenso que a CLT, apesar de não ser lacunosa, é incompleta no que se refere a esta regra disciplinadora, daí porque se entende majoritariamente que o executado pode alegar em sua defesa todas as matérias apontadas no CPC para hipótese de cabimento da impugnação ao cumprimento da sentença. O CPC, assim, neste caso, atua como regra supletiva, complementando a CLT.

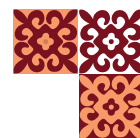
A CLT, por outro lado, é completamente omissa, por exemplo, a respeito da tutela provisória. Logo, neste caso, aplica-se a regra subsidiária do CPC que trata da matéria.

Mas outra questão que deve ficar clara é de se saber quando estamos diante de uma omissão parcial a se poder recorrer à regra supletiva. Identificar a omissão absoluta ou integral é fácil. Isso porque, neste caso, na legislação especial inexistiria qualquer dispositivo tratando de determinado instituto/matéria jurídico.

Já quanto a omissão parcial podemos afirmar que estamos diante dela sempre que a legislação processual mais especial cuida de regular determinada matéria/instituto jurídico de forma menos abrangente do que no processo civil. Ou seja, em sentido inverso, sempre que o CPC trata de determinada matéria/instituto de forma mais abrangente (mais ampla) do que a ela é tratada pela legislação processual especial, as regras daquele diploma processual básico incidiram de forma supletiva no procedimento especial, salvo expressa disposição em contrário.

Os exemplos acima citados confirmam essa regra. Por ser regulado de forma mais abrangente (mais ampla) pelo CPC, por exemplo, é que os institutos dos impedimentos e suspeição das testemunhas, tal como disciplinados neste diploma legal processual básico, aplicam-se ao processo do trabalho, apesar de neste existir regra tratando da matéria. O mesmo ocorre com diversas outras matérias, a exemplo das hipóteses de defesa em embargos à execução, no impedimento e suspeição do juiz (art. 801 da CLT), etc.

Contudo, duas ressalvas devem ser postas de modo a não incidir a regra supletiva mesmo quando diante de uma suposta omissão. Primeiro porque, da norma mais especial



se pode extrair a impossibilidade de aplicação da regra supletiva dada a própria disciplina da matéria. Tal ocorre quando a legislação mais especial esgota a matéria, não deixando margem para aplicação supletiva.

Exemplo mais marcante (desmentida pela praxe forense) seria do § 1º do art. 884 da CLT, que dispõe que nos embargos à execução “a matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”.

Vejam que aqui o legislador quis peremptoriamente restringir a hipótese de cabimento dos embargos à execução. Logo, descaberia a incidência da regra supletiva. Esse, porém, não é o entendimento dominante, o que bem revela a complexidade da matéria...

Contudo, de qualquer forma, podemos ter que sempre que a lei mais especial dispõe de forma a esgotar a matéria, descabe se pensar em aplicação supletiva.

A segunda ressalva a ser destacada é quando estamos de uma omissão que configura o silêncio eloquente. Silêncio eloquente é aquela situação na qual “a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia” (STF, in RE 0130.552-5, ac. 1a. T., Rel. Min. Moreira Alves, in LTr 55-12/1.442) ou de qualquer regra supletiva ou subsidiária.

Em suma, estamos diante dessa situação quando o legislador dispõe sobre determinada matéria/instituto e desse regramento se extrai a conclusão de que nenhuma outra regra seria aplicável a hipótese, não se admitindo, assim, a incidência de qualquer outra norma sobre a mesma questão, seja ampliativa ou restritiva. Contudo, neste caso, o legislador não deixa de forma expressa a impossibilidade dessa incidência analógica, ampliativa, etc. Em outras palavras, na primeira hipótese, o esgotamento da matéria seria expresso. No silêncio eloquente, a disciplina estaria disciplinada exhaustivamente de forma implícita.

Podemos, aqui, então, mencionar a hipótese da regra de nulidade processual. A CLT, em seu art. 795, estabelece a regra geral de que “as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”. Já no § 1º estabeleceu uma exceção a essa regra, qual seja, de que cabe declarar “ex officio a nulidade fundada em incompetência de foro”.

Aqui, a CLT teria esgotado a matéria. Previu a regra geral e estabeleceu uma exceção. O CPC de 2015, porém, contém a mesma regra geral em seu art. 278 isto é, de que “a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. Contudo, de maneira mais abrangente, em seu parágrafo único, estabeleceu que “não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento”. Ou seja, pelo CPC cabe ao juiz reconhecer toda e qualquer nulidade absoluta. Tal regra é mais abrangente do que aquela da CLT. Logo, poder-se-ia pensar em aplicação supletiva. Contudo, do que se extrai do texto da norma mais especial é que ela somente quis estabelecer uma exceção apenas, apesar de não ter sido expressa ou peremptória neste sentido. Teria, assim, o legislador mais especial esgotado a disciplina da matéria, afastando a incidência supletiva.

O silêncio do legislador quanto a declaração de ofício de outras nulidades que não aquela mencionada na CLT, configuraria uma omissão eloquente, isto é, não se cuida de uma omissão propriamente dita, mas de regular a matéria de forma exaustiva, não deixando margem para a incidência de outras regras ampliativas, restritivas ou de exceção.

Outro exemplo que aqui se pode citar é o da regra de deserção. A legislação processual trabalhista prevê que o preparo (recolhimento de custas e depósito recursal) deva ser realizado e comprovado no prazo recursal e com o recurso. Tão somente. O CPC de 1973, todavia, em regra que se repete no CPC de 2015, também contém regra idêntica (art. 511, CPC/73 e art. 1.007, CPC/15). Contudo, no § 2º do art. 511 do CPC de 1973 e no § 2º do art. 1.007 do CPC/15, estabeleceu o legislador processual civil que em caso de insuficiência do valor do preparo, cabe ao juiz intimar a parte para suprir o vício no prazo de cinco dias.

Tal regra do CPC, no entanto, jamais foi aceita como aplicável ao processo do trabalho. Isso porque, em outras palavras, tem-se que quando o legislador processual trabalhista tratou desta matéria, estabelecendo, tão somente, que o preparo deveria ser realizado e comprovado no prazo recursal, não prevendo a possibilidade de concessão de prazo para complementar o preparo insuficiente, teria aquele esgotado a disciplina da questão. Sua omissão quanto esse prazo para sanar o vício teria sido eloquente, isto é, não que tivesse sido omissivo de modo a atrair a regra supletiva, mas, sim, que ao não prevê a concessão desse prazo é porque não o queria. Descaberia, assim, neste ponto, a aplicação supletiva.

Assim, em suma, neste ponto, podemos concluir que a regra subsidiária visa preencher a lacuna integral (omissão absoluta) do corpo normativo. Já a regra supletiva tem por objeto dar complementação normativa ao que foi regulado de modo incompleto (omissão parcial). Ali falta a regra, aqui a regra é incompleta. Ali, supre-se a ausência da regra; aqui, complementa-se a regra que não esgota a matéria.

## 8. Revogação da regra de subsidiariedade contida na CLT

Outra questão que deve ficar clara é quanto a revogação ou não do art. 769 da CLT a partir do disposto no art. 15 do CPC de 2015.

Primeiro é preciso deixar claro o art. 15 do novo CPC não é uma regra de processo civil. Este dispositivo, em verdade, é regra de direito processual do trabalho, de processo judicial eleitoral e de processo administrativo. O art. 15 do CPC, aliás, não se aplica ao processo civil em sentido restrito. Daí então, surge o questionamento, neste caso ele teria revogado o art. 769 da CLT?

Vejam que o art. 769 da CLT dispõe, verbis:

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.



Já o art. 15 do novo CPC estabelece que, verbis:

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

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. 2ª 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.

Cabe, por fim, neste ponto, ressaltar que o disposto no art. 889 da CLT, por ser norma mais especial em relação à regra da subsidiariedade, não foi afetado pelo novo CPC. Assim, no que se refere à fase de execução, a fonte subsidiária principal é o do “processo dos executivos fiscais”. O CPC, neste caso, seria fonte subsidiária secundária. Contudo, diante da regra geral do art. 15 do novo CPC, este passa a atuar também como fonte supletiva na execução trabalhista.

Cabe, por fim, ressaltar que ainda que o novo CPC não tenha disposto expressamente quanto a revogação do art. 769 da CLT, como recomenda o art. 9º da LC n. 95/98, daí não se pode concluir que a norma consolidada não teria sido revogada. Isso porque o art. 9º da LC n. 95/98 estabelece, enquanto regra dirigida ao legislador, é que este, ao dispor sobre uma matéria que redundará na revogação de outra regra, seja expresso, enumerando as leis ou disposições que serão revogadas.

Contudo, quando diante da omissão do legislador em não apontar expressamente esses dispositivos, tal não afasta a incidência da regra da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), que dispõe que “a lei 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), lembrando que o art. 15 do CPC/15 é norma tão especial quanto ao do art. 769 da CLT.

Uma outra questão, porém, ficou duvidosa. Cuida-se da aplicação subsidiária e supletiva da regra compatível com o processo do trabalho.

## 9. Compatibilidade com o processo do trabalho

Confirmada a revogação do art. 769 da CLT, ficaria, então, uma dúvida: e a ressalva contida na sua parte final (“exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título) continuaria a vigor?

Revogada a regra, por certo que essa ressalva final segue a mesma sorte. Ela estaria, portanto, revogada. Contudo, ainda que assim seja, nada se altera a este respeito. Isso porque por óbvio que ao se recorrer à regra subsidiária ou supletiva não se pode aplicar norma que seja incompatível com o que se pretende integrar ou complementar, sob pena de revogar o sistema ou a regra individual mais especial (omissa ou incompleta), já que se estaríamos diante de uma antinomia, isto é, um conflito entre normas.

E aqui, então, devemos lembrar que a incompatibilidade mencionada na CLT é, nada mais, nada menos, do que uma situação de conflito de normas. Conflito entre a norma do processo comum com a norma do processo do trabalho.

Vejam, neste sentido, que, em havendo uma regra subsidiária ou supletiva incompatível com a legislação processual trabalhista, estaríamos diante de um conflito de normas (CPC x CLT). Logo, esse conflito de normas se resolve pelos critérios de suas resoluções. E, como se sabe, são três os critérios que podem ser aplicados quando diante de um conflito de normas: da hierarquia, temporal e da especialidade.

Pelo critério da hierarquia, a norma superior prevalece sobre a inferior. Não seria o caso de sua aplicação no conflito entre CPC e CLT, já que ambas são leis de mesma hierarquia.

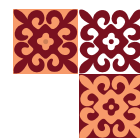
Podemos invocar o critério da temporalidade para reconhecer a revogação da CLT, já que o novo CPC é lei mais recente. Contudo, lembramos que, pelo terceiro critério (que é uma exceção ao segundo), a norma geral posterior não revoga a anterior se esta é lei mais especial. E é o caso da legislação processual trabalhista em face do CPC.

A legislação trabalhista é norma mais especial em relação ao CPC. Logo, o CPC não revoga a legislação processual trabalhista nas matérias por esta tratada. Daí se tem, então, que a regra supletiva ou subsidiária deve guardar coesão e compatibilidade com o complexo normativo ou a regra que se pretende integrar ou complementar.

Assim, se a norma do novo CPC se revela incompatível com o processo do trabalho (em seus princípios e regras), lógico que não se poderá invocar seus dispositivos de modo a ser aplicados de forma supletiva ou subsidiária.

Essa regra da compatibilidade, porém, gera uma imensa insegurança jurídica. Não à toa é muito comum os advogados afirmarem que cada juiz do trabalho tem em sua cabeça um “código de processo do trabalho”. Em cada Vara uma regra diferente. E essa afirmação não é inteiramente falsa. Isso porque, de fato, cada interprete acaba, por diversas razões, entendendo que há ou não há omissão e que determinado instituto é ou não compatível, gerando uma total insegurança jurídica.





Essa insegurança jurídica, todavia, continuará a existir enquanto não tivermos um código de processo do trabalho. E muito provavelmente tão cedo não teremos...

Contudo, a par dos equívocos de interpretação (que devem ser excluídos), o que cabe definir são os critérios que devem ser utilizados para, diante da omissão a ser suprida ou complementada, verificar se a regra subsidiária ou supletiva é compatível. E, infelizmente, nossa doutrina não procura apontar esses critérios, caindo, no mais das vezes, em apenas apontar que apenas se aplica que é compatível, sem definir o que seria essa compatibilidade.

Daí porque, procurando traçar esses critérios é que devemos partir do pressuposto de que, em geral, nas demandas trabalhistas se discute direito de natureza alimentar, atuando no feito uma pessoa que se encontra numa situação débil em relação ao seu contratante, daí porque o procedimento prima pela celeridade, simplicidade e busca de sua máxima efetividade.

Destas características se tem, então, que a compatibilidade deve respeitar os princípios constitucionais que regem todos os processos judiciais, mas em especial três desses princípios básicos: o do amplo acesso à justiça, o da duração razoável do processo (celeridade) e da efetividade da justiça. Lógico que, tudo isso, sem perder de vista que os demais princípios constitucionais processuais devem ser respeitados, especialmente o do devido processo legal e do contraditório.

Em outras palavras, salvo quando não se está diante de uma omissão absoluta ou relativa, toda e qualquer regra do CPC que busca ampliar o acesso à Justiça do Trabalho, seja compatível com a celeridade processual e busque ampliar a efetividade das decisões judiciais, ela será aplicável ao processo do trabalho.

E aqui, cito um exemplo para clarear esse entendimento. Cito a regra do art. 475-J do CPC de 1973, agora disposta no § 1º do art. 523 do CPC de 2015. A regra da incidência da multa de 10% sobre o valor devido pelo executado, caso não efetue o pagamento no prazo concedido, visa somente a ampliar os esforços para efetividade da decisão judicial. Com ela, busca-se “incentivar” o cumprimento voluntário da obrigação pecuniária. Logo, ela em nada se mostra incompatível com o processo do trabalho, partindo-se do pressuposto de que não há qualquer regra em contrário na CLT. Aqui, em verdade, há omissão parcial no regramento da CLT a respeito das consequências caso o devedor não pague seu débito no prazo assinalado em lei.

Outro exemplo, já mencionado acima, é o da deserção. A jurisprudência trabalhista, nesta matéria, tem sido extremamente rigorosa no tratamento desta matéria, não admitindo, em nenhuma hipótese, que a parte eventualmente possa suprir o vício, negando, assim, a incidência da regra supletiva, salvo na hipótese do recurso de revista que, conforme dispõe o § 11 do art. 896 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.015/14, permite que o TST, quando diante de recurso tempestivo, mas que contém defeito formal que não se repute grave, desconsiderar “o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito”.

Aqui, porém, cabe lembrar que a nossa Carta Magna assegura o inafastável direito de acesso à Justiça, inclusive aos tribunais. Para realizar esse direito, no entanto, o Estado

não apenas coloca à disposição dos jurisdicionados o aparelho Judiciário, como procura e tem o dever de criar as condições materiais para possibilidade o pleno uso desse direito. Do contrário, esse direito de acesso à Justiça não passará de uma mera ficção jurídica.

O exemplo clássico é o da pessoa pobre, que não tem condições de arcar com os custos do processo judicial. Neste caso, de nada lhe ficar assegurado o direito de ação, se dele não pode fazer uso por falta de dinheiro para pagar as custas processuais. Daí surge, então, o direito de assistência judiciária, com a isenção ou dispensa do pagamento das despesas processuais por quem não tem condições materiais de pagar pelas mesmas. Através dessa isenção, portanto, assegurasse ao mais necessitado o direito de acesso à Justiça.

E é a partir desse exemplo que se extrai uma regra basilar: a de que o legislador infraconstitucional não pode estabelecer condições ou requisitos de uso do direito de ação de modo a anular, na prática, esse direito fundamental. É o exemplo de cobrança de custas ao pobre ou de custas elevadas às pessoas que não são consideradas pobres.

Assim, de logo, podemos apontar duas consequências decorrentes do princípio do acesso à justiça: a primeira, a inafastabilidade do controle jurisdicional, que resulta no direito de ação; a segunda, a vedação de regras ou atos que impedem o acesso à justiça, inclusive através de exigências de requisitos não-razoáveis ou impeditivos ao exercício do direito de ação, como, por exemplo, a cobrança de custas a quem não pode arcar com essa despesa.

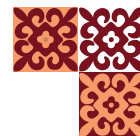
Neste último sentido, o legislador infraconstitucional também não pode exigir outras condições ou requisitos a serem observados para que seja possível a tutela definitiva, ou seja, a tutela de mérito. Seria a hipótese de o legislador exigir que o autor da demanda efetuasse um depósito prévio correspondente ao valor de seu pedido de condenação pecuniária, para garantir o ressarcimento de danos ao réu caso a ação seja julgada improcedente. Na prática, a exigência desse requisito anularia, na maior parte dos casos, ao certo, o direito de ação.

Daí se tem, então, que os requisitos ou condições processuais ou recursais devem passar pelo crivo do princípio da razoabilidade. O que foge ao razoável, anulando na prática, o direito de ação, há se ser considerado inconstitucional.

Neste sentido, viola também o direito de acesso à Justiça toda e qualquer exigência processual formal exagerada. Seria o caso de se indeferir a petição inicial porque ela não está com firma reconhecida. É razoável essa exigência?

Diga-se, ainda, que essas mesmas lições se aplicam quando da interpretação da norma. Sempre que possível, ela deve ser interpretada de forma a se assegurar, ao máximo possível, o direito fundamental de acesso à Justiça; jamais para restringir esse direito fundamental.

Complementando, ainda, este ponto, cabe ressaltar que o princípio do acesso à justiça apenas não veda os atos que impedem o exercício do direito de ação, mas também agasalha o subprincípio da efetividade da justiça, acompanhado do princípio da duração razoável do processo. Isso porque, de nada adiante assegurar o direito de ação se esta não



conduz à uma decisão judicial, ou a conduz de forma retardada, ou, ainda, quando esta não se efetiva.

O princípio do acesso à justiça, portanto, não só assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional e veda regras ou atos que impedem o acesso à justiça, como também agasalha o princípio da efetividade da justiça, em prazo razoável. Em suma, o princípio do acesso à justiça oferece as portas de entrada e de saída. Assegura o acesso e garante a efetividade da decisão que se busca, pois de nada adianta apenas assegurar o direito de ação se este não está acompanhado da garantia de que a Justiça irá, num prazo razoável, oferecer resposta à demanda.

Cabe esclarecer, ainda, que quando falamos em efetividade não queremos nos referir apenas à decisão judicial em si. Mas, sim, à decisão judicial e a sua concretude, satisfação, efetivação, cumprimento, num prazo razoável.

Lembramos, então, que, na busca da efetividade da Justiça, com o fito de alcançar um processo justo, nosso direito constitucional garante, enquanto regra geral, o acesso ao tribunal mediante recurso (princípio do amplo acesso à Justiça).

Daí se tem que na aplicação das regras infraconstitucionais que estabelecem requisitos e formalidades para o conhecimento do recurso é indispensável também que o julgador interprete as normas pertinentes de modo a respeitar as exigências do princípio da razoabilidade. Deve-se, assim, ao máximo, fazer valer a garantia constitucional fundamental de acesso ao tribunal, evitando-se interpretações que conduzem a exigências desproporcionais ou não-razoáveis.

Neste sentido, parece-me rigorosa a jurisprudência que sustenta a deserção do recurso quando a parte comprova o recolhimento das custas em documento inautêntico. Os Tribunais do Trabalho, aos milhares, assim vêm decidindo. Tal interpretação, data venia, não respeita o princípio da proporcionalidade, na ponderação de valores, por negar o acesso ao tribunal através do recurso, apegando-se mais ao formalismo do que à substância. Sacrificando, desproporcionalmente, o direito de ação (de acesso ao tribunal, neste exemplo).

Observe-se, inclusive, que, no exemplo acima mencionado, não se trata de deserção por falta de prova do recolhimento ou mesmo no seu não-recolhimento, mas sim, da prova deficiente quanto ao seu pagamento.

Seria mais razoável, assim, neste exemplo dado, na busca da efetivação do direito de acesso ao tribunal, que se concedesse prazo à parte para que exibisse o referido documento no original ou em cópia autenticada. E, tão-somente depois, é que se poderia pensar em acolher a preliminar de deserção. Esse exemplo, aliás, também vale para os depósitos recursais quando comprovados por cópias não autenticadas.

Esse mesmo raciocínio se pode ter em relação à deserção por simples erro no preenchimento das guias de recolhimento das custas, quando se constata o pagamento do tributo em favor da Fazenda Pública. Substancialmente o tributo foi recolhido. Deixar de

conhecer do recurso tão-somente porque incorretamente preenchida a guia de recolhimento é se apegar mais ao formalismo do que à substância, deixando em segundo plano o direito de acesso ao Tribunal (acesso a uma decisão de mérito).

Exemplo próximo a este temos quando as custas processuais, ao invés de recolhidas em favor da Fazenda Pública, erroneamente é deposita em conta à disposição do Juízo (como se fosse um depósito recursal). Neste caso, temos que, substancialmente o tributo foi satisfeito, ainda que não recolhido aos cofres da Fazenda Pública. É mais razoável, então, que o juiz determine seu recolhimento à Fazenda Pública (mande a ordem de transferência do crédito posto à sua disposição) do que não conhecer do recurso, sacrificando o direito de ação.

Pode-se exemplificar, ainda, em relação ao recolhimento a menor das custas ou do depósito recursal, em valor ínfimo. Não é razoável sacrificar o direito de acesso ao Tribunal por alguns poucos centavos...

Em todos os exemplos acima mencionados, portanto, data venia, os Tribunais têm se apegado mais aos formalismos exagerados do que à substância do ato. Sacrifica-se, assim, desproporcionalmente, o direito de ação ou de tutela definitiva.

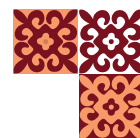
Em todas essas situações, portanto, parece-me plenamente compatível a aplicação supletiva do CPC que prevê a possibilidade de concessão de prazo para a parte recorrente sanar o vício da deserção.

Desse modo, concluindo neste ponto, devemos ter em mente que a compatibilidade da regra supletiva ou subsidiária sempre estará presente quando ela estiver agasalhada pelos princípios do acesso à justiça, da duração razoável do processo trabalhista e da efetividade das decisões judiciais.

### **9.1. Incompatibilidade e Conceito Jurídico Indeterminado**

Essa questão da compatibilidade das regras do processo civil ao processo do trabalho, por sua vez, remete-nos a outra questão, que é da fundamentação para rejeitar a aplicação da regra subsidiária ou supletiva.

E aqui queremos de logo mencionar que o CPC de 2015, em seu art. 489, inciso II, estabelece que não se considera fundamentada a decisão quando o juiz utiliza de conceitos jurídicos indeterminados “sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. E a regra da “incompatibilidade” é conceito jurídico indeterminado, pois ele, por si só, não define o que seja compatível. A expressão, pois, é vaga e imprecisa. Logo, em cada caso concreto o juiz deve argumentar demonstrando o que entende por ser compatível ou incompatível de modo a fazer incidir ou afastar a regra subsidiária quando diante de uma omissão, seja ela absoluta ou parcial.



Assim, ao decidir, o juiz deverá perseguir um iter de análise e fundamentação. Nesse sentido, primeiro, ele deve verificar se está diante de uma omissão de modo a atrair, a princípio, a regra subsidiária ou supletiva.

Nesta primeira etapa ele poderá rejeitar a aplicação da regra do CPC quando diante de norma expressa em sentido contrário na CLT. Exemplo: na legislação processual trabalhista a regra é do prazo de oito dias para recorrer. Logo, não há omissão quanto ao prazo recursal. Inaplicável, portanto, a regra respectiva do CPC, que fixa esse prazo em quinze dias. Aqui, em outras palavras, há conflito de normas (“incompatibilidade”), incidindo a regra mais especial (da CLT).

Veja que, nesta etapa, ao julgador caberá analisar individualmente a regra que pode ser aplicada de forma subsidiária ou supletiva.

Ultrapassada essa etapa e verificando o juiz que não há regra expressa em contrário e que, em tese, há norma da CPC que pode incidir no processo do trabalho, caberá, então, verificar se a sua incidência agride o sistema do procedimento processual mais especial da CLT. Aqui, deixa-se de lado a análise individual da regra, para uma apreciação sistêmica.

Nesta etapa o juiz deve verificar se a incidência da regra do CPC pode redundar na alteração da sistemática do procedimento judicial trabalhista. Por exemplo, as hipóteses de intervenção de terceiros.

Na lei que regula os Juizados Especiais há regra expressa não admitindo “qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência” (art. 10 da Lei n. 9.099/95). Não existe regra neste sentido na CLT. Logo, sendo omissa a CLT quanto as intervenções de terceiros, pode-se pensar, em tese, da compatibilidade da regra do CPC que trata desta matéria.

Podemos, porém, ter, em algumas hipóteses, como incompatível a intervenção de terceiro quando ela, por si só, causar alteração no rito procedimental estabelecido na CLT. E, neste sentido, cabe lembrar que os atos processuais, em geral, por força da lei, na demanda trabalhista são realizados de forma concentrada em audiência única de conciliação, instrução e julgamento, na qual o demandado também deve apresentar sua defesa. Logo, a partir deste rito, podemos, por exemplo, afirmar que a denúncia a lide formulada pelo réu em sua defesa afronta esse rito trabalhista, à medida que, se aceita, ela redundará na interrupção da audiência que deveria ser única. Com a denúncia, essa audiência haveria de ser suspensa, com a designação de outra, já que necessária a citação do denunciado, etc.

Logo, em hipótese como essa, o juiz pode fundamentar sua decisão de não aplicação da regra subsidiária diante da incompatibilidade do instituto processual regulado no CPC com o sistema procedimental trabalhista. Isso porque, neste caso, a aplicação do CPC redundará na mudança (“revogação”) da regra do processo do trabalho.

Vale, porém, em análise crítica, destacar que o exemplo acima mencionado, em sua fundamentação, cai por terra quando lembramos que o processo do trabalho admite a aplicação subsidiária do instituto da reconvenção. E ao admiti-lo, por certo que o rito

processual trabalhista também é agredido, pois diante da reconvenção cabe suspender a audiência na qual ela foi apresentada para, concedendo-se prazo ao autor da ação principal, em nova oportunidade seja apresentada a defesa do reconvido. Ou seja, da mesma forma se rompe com o sistema procedimental trabalhista concentrado.

Lembre-se, ainda, que a reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio, assim como pode ser proposta em face do autor da ação principal em litisconsórcio (§§ 3º e 4º do art. 343 do CPC). Logo, também neste caso pode ocorrer a ampliação subjetiva da demanda, tal como ocorre nas intervenções de terceiros.

Daí, então, fica a pergunta: por qual razão se aceita a reconvenção e não se admite a intervenção de terceiros. São as contradições de nossa jurisprudência e doutrina!

Por fim, neste iter de fundamentação da aplicação ou não da regra supletiva ou subsidiária, o juiz ainda pode motivar a rejeição da incidência da norma argumentando que ela fere os princípios processuais trabalhistas, daí porque “incompatível”.

Neste caso, caberá, então, ao juiz apontar qual princípio estaria sendo violado e em que medida, cabendo-lhe explicar o motivo da não incidência da regra do CPC no caso concreto.

E aqui lembramos que diversos princípios, já que postos na Constituição Federal, são comuns a todos os processos judiciais brasileiro. Assim, por exemplo, são os princípios da duração razoável do processo (celeridade), do contraditório, da ampla defesa, etc.

Logo, não cabe afirmar que a regra do CPC não se aplica em face do princípio da celeridade incidente no processo do trabalho, já que este princípio é comum a todos os processos judiciais no Brasil. Desse modo, se a regra se aplica ao processo civil, por óbvio ele deve guardar compatibilidade com o princípio da celeridade prevista na Constituição. Logo, em não sendo inconstitucional a regra do CPC, ela tanto é compatível com a demanda cível, como a trabalhista, pois ambos estão sob o manto do princípio da duração razoável do processo.

E, como ressaltado acima, não há princípio processual trabalhista que não seja comum ao processo civil brasileiro. Difícil, pois, será fundamentar a rejeição do instituto processual civil sob o argumento de ferir princípio processual trabalhista. Ao menos em argumentação sustentável na teoria geral.

## 10. Da aplicação da regra supletiva

Com a novidade a ser introduzida pelo novo CPC, no que se refere à sua aplicação supletiva no processo do trabalho, algumas questões controvertidas podem encontrar solução, talvez pacificando a jurisprudência.

Um exemplo que podemos citar é justamente em relação a incidência ou não da multa prevista no atual art. 475-J do CPC (art. 537, § 1º, do novo CPC).



O entendimento dominante no TST é de que essa sanção não se aplica por não haver omissão na CLT quanto a conduta “em face do título executivo judicial e as consequências de sua resistência jurídica”. Neste sentido, verbis:

“MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. 2.1. O princípio do devido processo legal é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Poder Judiciário, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. 2.2. A aplicação das regras de direito processual comum, no âmbito do Processo do Trabalho, pressupõe a omissão da CLT e a compatibilidade das respectivas normas com os princípios e dispositivos que regem este ramo do Direito, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT. 2.3. Existindo previsão expressa, na CLT, sobre a postura do devedor em face do título executivo judicial e as consequências de sua resistência jurídica, a aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC, no sentido de ser acrescida, de forma automática, a multa de dez por cento sobre o valor da condenação, implica contrariedade aos princípios da legalidade e do devido processo legal, com ofensa ao art. 5º, II e LIV, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido...” (Processo: RR - 17400-35.2009.5.08.0205 Data de Julgamento: 14/04/2010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010).

Entende-se que se deve

“investigar se o texto consolidado é omissivo quanto ao cumprimento do título executivo judicial, para, posteriormente, pesquisar-se a compatibilidade da norma processual comum a ser transposta ao Processo do Trabalho.

Assim, o art. 880 da CLT:

‘Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.’

Portanto, no que diz respeito à ação do devedor em face do título executivo judicial e às consequências de sua resistência jurídica, conclui-se que o texto consolidado não é omissivo” (Processo: RR - 110400-43.2008.5.13.0025. Data de Julgamento: 28/04/2010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010).

Conquanto questionável o entendimento acima, é fato, no entanto, que a regra do art. 880 da CLT é incompleta. Isso porque ela não disciplina a incidência de qualquer sanção para a hipótese de descumprimento da ordem de pagamento. Disciplina quanto as consequências da resistência jurídica, só que de forma parcial. Isso porque não prevê qualquer sanção ao devedor para a hipótese de descumprimento da ordem judicial.

Ainda que não omissa a CLT quanto a conduta “em face do título executivo judicial”, ela é incompleta quanto “as consequências de sua resistência jurídica”. Isso partindo-se do entendimento de que a consequência prevista na CLT, que seria a penhora de bens (“sob pena de penhora”), não cuida de imputar ao devedor uma sanção jurídica, mas, sim, de apenas alertá-lo que, diante da omissão, a execução continuará com a apreensão de bens para o pagamento da dívida. Essa “consequência” (penhora de bens) nada mais é do que um alerta do prosseguimento do feito executivo em sua etapa posterior ao não cumprimento da ordem de pagamento.

Ademais, as regras da CLT e do CPC seriam semelhantes. Isso porque, ambos sistemas estabelecem que o devedor deva ser intimado para pagar (um citado; outro intimado), ambos estabelecem um prazo para cumprimento da obrigação (48 horas ou 15 dias) e ambos estabelecem a possibilidade de penhora.

Contudo, o CPC, mais completo, impõe uma multa cominatória. Daí podemos afirmar que a CLT, neste ponto, seria incompleta, pois ela não disciplina sobre a aplicação de qualquer sanção ao devedor para a hipótese de descumprimento da ordem de pagamento em execução. Logo, diante dessa incompletude, caberá a incidência da regra supletiva do novo CPC.

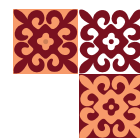
Um outro exemplo. Ainda recentemente o TST decidiu (CC-9941-32.2012.5.00.0000) que é inaplicável ao processo do trabalho a regra do art. 475-P, parágrafo único, do CPC/73 ao fundamento de que a CLT contém regra estabelecendo a competência para as execuções fundadas em título extrajudicial.

A regra da CLT é que a competência para as execuções extrajudiciais é do juízo que seria para conhecer da demanda de conhecimento respectiva (art. 877-A). Tal regra é a mesma do CPC/73 (art. 576), não se diferenciando em nada. E aqui, então, não estamos diante de uma omissão na CLT. Contudo, o CPC/73, em complemento a sua regra geral de definição de competência, estabeleceu que o credor pode demandar em execução no local onde se encontra os bens sujeitos à expropriação ou do atual domicílio do devedor (parágrafo único do art. 475-P, CPC/73).

Tal regramento complementar, assim, também seria aplicável ao processo do trabalho. Isso porque, como já dito, ela seria mera regra supletiva, complementar, portanto, ao regramento da CLT.

Estes, pois, são apenas alguns exemplos que podem ser citados como efeito prático da alteração que se introduzirá na legislação processual do trabalho a partir do texto do art. 15 do novo CPC.





E a partir dessa nova regra, diversas outras questões se descortinam, já que, doravante, não mais se poderá simplesmente alegar a falta de omissão para não incidência do CPC no processo do trabalho. Doravante, mesmo diante da existência de regra na CLT, mas desde que essa seja incompleta, cabe fazer incidir o novo CPC.

## 11. Conclusões

Postos os argumentos acima, apertadamente podemos concluir:

a) o processo do trabalho não guarda autonomia em relação ao processo civil brasileiro, não passando aquele de mais um dentre muitos procedimentos especiais previstos em nosso ordenamento processual.

b) a tentativa de se ressaltar a autonomia do processo do trabalho por parte dos processualistas trabalhistas e, por outro lado, o “esquecimento” do processo laboral por parte dos processualistas civis, somente têm contribuído para frear o desenvolvimento daquele e retardar a modernização deste outro.

c) o art. 15 do novo CPC revogou o art. 769 da CLT;

d) a partir da vigência do art. 15 do novo CPC, este diploma legal passará a ser fonte supletiva e subsidiária ao processo trabalhista, “na ausência de normas”;

e) a aplicação da regra subsidiária visa ao preencher a lacuna (omissão absoluta) do complexo normativo que regula determinado sub-ramo do direito ou instituto jurídico (o processo do trabalho, por exemplo);

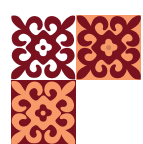
f) a aplicação supletiva visa à complementação normativa quando diante de regras mais especiais incompletas (omissão parcial);

g) a aplicação da regra subsidiária e da regra supletiva pressupõe a compatibilidade com o que se pretende integrar ou complementar, sob pena de revogar o sistema ou a regra mais especial (omissa ou incompleta);

h) a compatibilidade da regra supletiva ou subsidiária com o processo do trabalho sempre estará presente quando ela estiver agasalhada pelos princípios constitucionais processual, em especial do acesso à justiça, da duração razoável do processo trabalhista, do contraditório e da efetividade das decisões judiciais;

i) a regra supletiva tem aplicação sempre que a legislação processual mais especial (processo do trabalho) cuida de regular determinada matéria/instituto jurídico de forma menos abrangente do que no CPC, observada a sua compatibilidade;

j) não se deve aplicar a regra do CPC, de forma supletiva, quando do teor da legislação mais especial se conclui que ela esgotou a disciplina do instituto/matéria processual, ainda que se forma menos abrangente do que no processo civil;



k) também não se deve aplicar a regra do CPC de forma supletiva quando se estar diante de uma situação caracterizada pelo silêncio eloquente do legislador mais especial; e,

l) com a aplicação supletiva do novo CPC, diversos institutos processuais trabalhistas regulados de modo incompleto poderão ser completados, aperfeiçoando-os (e atualizando-os).

## 12. Referências

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. III v. São Paulo: Malheiros, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Justificação teórica dos procedimentos especiais**. In <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo57.htm>, acessado em 13/02/2005.

FERRAZ, Sérgio. **A norma processual trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

GUASP, Jaime. **Significación del proceso del trabajo em la teoria general del derecho procesal**. In: Estudios Jurídicos. Madrid: Civitas, 1996, p. 529-544.

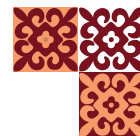
LIMA, Alcides de Mendonça. **Processo civil no processo trabalhista**. 3 ed. São Pulo: LTr, 1991.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELES, Edilton. **Procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_. **Competência e Procedimento na Justiça do Trabalho**. Primeiras Linhas da Reforma do Judiciário. São Paulo: LTr, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Os princípios do direito processual civil e o processo do trabalho**. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). **Compêndio de direito processual do trabalho**. Obra em memória de Celso Agrícola Barbi. São Paulo: LTr, 1998, p. 47-63.



# O ônus de provar a discriminação do trabalhador no emprego em face do §1º do art. 373 do CPC/2015

Eduardo Milléo Baracat<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução. I – Discriminação e Igualdade do Trabalhador no Brasil: Conceitos e Evolução Legislativa. 1.1 Discriminação e Igualdade. 1.2 Tutela do Trabalhador Frente a Discriminação: Ações Afirmativas e Medidas Coibitivas. II - O Ônus de Provar a Discriminação do Trabalho no Processo do Trabalho em face do Novo CPC. 2.1 O ônus da prova no processo do Trabalho: conceito e características. 2.2 A carga dinâmica do ônus da prova e o problema da discriminação no processo do Trabalho. Conclusão.

## Introdução

“As desigualdades de gênero e raça são eixos estruturantes da matriz da desigualdade social no Brasil que, por sua vez, está na raiz da permanência e reprodução das situações de pobreza e exclusão social” (Laís Abramo).<sup>2</sup>

A discriminação que se vê no ambiente de trabalho, contudo, não se limita apenas à raça e ao gênero, estendendo-se também aos idosos, trabalhadores com deficiência, gays, dentre outras minorias.

A discriminação viola o princípio da igualdade que representa valor fundamental que deve nortear todas as relações sociais.

A igualdade, enquanto direito fundamental, recebe especial proteção da Constituição brasileira, na medida em que o art. 5º, § 1º garante a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

O art. 7º, XXX, da Constituição, por seu turno, reconhece o direito fundamental de todo trabalhador de não sofrer discriminação em relação a fixação de seus salários, exercício de funções e critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

O art. 60, § 4º, também da Constituição, reforça a especial tutela dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro ao inclui-los dentre o rol das cláusulas pétreas.

A previsão textual na Constituição, por si só, não tem sido suficiente para a efetivação do direito fundamental da igualdade material dos trabalhadores – sobretudo no tocante ao gênero e a raça -, seja em virtude da ausência de medidas concretas do Poder

<sup>1</sup> Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba. Doutor pela UFPR/2002. Professor Titular do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

<sup>2</sup> [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252006000400020&script=sci\\_arttext](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252006000400020&script=sci_arttext), acesso em 01/12/2015.

Público, seja em virtude da persistente compreensão de que o texto constitucional é meramente programático, dependendo para sua efetividade de lei infraconstitucional.

A discriminação da mulher e do negro, seja em relação ao acesso ao emprego, seja no tocante à ascensão profissional, é pública e notória.

A PNAD de 2013 mostrou que as mulheres, embora representem, aproximadamente, 45,4% da população economicamente ativa, ocupam apenas 43,1% do mercado de trabalho (considerados empregados, trabalhadores por conta própria, domésticos e empregadores). A discriminação em relação ao gênero existe, ainda, em relação a renda, pois, mesmo que as mulheres tenham mais tempo de formação superior (7,9 anos, enquanto os homens, 7,4), auferem, em media, apenas 73,75% da renda dos homens.

A PNAD de 2013, ainda, indicou que os negros e pardos correspondem a 46,5% da população economicamente ativa, mas que representam apenas 40,1% da mão de obra ocupada. A renda dos negros e pardos, por outro lado, representa em torno de 50% da renda do branco.

Essa realidade não se alterou nos últimos anos, na medida em que carecem políticas públicas efetivamente inclusivas.

O trabalhador discriminado, por outro lado, não consegue, a partir das regras processuais existentes, comprovar a discriminação sofrida., pois essa prova que, via de regra, incumbe ao trabalhador é extremamente difícil, ou, até mesmo impossível.

O CPC de 2015 trouxe uma inovação interessante em relação à distribuição do ônus da prova: ampliou os poderes do juiz para, previamente, distribuir o ônus probatório, naquelas situações excepcionais, em que, de acordo com a teoria clássica, a realização da prova é impossível ou extremamente difícil.

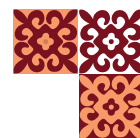
Trata-se, portanto, da previsão da carga dinâmica do ônus da prova.

Ante a autorização do art. 769 da CLT, de que o processo civil comum é fonte subsidiária do processo do trabalho, exceto naquilo em que, com este, for incompatível, pretende-se através da presente pesquisa, enfrentar o seguinte problema: em que medida a carga dinâmica do ônus da prova prevista no § 1º do art. 372 do CPC/2015 é aplicável ao processo do trabalho, sobretudo no tocante à prova da discriminação do trabalhador?

## **I – Discriminação e igualdade do trabalhador no Brasil: conceitos e evolução legislativa**

### **1.1 Discriminação e igualdade**

As Convenções internacionais que dispõem sobre discriminação preveem um núcleo conceitual caracterizado pelos predicadores da discriminação – distinguir, excluir, restringir ou preterir -, pelas causas que ensejam a discriminação – raça, cor, sexo, língua,



religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição – e pelos objetivos do sujeito que discrimina – anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos e liberdades fundamentais no campo político, social, cultural ou em qualquer outro domínio.<sup>3</sup>

Também se incluem entre os atos e práticas discriminadores aqueles em que se buscam privar minorias, quaisquer que sejam, “do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.<sup>4</sup>

Constata-se, desse modo, que a construção do conceito de discriminação visa ao reconhecimento do princípio da igualdade atributo inerente a todos os seres humanos, que tem em comum a mesma dignidade, base estruturante dos direitos humanos.<sup>5</sup>

A formulação do conceito de discriminação compreende além da violação do princípio de que todos possuem a mesma dignidade – a despeito das diferenças individuais e grupais –, também o desrespeito do “direito à diferença”, ou seja, o menoscabo do “direito ao reconhecimento da própria identidade cultural”.<sup>6</sup>

É essencial para a estrutura dos direitos humanos a diferenciação entre desigualdades e diferenças. Aquelas correspondem a situações em que se verifica uma posição de “superioridade-inferioridade”, entre pessoas ou grupos humanos, o que leva à obliteração do valor ético fundamental de que todas as pessoas possuem em comum a mesma dignidade. Assim, a desigualdade correspondente a negação da dignidade da pessoa. As diferenças, de forma oposta, representam todos os atributos e características que tornam os seres humanos únicos. Assim, as diferenças resultantes do sexo, da raça, das culturas e das orientações religiosas e sexuais fazem o humano um ser de complexidade e riqueza inesgotáveis. Ao mesmo tempo em que as contradições decorrentes das diferenças - próprias entre pessoas e grupos – permitem a evolução da humanidade, também são fonte de desigualdades.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Governo brasileiro, através do Decreto nº 592/92; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, ratificada pelo Governo brasileiro através do Decreto nº 65.810/69; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, ratificada pelo Governo brasileiro, através do Decreto nº 4.377/2002 ([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm), acesso em 28/11/2015).

<sup>4</sup> Art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Governo brasileiro, através do Decreto nº 592/92 (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, 3ª ed. SP: Saraiva, 2003, p. 318).

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, 3ª ed. SP: Saraiva, 2003, p. 232.

<sup>6</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, 3ª ed. SP: Saraiva, 2003, p. 318.

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, 3ª ed. SP: Saraiva, 2003, p. 287.

A igualdade, portanto, é um valor ético fundamental, pois possui uma repercussão de amplo alcance em todos os seguimentos da sociedade,<sup>8</sup> e deve ser defendido em face de práticas consideradas discriminatórias.

Embora a igualdade tenha sido uma exigência constante da vida coletiva, o significado, conteúdo e relevância de seu valor sofreram significativas variações ao longo da história, em razão de exigências religiosas, políticas, jurídicas, raciais ou socioeconômicas. Assim, é necessário para a compreensão da igualdade, considerar a multiplicidade de esferas nas quais incide, bem como o caráter histórico de sua realização.<sup>9</sup>

A dificuldade para a compreensão do sentido do valor igualdade está no fato de que como quase todos os grandes valores fundamentais apresenta proximidade com outros princípios ideais, tais como a liberdade, a justiça, o bem comum, que estão relacionados ao desenvolvimento ético-social da comunidade humana. Desse modo, o vocábulo igualdade já pretendeu significar realidades ou esperanças, verdades da natureza ou programas revolucionários, explicações racionais da condição humana ou a aspirações arbitrarias; já foi considerada realidade história, mas também, fantasia utópica, ou, ainda, representou o papel de uma bandeira: direito, dever, reivindicação ou obediência de uma lei suprema. De qualquer forma, a palavra igualdade representa ideias, valores e sentimentos díspares, produtos de concepções mundo, muitas vezes antagônicas.<sup>10</sup>

A busca pela concreção da igualdade, nos diversos segmentos sociais, cria inúmeras dificuldades, pois exige um esforço, seja de eleger o âmbito valorativo de incidência, seja de escolher os instrumentos adequados e eficientes para a realização desse valor.

Ou seja, a busca do ideal da igualdade material, passa pelo filtro das limitações impostas pelos instrumentos existentes que, a rigor, e quando muito, permitem apenas a realização da igualdade formal.

De qualquer maneira, de acordo com Pérez-Luño, é importante observar que, de acordo com uma perspectiva lógica, a igualdade possui três dimensões necessárias. A primeira, é a dimensão plural, em que se constrói a igualdade, a partir de uma pluralidade de pessoas, entre as quais se manifesta a condição de serem iguais. A segunda, a dimensão relacional, em que a pluralidade se desenvolve através de relações bilaterais ou multilaterais, de modo que não existe igualdade onde não se estabelece um determinado nexos entre entes. Por fim, a dimensão comparativa, em que a relação de igualdade se manifesta através da comparação entre os entes considerados. Necessita-se para isso, de um elemento que torne possível a comparação um *tertium comparationis*. Significa que dois ou mais entes são iguais, ou seja, pertencem a uma mesma classe lógica, quando entre eles concorrer uma qualidade comum, o *tertium comparationis*, que opera como um elemento definidor da classe - e são desiguais quando tal circunstância não se produz. A determinação desse termo de comparação é básica para qualificar dois ou mais entes como iguais. Um juízo

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 15.

<sup>9</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 16-17.

<sup>10</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 20.



comparativo se mostra necessário para se estabelecer quais entes e quais aspectos dos mesmos serão considerados relevantes para efeitos de igualdade.<sup>11</sup>

Essencial, portanto, verificar que a concreção da igualdade se realiza a partir de processos relacionais e comparativos da onde se inferem as equivalências, mas também, paradoxalmente, as diferenças.

A igualdade formal – aquela que se caracteriza pelo princípio da igualdade perante a lei – é melhor compreendida a partir das dimensões plural, relacional e comparativa.

A igualdade formal tem como fundamento elementar a exigência de segurança jurídica que está diretamente ligada a ideia de Estado de Direito. De fato, o princípio da igualdade perante lei mostra-se de suma importância para as revoluções burguesas do séc. XVIII que elencam dentre os seus principais objetivos, pôr fim ao sistema de imunidades e privilégios próprios do mundo feudal e proclamar a igualdade jurídica de todos os homens.<sup>12</sup>

Em que pese o reconhecimento da igualdade formal tenha representado um significativo avanço frente à realidade vivida até o séc. XVIII, os valores das revoluções burguesas - incluía-se também a liberdade -, levados a ferro e fogo pela classe dominante a partir do final do séc. XVIII e durante todo o séc. XIX, criaram outras formas de desigualdades e de exclusão.<sup>13</sup> Com efeito, a igualdade formal da sociedade capitalista fez nascer a exigência socialista de igualdade real e geral.<sup>14</sup>

No entanto, a busca pela igualdade material acarretou, em algumas sociedades socialistas, certo sacrifício às liberdades individuais, ao passo que nas democracias pluralistas dependeu do equilíbrio das condições sócio-econômicas e da ideologia das forças políticas que se alternavam no poder.<sup>15</sup>

De qualquer forma, a dicotomia igualdade formal e igualdade material, antes do que uma alternativa, representa um processo de ampliação do princípio da igualdade em sociedades pluralistas e democráticas. Assim, sua dimensão jurídica não pode desprender-se da realidade política, econômica e social que permeia sua concreção; por outro lado, sua dimensão material não pode pretender realizar seu programa de distribuição de oportunidades e de bens sem observar os requisitos formais que, em um Estado de Direito, garantem aos cidadãos a proteção contra abusos daqueles que exercem o poder.<sup>16</sup>

Especificamente no âmbito da discriminação do trabalhador, é importante observar que o Brasil ratificou a Convenção nº 111 da OIT, segunda a qual é vedada “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência

---

<sup>11</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 20-21.

<sup>12</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 19-20.

<sup>13</sup> IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1992, p. 21.

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 36.

<sup>15</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 40.

<sup>16</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 38

nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Não basta, todavia, apenas proibir a discriminação, sendo imprescindível a existência de medidas que busquem a implementação do direito à igualdade.

No Brasil, existem leis que tanto coíbem a discriminação, quanto tentam implementar a igualdade.

## **1.2 Tutela do trabalhador frente a discriminação: ações afirmativas e medidas coibitivas**

Na igualdade, como visto, aspira-se a inclusão, ao passo que a discriminação, por seu turno, acarreta a exclusão.

Ora, essa dualidade demanda programas que visem à inclusão, de um lado, e coibam a exclusão, por outro.

Existem, basicamente, duas formas de políticas públicas que visam a combater a discriminação e aos seus efeitos. Na primeira, o poder público estabelece normas, constitucionais e infraconstitucionais, de conteúdo meramente proibitivo ou inibitório a discriminação, prevendo, no máximo, a reparação do prejuízo sofrido pela pessoa discriminada. Através da segunda, o poder público estabelece normas que além de proibir o ato discriminatório, prevem medidas de promoção, afirmação ou restauração, com vistas a tornar efetiva igualdade entre as pessoas, a despeito de suas diferenças.<sup>17</sup>

As medidas de combate a discriminação no ambiente de trabalho, contudo, também podem advir da iniciativa privada, através da iniciativa individual do empregador, ou através de acordos com empregados ou sindicatos profissionais.

Os últimos anos mostraram preocupação do Poder Público brasileiro em relação a adoção de medidas protetivas em relação ao gênero no âmbito do acesso e manutenção do emprego.

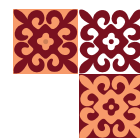
O inciso XX do art. 7º da Constituição de 1988 prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e no inciso XXX, proíbe a existência de diferenças de critérios para admissão de trabalhadores por motivo de sexo e cor. O art. 203, III, do mesmo diploma estipula que a assistência social será prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição à seguridade social, tendo dentre seus objetivos a promoção da integração ao mercado de trabalho.

A Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 9.459/97, tipifica como crime os atos que impeçam pessoa, devidamente habilitada, a ao acesso a cargo da Administração Pública Direta ou Indireta, bem como a concessionárias de serviços públicos, ou a emprego em empresa privada, que impliquem discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia,

---

17 BARBOSA, Joaquim. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. RJ: Renovar, 2001, p. 49.





religião. Também caracteriza crime quem por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica, deixa de conceder equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores, ou impeça ascensão funcional do empregado ou obsta outra forma de benefício profissional.

Ainda no tocante ao gênero, o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, referido no tópico anterior, estabelece cota para mulheres de, no mínimo 30% que cada partido ou coligação deverá observar dentre seus candidatos durante as eleições.

A Lei nº 9.799/99, por sua vez, inseriu o art. 373-A na CLT estabeleceu algumas medidas protetivas objetivando o acesso da mulher e do negro ao mercado de trabalho, dentre as quais, a vedação de publicação de anúncio de emprego no qual haja referência a sexo e cor (I), de se recusar emprego, promoção ou motivo da dispensa em virtude de sexo e cor, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível (II), seja considerado o sexo e a cor como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidade de ascensão profissional (III), de exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza para comprovação de esterilidade ou gravidez na admissão ou permanência no emprego (IV), de impedimento de acesso ou adoção de critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo ou cor.

O parágrafo único do art. 373-A da CLT, ainda incita a adoção, mesmo temporariamente, de medidas que visem ao estabelecimento de políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular aquelas que se destinem a corrigir as distorções que afetem a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

O art. 1º da Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, caracterizando como prática discriminatória a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, como também a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador que configurem indução e instigamento à esterilização genética e promoção e controle da natalidade.

Os programas que objetivam a inclusão, por outro lado, são as ações afirmativas e se caracterizam por medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, que buscam a inclusão de pessoas e grupos sociais tradicionalmente discriminados em decorrência da origem, raça, sexo, orientação sexual, idade, religião, deficiência física, dentre outros.<sup>18</sup>

Trata-se, portanto, de prática lícita onde se procura corrigir discriminação histórica de determinados grupos sociais, criando meios que permitam a igualdade formal entre as pessoas discriminadas e as não-discriminadas.

Em verdade, as ações afirmativas surgem como estratégia de combate a discriminação, na medida em que as regras meramente proibitivas ou aqueles que declaram a

<sup>18</sup> CRUZ, Alvaro Ricardo Souza. O direito à diferença. 2ª ed., BH: Del Rey, 2005, p. 143.

igualdade formal, mostraram-se, ao longo do tempo, insuficientes para permitir a efetiva igualdade material combatida por séculos de história.

Inicialmente, as ações afirmativas limitavam-se a mero encorajamento emanado do Estado para dirigentes das áreas públicas e privadas para considerarem a raça, a cor, o sexo e a origem das pessoas, ao depararem com questões relativas a acesso à educação e ao mercado de trabalho.

Entre as décadas de 60 e 70, houve significativa mudança na concepção de ação afirmativa, na medida em que o mero encorajamento mostrou-se ineficaz para que tanto escolas quanto empresas contivessem, proporcionalmente, em suas composições membros de cada grupo social. As ações afirmativas passaram a corresponder a imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de determinadas minorias ao mercado de trabalho e ao acesso a educação.<sup>19</sup>

Os objetivos das ações afirmativas seriam a concretização da igualdade de oportunidades, como também induzir a transformação social, de modo a “subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher”.<sup>20</sup>

No Brasil, as ações afirmativas têm fundamento em diversos preceitos constitucionais, dentre os quais o art. 3º, IV, segundo o qual constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; o art. 5º, XLII que prevê ser o racismo crime inafiançável e imprescritível; o art. 7º, XXX, que proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

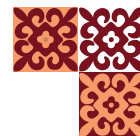
As ações afirmativas manifestam-se preponderantemente através das cotas. Ou seja, impor àquele que oferta vagas para emprego, destinar parte dessas vagas exclusivamente a pessoas que, por suas diferenças ou por integrem determinado grupo social, não teriam, normalmente, acesso às referidas vagas.

Exemplo importante de cotas é o do art. 93 da Lei nº 8.213/91, segundo o qual qualquer empresa com cem ou mais empregados é obrigada a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados e pessoas portadoras de deficiência, habilitadas.

---

<sup>19</sup> BARBOSA, Joaquim. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. RJ: Renovar, 2001, p. 39-40. Joaquim Barbosa ainda define ações afirmativas como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. RJ: Renovar, 2001, p. 39-40 p. 40).

<sup>20</sup> BARBOSA, Joaquim. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. RJ: Renovar, 2001, p. 44.



Em que pese esses exemplos - e o texto constitucional seja rico nas referências a proibição de discriminação - o ordenamento jurídico brasileiro é completamente carente de ações afirmativas em relação ao gênero e a raça.

O combate à discriminação cresce à medida em que a sociedade se conscientiza de que a evolução socioeconômica passa necessariamente pela concretização da igualdade material entre todos seus membros.

O Poder Judiciário, ao interpretar a lei no caso concreto, pode intervir positivamente no sentido do reconhecimento pleno da igualdade entre as pessoas.

## II - O ônus de provar a discriminação do trabalho no Processo do Trabalho em face do Novo CPC

### 2.1 O ônus da prova no processo do trabalho: conceito e características

A prova é uma das formas através da qual o juiz formula o seu convencimento sobre os fatos relativos ao processo. “Objeto da prova são os fatos”, afirma Egas Moniz de Aragão.<sup>21</sup>

Para a ciência, em que se busca a evidência dos fatos, o juiz, ao julgar uma questão, em tese, não poderia conservar a menor dúvida acerca da verdade dos fatos. No entanto, essa hipótese levaria ao non liquet, ou seja, “o julgador se negaria a sentenciar por não se sentir habilitado, dada a ausência de prova”,<sup>22</sup> o que geraria incontáveis prejuízos à sociedade, não apenas ao custo do processo, mas, também, à insegurança, decorrente da falta de certeza acerca das relações sociais controvertidas, além de violar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

Para evitar essa situação, a lei adota a teoria do ônus da prova, segundo a qual, ausente prova que permita ao juiz formar seu convencimento, deverá, mesmo assim, julgar contrariamente ao interesse daquele a quem incumbia a produção da prova, e não o fez, ou produziu prova insuficiente para o resultado pretendido.<sup>23</sup>

Saliente-se, contudo, que além de o ônus da prova nortear a atividade do julgador – tratando-se, portanto, de regra de julgamento -, também permite às partes, antecipadamente, organizar a estratégia probatória, concentrando-se nas provas relativas ao seu ônus – trata-se, também, de regra de conduta.<sup>24</sup>

O processo do trabalho, no entanto, viveu uma crise histórica em relação ao ônus da prova, ante à redação do art. 818 da CLT, segundo a qual “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa regra, bem como aquela prevista no art. 769 do mesmo diploma legal, que estabelece que nos casos omissos, “o direito processual comum será fonte sub-

<sup>21</sup> ARAGÃO, Egas Moniz. Exegese do Código de Processo Civil. Vo. IV-1, arts. 329-399. RJ: Aide, p. 60.

<sup>22</sup> ARAGÃO, Egas Moniz. Exegese do Código de Processo Civil. Vo. IV-1, arts. 329-399. RJ: Aide, p. 86.

<sup>23</sup> ARAGÃO, Egas Moniz. Exegese do Código de Processo Civil. Vo. IV-1, arts. 329-399. RJ: Aide, p. 86.

<sup>24</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 13ª ed. SP: RT, 2013, p. 506.

sidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”, gerou certa polêmica sobre a aplicabilidade, no âmbito do processo do trabalho, da regra prevista no art. 333 do CPC/73.

E essa polêmica decorreu, principalmente, do peso da doutrina de Manoel Antonio Teixeira Filho, que perfilhou o entendimento de que o art. 333 do CPC/73 é inaplicável ao processo do trabalho, sob o fundamento de que a CLT não é omissa e porque a colisão do “dispositivo pertencente ao processo civil com o art. 818 da CLT, é frontal”.<sup>25</sup>

A dúvida – se é que existiu de fato – sobre a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC ao processo do trabalho encontra-se superada pela doutrina<sup>26</sup> e, principalmente, pela jurisprudência. Com efeito, cite-se, como exemplo, a Súmula nº 6, VIII, do TST consagra a aplicabilidade da regra processual do CPC/73, de forma subsidiária ao processo do trabalho, ao prever que é “do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”.

Na feliz síntese de José Aparecido dos Santos, “também no processo do trabalho compete ao autor a prova dos fatos que alega e sejam constitutivos de seu direito, enquanto o réu compete a prova dos fatos que alega e sejam extintivos, impeditivos e modificativos de seu direito”.<sup>27</sup>

Pois bem. A regra do art. 333 do CPC/73 consagra a teoria estática de distribuição do ônus da prova. De fato, cada litigante já tem conhecimento, quando ingressa em juízo, de qual ônus lhe incumbe no tocante à matéria probatória.<sup>28</sup> De fato, como regra geral, caberá ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do direito alegado, enquanto ao réu, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos.

A partir exclusivamente dessa teoria, entretanto, inexistente qualquer elemento que autorize uma otimização da produção da prova em situações em que uma das partes teria maior facilidade de obter a prova.<sup>29</sup>

Essa conceção está relacionada aos valores consagrados pelas revoluções burguesas da segurança jurídica e de igualdade formal entre as partes no processo, de modo que, já se sabe, de antemão, a regra de distribuição de ônus probatório fixado por lei, desprezando-se peculiaridades subjetivas das partes, sobretudo em relação ao acesso à prova.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Curso de Direito Processual do Trabalho. Vol. II, SP: LTr, 2009, p. 974.

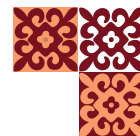
<sup>26</sup> Vide por todos SANTOS, José Aparecido. Teoria geral das provas e provas em espécie in Curso de Processo do Trabalho. 2ª ed. SP: LTr, 2012, p. 692.

<sup>27</sup> Teoria geral das provas e provas em espécie in Curso de Processo do Trabalho. 2ª ed. SP: LTr, 2012, p. 692.

<sup>28</sup> SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica. In: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 924, out./2012, p. 616.

<sup>29</sup> SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica. In: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 924, out./2012, p. 616.

<sup>30</sup> SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica. In: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 924, out./2012, p. 616.



Trata-se, portanto, de regra de julgamento, pois quando as provas não tiverem sido produzidas ou se mostrarem insuficientes, o juiz irá julgar contrariamente ao interesse da parte sobre a qual recaíra o ônus.<sup>31</sup> Ou seja, apenas ao julgar o processo é que o juiz aplicará a regra do art. 333 do CPC/73.

Assim, no processo do trabalho, ao autor que postula a declaração de vínculo empregatício, incumbe a prova de que trabalhou em prol do réu, quando este nega ter havido prestação de serviços. - A realização do trabalho, desse modo, é fato constitutivo. - No entanto, se o réu admite a prestação de serviços pelo autor, mas alega que decorreu de contrato autônomo, atraiu para si o ônus de provar fato impeditivo, ou seja, de impedir os efeitos próprios e normais decorrentes do trabalho subordinado.

Se o autor, contudo, pleiteia horas extras, e o o réu reconhece esse fato constitutivo, se alegar o pagamento, lhe caberá provar a respectiva quitação, que representa um fato extintivo do direito às horas extras.

Caso o réu – ainda no tocante ao pedido de horas extraordinárias – afirme a existência de acordo de compensação, deverá demonstrar o fato modificativo, ou seja, a alteração substancial do fato constitutivo do direito do autor a horas extras.<sup>32</sup>

Constata-se, destarte, que, enquanto critério geral para distribuição do ônus da prova, a teoria estática é de grande utilidade, pois dá conta da grande maioria das situações.

Há casos, no entanto, em que o desequilíbrio da relação jurídica havida entre as partes – especificamente durante o vínculo empregatício - é tão grande que impacta diretamente no processo, tornando extremamente difícil ou impossível o exercício do direito à prova, a partir dos critérios adotados pelo art. 333 do CPC, gerando decisões injustas.

Nesse sentido, é importante a ressalva feita por Eduardo Cambi, de que “o ônus da prova, na perspectiva da instrumentalidade do processo, não pode servir para inviabilizar a tutela dos direitos materiais”.<sup>33</sup>

Essa dificuldade foi percebida nas relações de consumo, o que fez com que o legislador criasse um sistema diferenciado através do inciso VIII do art. 6º CDC, que autoriza ao juiz, inverter o ônus da prova, a favor do consumidor, “quando for ele hipossuficiente, segunda as regras ordinárias de experiências”.

Cuida-se da aplicação da “teoria dos fatos normais e extraordinários”, de forma que o ordinário se presume, enquanto o extraordinário deve ser provado.<sup>34</sup>

A técnica de inversão do ônus da prova, desse modo, a partir das máximas de experiência e da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, permite que

<sup>31</sup> A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. SP: RT, 2006, p. 320.

<sup>32</sup> SANTOS, José Aparecido. Teoria geral das provas e provas em espécie in Curso de Processo do Trabalho. 2ª ed. SP: LTr, 2012, p. 693.

<sup>33</sup> A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. SP: RT, 2006, p. 335.

<sup>34</sup> CAMBI, Eduardo A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. SP: RT, 2006, p. 320.

a parte hipossuficiente (aquela desprovida de condições técnicas de provar um fato que poderia mais facilmente ser provado pela outra parte), obtenha a prestação jurisdicional.<sup>35</sup>

No processo do trabalho, o exemplo paradigmático é o da Súmula nº 338, III do TST, segundo a qual considera-se normal que os registros de ponto demonstrem horários variáveis de entrada e saída, e por extraordinário, que esses mesmos registros espelhem horários invariáveis. Presume-se, por conseguinte, que os cartões-ponto que apresentem horários de entrada e saída uniformes são inválidos, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador.

Nesse exemplo, por força do art. 333, I, do CPC, o ônus de provar o horário extraordinário trabalhado, em princípio, é do autor, pois fato constitutivo do direito às horas extras. Caso, no entanto, os registros de ponto apresentados possuam horários invariáveis, presume-se que são inválidos, passando o ônus de provar o horário trabalhado do empregado para o empregador.

Outro caso interessante, no âmbito do processo do trabalho, e reconhecido pela Súmula nº 443 do TST, é do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, dispensado sem justa causa. Tem-se – lamentavelmente – que o normal é que o empregador, quando sabe que seu empregado é portador do vírus HIV irá dispensá-lo exatamente pelo fato de ser portador da doença estigmatizante. Assim, presume-se que toda a dispensa, sem justa causa, de emprego portador do vírus HIV é discriminatória. De acordo com a regra do art. 333, do CPC, em princípio, o ônus da prova seria do empregado, já que o fato constitutivo do seu direito à reintegração, seria a prova da discriminação, ou seja, de que o único fato que motivou a dispensa foi a doença. Trata-se, no entanto, de prova diabólica, visto que extremamente difícil de ser produzida pelo empregado. Por isso, a presunção referida permite a inversão do ônus da prova, de modo que passa a ser do empregador o ônus de provar que dispensou o empregado portador do vírus HIV por razão diversa da doença – econômica ou financeira, por exemplo.

Há outros casos de discriminação, no âmbito da relação de emprego – como, por exemplo, em relação ao gênero e à raça – em que não se costuma inverter o ônus da prova, embora se trate de prova extremamente difícil ou praticamente impossível de ser produzida por parte do trabalhador.

Para esses casos, entende-se possível a adoção da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, prevista no § 1º do art. 373 do CPC/2015.

## **2.2 A carga dinâmica do ônus da prova e o problema da prova da discriminação do trabalhador no processo do trabalho**

Necessário analisar os óbices decorrentes da compreensão do papel do juiz em face da concreção do princípio da igualdade na sua dimensão material.

A teoria segundo a qual a função do juiz é apenas declarar a vontade da lei parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico é completo e coerente.

<sup>35</sup> CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. SP: RT, 2006, p. 336.



O positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de positivismo legalista, influenciou significativamente o sistema brasileiro. De acordo com essa teoria, o sistema jurídico seria fechado, no sentido de ausência de lacunas. As lacunas aparentes que venham a surgir serão supridas por meio de ato interpretativo, com a redução de determinado caso à lei superior, através de hierarquia lógica. Daí decorre a ideia de completude do ordenamento jurídico, no sentido de que, das normas explícita ou implicitamente existentes no ordenamento jurídico, o juiz poderá sempre extrair a decisão para solver o caso que lhe é apresentado.<sup>36</sup>

Outra característica importante do positivismo jurídico legalista refere-se a ideia de sistema como método de pensamento, onde estão presentes o procedimento construtivo e o dogma da subsunção. Segundo o procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzidas. Já no dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, haveria um premissa maior, representada por diretiva legal genérica e abstrata e uma premissa menor, caracterizada pelo caso concreto. O juiz, por meio de operação lógica dedutiva, construiria o raciocínio jurídico buscando apenas na norma abstrata a justificativa para a decisão.<sup>37</sup> Verifica-se, portanto, uma interpretação mecanicista caracterizada pela prevalência, no ato de julgar, do elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do juiz.<sup>38</sup>

O positivismo jurídico legalista, desse modo, preocupa-se em excluir da ciência do Direito a questão de um “sentido” ou de um “valor” com validade objetiva, o que não significa que o positivista não tenha para si valores ou exigências éticas; tem-nas, mas as “remete para o mundo das crenças pessoais e das convicções morais sobre as quais, do seu ponto de vista, não é possível um enunciado científico”,<sup>39</sup> de forma que, para o positivismo jurídico legalista, a ideia de justiça não é um princípio com validade universal e que possa ter relevância para o conhecimento do Direito positivo.<sup>40</sup>

Por detrás dessa concepção, encontra-se a ideologia liberal-individualista, no sentido de que o indivíduo necessita de regras claras e seguras que lhe permitam total liberdade para realizar o desenvolvimento econômico, a partir da igualdade formal entre as pessoas, não cabendo ao juiz dar sentido à lei diferente daquele expresso no texto.

Essa concepção fazia algum sentido, nos séculos XVIII e XIX, com os adventos dos códigos oitocentistas, sobretudo o Napoleônico, onde predominava uma “sociedade legalmente igualizada” e que as relações jurídicas eram “homogeneizadas”, de modo que ao juiz não se incumbia a função de interpretar a lei à luz dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, com vistas à realidade, desigualdades sociais e pluralismo.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. SP: Atlas, 1991, p. 31-39.

<sup>37</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. SP: Atlas, 1991, p. 31-39

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. SP: Ícone, 1995, p. 133.

<sup>39</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 46.

<sup>40</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 46.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7ª. ed., SP: RT, 2013, p. 91-92.

Decisões pautadas exclusivamente no texto da lei mostraram-se - e ainda se mostram - descontextualizadas do sentido de justiça compreendida a partir dos valores predominantes na Constituição. Aplicar apenas a letra da lei, sem compreender o sentido do caso concreto, sem apreender-lhe suas peculiaridades sócio-econômicas gera decisões contrárias a esses valores.

Imprescindível, desse modo, que o juiz atribua sentido ao caso levado à sua análise, de forma que se aproxime da realidade em que vive.<sup>42</sup>

Mas não é só. As sucessivas crises éticas pelas quais passam os Poderes Executivo e Legislativo, agravadas pela recusa desses poderes de realizarem reformas políticas que permitam da efetiva representatividade popular nas casas legislativas, demandam do juiz um novo papel.

Com efeito, passou-se a exigir do juiz - tradicionalmente mero agente passivo da realidade social - um protagonismo na implantação de valores sociais previstos na Constituição, sobretudo nos recorrentes casos de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

Existe grande dificuldade de tratar da discriminação do trabalhador no Brasil, seja porque aquele que oferece emprego não é obrigado a justificar porque contratou Pedro, e não Maria, e, ainda, ante o entendimento dominante de que a dispensa sem justa causa do empregado é direito potestativo do empregador, de forma que não necessita qualquer motivação.

O empregador, portanto, tem ampla liberdade de contratar e dispensar qualquer trabalhador.<sup>43</sup>

Não havendo necessidade de justificar a não-contratação de determinado trabalhador, nem, tampouco, de motivar a dispensa sem justa causa, o controle sobre a discriminação, em tese, torna-se impossível ou muito difícil.

Haveria, nesse contexto, um ônus do trabalhador discriminado de provar de que o empregador agira com culpa. Esse entendimento decorre da aplicação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, segundo os quais é ônus do autor no processo trabalhista a prova de fato que fundamenta o direito postulado.

Trata-se da teoria clássica do ônus da prova, também conhecida como teoria estática do ônus da prova, conforme analisado acima

Seguindo-se essa teoria, se o trabalhador alegou que foi discriminado, deve ele produzir prova nesse sentido.

Cuida-se, evidentemente, de “prova diabólica”, ou seja, daquela impossível de ser produzida. Com efeito, em um contexto de que a dispensa sem justa causa do empregado,

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 7ª. ed., SP: RT, 2013, p. 91-92.

<sup>43</sup> Existem exceções no tocante a dispensa de trabalhadores detentores de estabilidade especiais, tais como gestante, acidentado, membro de CIPA e dirigente sindical.





sem motivação, é lícita, a demonstração de que a motivação da rescisão contratual foi ato discriminatório é praticamente inviável, equivalente a inexistência do direito; suporia investigação sobre a intenção do empregador no momento da dispensa, o que implicaria análise subjetiva e inviável.

A partir da ideia de que a distribuição do ônus da prova, conforme a teoria estática, quando absolutamente inviável, equivaleria à própria inexistência do direito, é que se admite a aplicação subsidiária do § 1º do art. 373 do CPC/2015, redigido nos seguintes termos:

§ 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.

A teoria dinâmica do ônus da prova viabiliza juridicamente essa corrente de pensamento. Para essa teoria, “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode”.<sup>44</sup>

Importa frisar que não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, conforme o modelo do art. 6º, VIII, do CDC, já que inversão pressupõe que o ônus foi estabelecido inicialmente para a outra parte. Na técnica da distribuição dinâmica, ao contrário, o juiz, diante das peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de a parte cumprir o ônus que, via de regra lhe incumbiria pela teoria estática, atribuirá o ônus de modo diverso, através de decisão fundamentada.

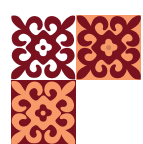
A aplicação dessa teoria justifica-se para casos que fogem da normalidade, para os quais a aplicação da teoria clássica atentaria contra princípios basilares do direito processual e do próprio Estado de Direito, tais como o acesso à justiça e a paridade entre as partes.

São precisamente as hipóteses, em que se discute discriminação do empregado, notadamente, em razão de gênero ou raça.

Imprescindível, contudo, que o juiz do trabalho reconheça o § 1º do art. 373 do CPC/2015, como uma técnica de procedimento, esclarecendo às partes, previamente à audiência de instrução, quais encargos probatórios lhe recaem, observando, ainda, o disposto no § 2º do mesmo artigo, segundo o qual a distribuição do ônus da prova realizada pelo juiz “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Sob essa perspectiva, poderia o juiz do trabalho, diante de um processo onde o trabalhador alegue não ter sido contratado em razão de ser negro, que, através de decisão

<sup>44</sup> CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. SP: RT, 2006, p. 336.



fundamentada, atribua ao réu o ônus de provar que possui outros empregados negros, demonstrando assim, que a questão racial não foi a causa da não-contratação.

Parece que essa é uma interessante forma de compor o binômio liberdade do empregador de contratar os trabalhadores que lhe parecerem mais aptos à função e igualdade de acesso a essa função entre todos os trabalhadores, independentemente do gênero, raça, idade, orientação sexual ou qualquer outra razão que não seja a aptidão profissional.

## Considerações Finais

A sociedade brasileira é extremamente desigual, em que pese possua uma ordem jurídica que reconheça a igualdade como um de seus valores basilares.

A desigualdade, sobretudo no tocante ao gênero e a raça, possui origens históricas e está na raiz da exclusão social no Brasil.

Existem poucas políticas públicas que visam a concretizar o princípio da igualdade no âmbito do trabalho.

A discriminação da mulher e do negro no mercado de trabalho é uma realidade visível a olho nu, comprovada pelos insistentes números divulgados pelo IBGE, através de suas pesquisas por amostras.

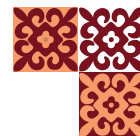
O trabalhador discriminado, assim, se vê desprovido de instrumentos que lhe proporcione a efetividade dos valores consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso, é importante que o juiz do trabalho – juiz natural das causas envolvendo o trabalho – reflita sobre o seu papel na sociedade, sobretudo em relação ao combate às desigualdades, e o reconhecimento das diferenças.

A posição predominante, a partir da teoria clássica da distribuição do ônus da prova, no sentido de que o trabalhador que alega discriminação, tem o ônus de prová-la, tem inviabilizado a demonstração no processo do trabalho, de fato que extravasa na realidade brasileira, já que se trata de prova extremamente difícil.

O § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 é um elemento fundamental para essa reflexão e envolve um repensar sobre a própria finalidade do processo.

Com efeito, a adoção da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, como exceção, mas nos casos em que se discute discriminação do trabalhador, seja no momento da contratação, seja no curso do contrato, permitirá trazer para o processo do trabalho um debate fundamental para o combate a discriminação na sociedade brasileira.



## Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Egas Moniz. **Exegese do Código de Processo Civil**. Vo. IV-1, arts. 329-399. RJ: Aide.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática** in Cadernos da AMATRA IV. 13º Cadernos de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho. XX Encontro dos Juizes do Trabalho do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Amatra IV, 2010.

BARBOSA, Joaquim. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. RJ: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. SP: Ícone, 1995.

CAMBI, Eduardo **A Prova Civil**. Admissibilidade e relevância. SP: RT, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, 3ª ed. SP: Saraiva, 2003.

CRUZ, Alvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**. 2ª ed., BH: Del Rey, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, **Tércio Sampaio**. A Ciência do Direito. 2ª ed. SP: Atlas, 1991.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Barcelona: Jose Maria Bosch editor, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª. ed., SP: RT, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la Igualdad** 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007.

SANTOS, José Aparecido. **Teoria geral das provas e provas em espécie in Curso de Processo do Trabalho**. 2ª ed. SP: LTr, 2012.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. **O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica**. In: Revista dos Tribunais, ano 101, vol. 924, out./2012

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 13ª ed. SP: RT, 2013

# A Confissão Recíproca no Processo do Trabalho sob o véu do Novo Código de Processo Civil

Geovane de Assis Batista <sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Confissão: conceito, espécies e invisibilidade. 2.2. A confissão no processo do trabalho. 2.3. A confissão simultânea e recíproca. 2.3.1. A prova: ônus, conceito, espécies. 2.3.2. Teorias de distribuição do ônus da prova: estática e dinâmica. 2.3.3. Problemática e hipóteses. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

**Resumo:** o presente artigo tem por escopo analisar o fenômeno da culpa simultânea e recíproca no processo do trabalho sob a perspectiva do novel Código de Processo Civil de 2015, identificando as teorias estática e dinâmica acerca da distribuição do ônus da prova, e como ambas, conjuntamente com a nova carta adjetiva, foram recepcionadas pela processualística trabalhista consolidada e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Processo do Trabalho; CPC/2015; ônus da prova; confissão recíproca; súmulas 74 e 338 do TST.

## 1 Introdução

De acordo com Jean Jacques Rousseau, seja qual for a situação, o “[...] povo é sempre senhor de mudar suas leis, mesmo as melhores, pois, se for de seu agrado fazer o mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo?”.<sup>2</sup> Aqui, o iluminista genebrino parece guardar a filosofia de Aristóteles, pois, conforme se vê dos estudos de Juan Carlos Pablo Ballesteros:

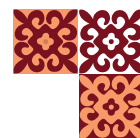
Aristóteles se pergunta si es perjudicial o conveniente para las ciudades cambiar las leys tradicionales en el caso de que haya una mejor. Concede que algunas leys y en determinadas ocasiones, deben ser sucesptibles de câmbios. Pero agrega que esto debe hacerse con mucha precaución, porque “el cambiar fácilmente de las leys existentes a outras nuevas debilita la fuerza de la ley” (Pol. 1269 a 23-24.)<sup>3</sup>

Entre nós, o legislador brasileiro mudou as regras processuais vigentes, trazendo à luz um novo Código de Processo Civil, cuja abrangência e repercussão parece ter suscitado mais celeumas na seara processual trabalhista que na civil. A propósito, desde a germi-

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto - Vara do Trabalho de Jacobina (TRT5—BA). Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF — Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros). Salvador: 16.02.2016 (18h).

<sup>2</sup> ROUSSEAU, J.J. Du contract social ou principes du droit politique. O. C. III. Du contract social, II, 12, p. 394.

<sup>3</sup> BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo. Aristóteles y la comunidad política. 1ª ed. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2012, p. 103.



nação até o período da *vacatio legis*, o novo código de ritos vem provocando ricos debates acerca de sua aplicabilidade ou não no processo laboral.

A tendência trabalhista majoritária tem adotado um posicionamento mais cauteloso, de tal modo que alguns institutos foram categoricamente execrados e outros acolhidos com a condição de não serem incompatíveis com as normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na esteira desse espanto com as novas regras processuais e sua aplicabilidade no processo obreiro, o presente artigo elege a temática probatória com intuito de analisar o fenômeno da culpa recíproca no processo do trabalho sob a perspectiva do novel Código de Processo Civil de 2015, identificando as teorias (estática e dinâmica) que dominam a distribuição do ônus da prova, e demonstrar como ambas, conjuntamente com a nova carta adjetiva, oferecem condições de possibilidade de serem recepcionadas supletiva e subsidiariamente pela processualística trabalhista consolidada e jurisprudencial.

A hipótese a ser defendida é no sentido de que, bem antes do advento do novo diploma processual civil, a jurisprudência trabalhista já tratava do fenômeno da dupla confissão recíproca à luz da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova substanciada no art. 373 do NCPC.

Para tanto, o texto desenvolverá uma narrativa descritiva e explicativa dos institutos processuais civilistas e trabalhistas em derredor da confissão recíproca, valendo-se, sempre da boa doutrina de Moacir Amaral Santos e de outros doutrinadores expoentes como Chiovenda.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 Confissão: conceito, espécies e invisibilidade

A confissão é um dos meios de prova judiciária. Ela ocorre quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.<sup>4</sup> Assim, basta a simples admissão da verdade do ato contra ela alegado, para que a parte tenha confessado.<sup>5</sup>

A admissão da verdade do fato pode ser judicial ou extrajudicial.<sup>6</sup> Quando realizada em juízo, segundo os modos previstos em lei, “faz prova contra o confitente”<sup>7</sup> e poderá ser espontânea (por petição) ou provocada (em depoimento pessoal, no processo civil; ou no interrogatório, no processo trabalhista).

A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-

---

<sup>4</sup> Art. 389 do NCPC/2015.

<sup>5</sup> SANTOS, Moacir Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 101.

<sup>6</sup> Arts. 390 do NCPC/2015.

<sup>7</sup> Art. 391 do NCPC/2015

se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.<sup>8</sup>

Logo, a confissão não pode ser aceita em parte e rejeitada em parte; não pode cindir-se, de forma que seja aceita na parte que beneficia o adversário do confitente e repelida na parte que o prejudicar.<sup>9</sup>

De acordo com Moacir Amaral, dizer que a confissão é indivisível corresponde a dizer que a parte das declarações do confitente contrária a ele não terá eficácia de prova, sem que, concomitantemente, se atribua à parte que lhe é favorável igual eficácia.

Posta a questão nestes termos, continua o processualista, vê-se, em primeiro lugar, que não haverá confissão sem que se tomem as declarações como um todo; e, em segundo lugar, que o adversário, para aproveitar-se da prova que lhe é fornecida na parte que é desfavorável ao declarante, deverá também admitir como verdadeiras as declarações na parte que ao declarante favorecem.

Logo, sem que haja essa admissão, das declarações não resulta confissão. As declarações não têm eficácia de confissão, o que não impede delas possa o juiz extrair elementos úteis à formação da sua convicção quanto aos fatos controvertidos.<sup>10</sup>

## 2. 2 A confissão no processo do trabalho

No processo do Trabalho, a audiência de instrução e julgamento é contínua. Entretanto, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.<sup>11</sup>

Debruçando-se sobre este preceptivo consolidado, a doutrina e a jurisprudência pretoriana consagraram o uso das expressões “audiência una”, para o primeiro caso; e “audiência fracionada” ou “de continuidade”, para o segundo.

O reclamante e o reclamado deverão estar presentes na audiência de julgamento.<sup>12</sup> O não comparecimento do primeiro importará arquivamento<sup>13</sup> da reclamação, e o do segundo, revela — além de confissão quanto à matéria de fato.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Art. 395 do NCPC/2015

<sup>9</sup> SANTOS, Moacir Amaral. Comentário ao Código de Processo Civil de 1973, p. 118.

<sup>10</sup> Idem, Ibidem.

<sup>11</sup> Art. 849, da CLT.

<sup>12</sup> Art. 845, da CLT.

<sup>13</sup> Note-se que a ausência do reclamante, quando adiada a instrução depois de contestada a ação em audiência, não implicará arquivamento do processo. Inteligência da Súmula n. 09 do TST.

<sup>14</sup> Art. 844, da CLT.



Sem embargo, pode ocorrer, e muita vez ocorre de o Juiz proceder ao interrogatório do autor<sup>15</sup> com vistas à busca da verdade jurídica objetiva, hipótese em que poderá extrair do interrogando alguma declaração fática favorável à eventual alegação impeditiva, modificativa ou extintiva do réu<sup>16</sup>.

Mas presentes as partes na audiência de julgamento e não sendo possível, por motivo de força maior, conclui-la no mesmo dia, o juiz designará nova audiência com advertência de que o não comparecimento para depor na audiência de prosseguimento implicará confissão<sup>17</sup>.

Na audiência de seguimento, se uma das partes não comparece para prestar depoimento, a consequência será a declaração de confissão ficta. Mas se forem as duas as ausentes, a confissão também ocorrerá; mas nesse caso, diz-se tratar de dupla confissão ou de confissão simultânea ou, como é mais conhecida, de confissão recíproca, onde a sanção poderá recair sobre uma ou às duas partes, conformemente será demonstrado nas linhas futuras.

Verifica-se, assim, que o fenômeno da confissão ficta simples e/ou recíproca afeta as partes tanto nas audiências contínuas quanto nas fracionadas.

### 2.3 A confissão simultânea e recíproca

A confissão recíproca não se encontra disciplinada no novo caderno de ritos, tampouco no consolidado. Trata-se de fenômeno recorrente na processualística trabalhista, que se manifesta quando o reclamante e o reclamado, embora regularmente intimados<sup>18</sup>, não comparecem à audiência em que deveriam depor.

Em casos que tais, a jurisprudência pretoriana, com esteio nas normas adjetiva e consolidada, vem entendendo pela aplicação simultânea da confissão ficta a ambas as partes, sendo as sanções analisadas e efetivadas à luz das regras de distribuição do ônus da prova.

Não comparecendo nem o Autor nem o preposto da Reclamada à audiência em que deveriam depor, deve ser aplicada a confissão a ambos. Em tal caso, os pedidos formulados devem ser analisados à luz das regras de distribuição do ônus da prova.<sup>19</sup>

Há quem entenda que a observância da distribuição do ônus da prova revela método adequado e razoável, na medida em as sanções decorrentes da confissão recíproca

---

<sup>15</sup> Preferiu-se o uso do termo “autor” porque serve tanto para o reclamante, no caso de reclamação trabalhista, como para o consignante, quando a hipótese for de ação de consignação.

<sup>16</sup> A preferência por este termo, e não por Reclamado ou Consignado, guarda coerência com a justificativa logo acima.

<sup>17</sup> De acordo com os §§1o e 2º do Art. 343 do CPC, a parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

<sup>18</sup> No processo do trabalho a aceção usual é “notificação”.

<sup>19</sup> Processo 0118500-82.2008.5.05.0033 RO, Origem SAMP, ac. nº 012861/2010 Desembargadora MARIA ADNA AGUIAR, 5ª. TURMA, DJ 23/07/2010.

se anulam e se absorvem mutuamente, não podendo, por isso mesmo, gerar presunção relativa em favor de nenhuma das partes.<sup>20</sup>

### 2.3.1 A prova: ônus, conceito, espécies

Segundo Moacir Amaral Santos, ônus quer dizer ‘carga’, ‘fardo’, ‘peso’. Já a locução ônus probandi é traduzida apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar,<sup>21</sup> ou seja, no sentido de interesse de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.<sup>22</sup>

Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. O réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam, direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova); b) se alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova de exceção, no sentido amplo).<sup>23</sup>

Na esteira do desembaraço do ônus probandi, as partes ainda continuam com o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.<sup>24</sup>

Para Moacir Amaral Santos<sup>25</sup>, a prova guarda dois sentidos — a saber: um amplo e outro, restrito. No primeiro, provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. No segundo, a prova judiciária, tem por objeto os “fatos da causa” (os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou exceção); por finalidade, a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa; e por destinatário, o juiz.

Doutrina o processualista que a prova judiciária consiste na convicção que os meios probatórios produzidos pelas partes no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos.<sup>26</sup>

### 2.3.2 Teorias de distribuição do ônus da prova: estática e dinâmica

De acordo com a concepção doutrinária clássica, a distribuição do ônus da prova se funda em dois sistemas teóricos: um estático e outro, dinâmico. Pelo primeiro sistema, o legislador estabelece regras fixas, objetivas e imutáveis, onde o juiz se encontra amalgama-

<sup>20</sup> Processo 0137700-46.2001.5.05.0025 RO, Origem SAMP, ac. nº 002454/2003 Desembargador LUIZTADEU LEITE VIEIRA, 1ª. TURMA, DJ 10/03/2003.

<sup>21</sup> Obra citada, p. 21.

<sup>22</sup> Ibidem.

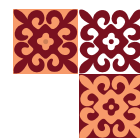
<sup>23</sup> Chiovenda apud Moacir Amaral Santos – obra citada, p. 26.

<sup>24</sup> Art. 369 do NCPC/2015.

<sup>25</sup> In: Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.2.

<sup>26</sup> Ibidem, p.4.





do às regras estabelecidas, quedando, portanto, impossibilitado de alterar o ônus da prova. Eis o sistema adotado por Chiovenda.<sup>27</sup>

A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova ou teoria das cargas processuais dinâmicas (construção da doutrina argentina) tem aplicação concorrente. Isso significa dizer que, além das medidas fixadas *a priori* pelo legislador, o juiz, na busca da convicção racional frente às alegações fáticas articuladas, goza de poderes durante a investigação probatória para tornar menos rígidas *a posteriori* as regras de distribuição e inversão do ônus probandi, afastando do litigante o peso da prova, sobretudo quando surgirem peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do encargo.

Frise-se, todavia, que no balanceamento do jogo probatório, o direito potestativo encarnado no julgador não o transforma num déspota. Ou seja: não pode o juiz, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito probatório. Assim, no lugar da força, o juiz deverá observar a racionalidade e a equidade; e no da arbitrariedade, a razoabilidade, isto é, o bom senso jurídico. Para além desses marcos implicados com a teoria dinâmica, o juiz atuará em flagrante desvio de poder e finalidade, com manifesto prejuízo à balança da justiça.

Sem abrir mão do sistema estático encartado no código de ritos vigente, o Código de Processo Civil de 2015<sup>28</sup> recepcionou a teoria dinâmica, arrastando o juiz da inércia dogmática em que se encontra (va) na administração da distribuição do ônus da prova.

Com efeito, ao prescrever que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (sistema estático)<sup>29</sup>, o legislador da nova carta adjetiva assevera que, 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 (sistema dinâmico), sem gerar, contudo, situação em que a desicumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.<sup>30</sup>

No que tange à distribuição do ônus da prova sob a perspectiva da Consolidação das Leis do Trabalho, o sistema adotado é o estático. Com efeito, sendo menos analítico e mais simples, o legislador consolidado prescreve que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.<sup>31</sup> Ou seja, de regra, a cada parte compete fornecer os elementos de prova das alegações que a fizer.

<sup>27</sup> Apud Moacir Amaral Santos. Comentários ao Código de Processo Civil de 1973, p. 26.

<sup>28</sup> Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

<sup>29</sup> Art. 333, incisos I e II do CPC/1973.

<sup>30</sup> Caput e §§ 1º e 2º. do art. 373 do NCPC/2015.

<sup>31</sup> Art. 818, da CLT.

### 2.3.3. Problemática e hipóteses

O problema que se impõe é saber se a teoria das cargas processuais dinâmicas da distribuição do ônus da prova, substanciada no art. 373 do NCPC, fora recepcionada ou não pelo processo trabalhista, outorgando ao juiz plenos poderes para aplicá-la em coisa litigiosa judiciária relacionada ao fenômeno da confissão simultânea e recíproca das partes.

Na perspectiva civilista, a resposta parece intuitivamente positiva, na medida em que o art. 15 do NCPC dispõe que, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.<sup>32</sup>

Mas do ponto de vista da hermenêutica trabalhista, a resposta se revela mais analítica, sendo necessário buscar o significado que expressões “supletiva” e “subsidiariamente” encerram.

Grosso modo, ocorrerá a aplicação supletiva quando a disposição legal sobre dado instituto processual for incompleta, e, por consequência, precisa de um suplemento paradigmático. É o caso, por exemplo, do art. 818 da CLT — mas, registre-se, não quanto ao telos ali visado, porque claro e distinto, já que, segundo estabelece, a prova das alegações (constitutivas, ou extintivas, ou modificativas, ou impeditivas) incumbe à parte que as fizer; e sim, por parecer reforçar a tese civilista analiticamente mais completa, que prescreve caber ao autor a prova das alegações fáticas constitutivas; e ao réu, a das extintivas, modificativas ou impeditivas.

Será, contudo, subsidiária, quando o caderno processual for omissivo acerca da aplicação de determinado instituto. Nesse caso, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.<sup>33</sup> A medida antecipatória da tutela é exemplo de instituto adjetivo<sup>34</sup> não disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante desse contexto significativo e do fato de a Consolidação das Leis do Trabalho constituir norma especial com poderes de cindir a norma geral (CPC), parece imperativa a recepção e aplicação do sistema dinâmico de distribuição do ônus da prova na processualística do trabalho.

Tem-se, portanto, que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de a parte cumprir o en-

<sup>32</sup> Código de Processo Civil da Bahia, art. 126; do antigo Distrito Federal, art., 182; de São Paulo, art. 262 — apud Moacir Amaral Santos, ob. Cit., p. 27.

<sup>33</sup> Art. 769, da CLT. Ainda sobre o tema, consulte-se o art. 8º, da CLT: 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. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

<sup>34</sup> Art. 273 do CPC/1973.



cargo nos termos do caput do art. 373 do NCPC 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 fora atribuído.

Malgrado o NCPC seja omissivo acerca da distribuição do ônus da prova para o caso de “dupla confissão” ou “confissão simultânea” ou “confissão recíproca” das partes que, quando intimadas para depor, não comparecem à audiência designada, parece razoável defender que o juiz trabalhista dele poderá se valer para determinar a incumbência da prova com vistas à convicção racional da verdade.

Para tanto, e com o permissivo do art. 8º, da CLT, o juiz terá que buscar o auxílio da jurisprudência do TST, mas precisamente da Súmula 74 que assim prescreve: (I) a confissão é aplicada à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor; e que (II) a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

Realmente, na esteira da adoção do sistema dinâmico de distribuição do ônus probatório, a jurisprudência do TST, ao editar as súmulas 74 e 338, parece ter se antecipado ao NCPC, já que radicada em um de seus princípios fundamentais, segundo o qual o ônus de provar os fatos alegados em juízo não incumbe, de maneira exclusiva, nem ao autor nem ao réu, mas, antes e ao contrário, reparte-se entre um e outro, segundo regras previstas em lei ou consagradas pela jurisprudência e pela doutrina.

Ora, consideradas as condições de possibilidade de uso das fontes supletivas e subsidiárias do Direito suso informadas<sup>35</sup>, cumpre ainda investigar se, na distribuição do ônus da prova nos casos de confissão recíproca, procede, ou não, a racionalidade jurídica segundo a qual as sanções aplicáveis se anulam e se absorvem, sem gerar presunção relativa em favor de nenhuma das partes.

Na hipótese de confissão recíproca, em que as penalidades incidem sobre a mesma demanda, estas se anulam, não gerando presunção relativa em favor de nenhuma das partes. Por consequência, a controvérsia deve ser dirimida considerando o ônus da prova, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.<sup>36</sup>

Com a devida vênia, seja em razão da aplicação supletiva do NCPC ou da jurisprudência do TST em torno da regra de distribuição do ônus da prova, o entendimento de que as confissões recíprocas se anulam e se absorvem e, portanto, não geram presunção relativa em favor de nenhuma das partes, somente encontrará guarida se a teoria processual aplicável for a estática. Isso porque, com a dupla confissão (malgrado ambas as partes façam prova das alegações que fizeram<sup>37</sup>), obliquamente admitem como verdadeiros os fatos alegados contrariamente aos seus interesses.

<sup>35</sup> Art. 373 do NCPC (desde que compatíveis com as normas consolidadas) c/c as súmulas 74 e 338 do TST.

<sup>36</sup> TRT-1 - Recurso Ordinário RO 2652120115010080 RJ (TRT-1). Data de publicação: 18/04/2012.

<sup>37</sup> Art. 818, da CLT.

Casuisticamente, pode-se citar o caso em que a coisa litigiosa versa sobre a existência ou não de horas extraordinárias, e o reclamado possui menos de dez empregados em seus registros.

Em situações que tais, a prova das alegações fáticas caberá a cada parte. Mas se, conquanto intimadas, não comparecem à audiência para depor, impor-se-á a declaração simultânea de confissão ficta, cujos efeitos recíprocos — a admissão da verdade dos fatos contrários como verdadeiros<sup>38</sup> — não serão produzidos porque as sanções aplicáveis a uma e à outra parte se anulam e se absorvem, não gerando, por conseguinte, presunção relativa em favor de nenhuma delas.

As sanções decorrentes da confissão recíproca se anulam e se absorvem e, portanto, não pode gerar presunção relativa em favor de nenhuma das partes. Hipótese em que há de ser resolvida a questão fática controvertida no campo do ônus da prova.<sup>39</sup>

Na hipótese de confissão recíproca, em que as penalidades incidem sobre a mesma demanda, estas se anulam, não gerando presunção relativa em favor de nenhuma das partes. Por consequência, a controvérsia deve ser dirimida considerando o ônus da prova, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.<sup>40</sup>

Mas esta racionalidade (nulidade e absorção) perde força quando se tratar da aplicação da teoria distributiva dinâmica do ônus da prova, pois que, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de a parte cumprir o encargo nos termos do caput do art. 373 do NCPC ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz, antes de anular, por absorção, a confissão recíproca, poderá, com esteio na exegese das súmulas 74 e 338 do TST, 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.

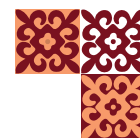
Como ilustração, volte-se ao caso da lide sobre a existência ou não de labor suplementar ao limite legal ou convencional, com a diferença de que o reclamado, apesar de contar com mais de dez empregados, deixa de carrear aos autos os controles de frequência. Sendo esta a hipótese, em estrita observância à distribuição dinâmica do ônus da prova, o TST tem assim decidido:

No caso dos autos, incontroversa a configuração de confissão recíproca quanto ao fato referente à prestação de horas extraordinárias, atinentes ao período de 10/12/2012 a 9/3/2012, tendo em vista que a reclamada não juntou os cartões de ponto correspondentes, obrigação legal que lhe incumbia, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT, e que o reclamante foi reputado confesso, porque não compareceu à audiência em que prestaria depoimento pessoal. Nessa quadra, em face da confissão recíproca das partes e da insuficiência do acervo proban-

<sup>38</sup> Súmula 74. I, do TST: Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

<sup>39</sup> TRT-5 – Recurso Ordinário RO 1377200102505004 BA 01377-2001-025-05-00-4. D. P.: 10/03/2003.

<sup>40</sup> TRT-1 - Recurso Ordinário RO 2652120115010080 RJ (TRT-1). D. P.: 18/04/2012.



te dos autos, a questão deve ser dirimida à luz das regras de distribuição do ônus da prova. Segundo a regra contida no art. 74, § 2º, da CLT, competia à reclamada demonstrar a jornada de trabalho cumprida pelo reclamante no período assinalado encargo do qual não se desvencilhou, visto que não juntou os respectivos controles de frequência. Por corolário, prevalece como verdadeira a jornada de trabalho declinada na petição inicial, que não foi infirmada por prova em sentido contrário, nos moldes da Súmula nº 338, I, do TST.<sup>41</sup>

1. A presunção de veracidade quanto aos fatos da causa foi aplicada tanto ao Reclamante, por não ter comparecido à audiência de instrução e julgamento, como à Reclamada, por deixar de dar cumprimento à obrigação legal de juntar os cartões de ponto. 2. Assim, diante da confissão recíproca, prevalece aquela decorrente da obrigação legal imposta à Reclamada (74, § 2º, da CLT), porque, a par de traduzir-se em obrigação *ope legis*, ocorre em momento anterior do procedimento, aperfeiçoando-se em face da indicação de horário declinada na inicial. Correta a aplicação da Súmula nº 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho. 3. Recurso de revista de que não se conhece.<sup>42</sup>

Ainda em reforço da tese de que a anulabilidade dos efeitos da confissão recíproca não é absoluta, mas relativa segundo a concepção que vê condições de possibilidade de a teoria dinâmica de distribuição do ônus da ser aplicada ao processo trabalhista, junte-se o entendimento cristalizado nas súmulas 74 (II e III) e 338 (I, II, III) do TST.

Pois bem. De acordo com Súmula 74. II e III, o TST vem se revelando flexível na distribuição do ônus da prova, já que não deixa passar *in albis* o valor da prova pré-constituída ou substancial, bem assim o poder diretivo do juiz na condução do processo.

Com efeito, na figura II, dispõe que a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores; e na III, que a vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

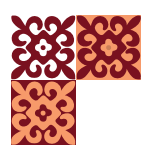
Seguindo a mesma racionalidade do sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, e também se antecipando ao advento do advento das disposições do art. 373 a ele subsumidas, destacam-se as figuras I, II, e III, da Súmula n. 338 do TST:

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

<sup>41</sup> TST – Recurso de Revista RR 10284220125050026 (TST). Data de publicação: 13/03/2015.

<sup>42</sup> TST – Recurso de Revista RR 107218120135030087 (TST). Data de publicação: 31/03/2015.



III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Vê-se, pois, que, por esse esforço exegético, a reciprocidade encarnada na declaração simultânea de dupla confissão das partes, o NCPC, ao recepcionar a teoria dinâmica de distribuição da carga probatória, veio somente corroborar uma prática costumeira e mais equânime adotada pela jurisprudência pretoriana trabalhista, cujo mérito reside exatamente em, na esteira de sua marcha constitucional *ius pós-positivista*, transitar com desenvoltura nos sistemas estático e dinâmico de distribuição do ônus da prova.

#### 4 Considerações Finais

I. Em sede de distribuição do ônus da prova, o NCPC se subsume às molduras das teorias estática e dinâmica.

II. O NCPC revela institutos processuais e procedimentais probatórios compatíveis com o Direito Processual do Trabalho, sem que sua autonomia científica seja afetada.

III. O caput e parágrafos do art. 373 do NCPC são supletiva e subsidiariamente aplicáveis à processualística trabalhista.

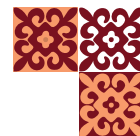
IV. O art. 373 do NCPC vem corroborar o sistema dinâmico processual trabalhista acerca da distribuição do ônus da prova consagrada nas súmulas 74 e 338 do TST.

V. A sanção à confissão recíproca traduz construção jurisprudencial pretoriana que se subsume à moldura das teorias estática e dinâmica da distribuição do ônus da prova.

V. Quando sob o véu da teoria estática da distribuição do ônus da prova, as sanções decorrentes da confissão recíproca se anulam e se absorvem, não gerando presunção relativa de veracidade em favor de nenhuma das partes.

VI. Quando sob o véu da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, a questão deve ser dirimida à luz das regras de distribuição do ônus da prova prevista no § 1º, do art. 373 do NCPC *c/c* a inteligência das Súmulas 74 (II e III) e 338 (I, II, III) do TST.

VII. Parece oportuno afirmar que o devir existencial do Direito Processual do Trabalho sempre revelou uma atitude temporal e espacial para além dos códigos de processo civil estabelecidos. Mas a causa aí é menos psicológica e intelectual do que antropológica, em razão do fluxo sempre emergente das querelas oriundas do tecido social que se encontra entre o capital e o trabalho.



## Referências Bibliográficas

BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo. **Aristóteles y la comunidad política**. 1ª ed. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15.02.2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região**. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 15.02.2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: [HTTPS://www.planalto.gov.br/](https://www.planalto.gov.br/) Acesso em 15.02.2016.

ROUSSEAU, J.-J. **Du contract social ou principes du droit politique**. In: \_\_\_\_\_. Oeuvres complètes. v. 3. Paris: Gallimard, 1964e. (Bibliothèque de la Pléiade).

SANTOS, Moacir Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. IV; arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense. 1988.

# Novo CPC e sua repercussão no Processo do Trabalho: a aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo do trabalho e outras considerações preliminares em face dos princípios constitucionais

Graça Varela

**Resumo:** Este paper reflete algumas conclusões referentes à repercussão do novo CPC no processo do trabalho, nomeadamente à abrangência do art. 15 e dos dispositivos que implicam concretização de princípios constitucionais.

1 - Um dos dispositivos que mais tem causado celeuma nas reflexões a respeito da repercussão do novo Código de Processo Civil no processo do trabalho é o art. 15 que dispõe:

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

Algumas indagações vêm sendo feitas, com respostas prontas de alguns, fruto de uma leitura precipitada ou vestida de preconceito, outras evasivas, não conclusivas ou sem poder de convicção. O tempo correu e há que ir concluindo, pois a vigência do novo diploma processual não nos pode encontrar ainda com dúvidas que são cruciais na interpretação de todo o restante do sistema processual trabalhista.

2 - O dispositivo apontado revogou os arts. 769 e 889 da CLT? Assim estabelecem, respectivamente:

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.

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.

Observando-se o quanto estabelece o §2º do art.2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, não há como não concluir pela revogação. Norma posterior cuidou da matéria de forma integral e até mais ampla. Em sentido contrário, Mauro Schiavi entendendo que não houve revogação, uma vez que a norma trabalhista é especial, pelo que





não poderia ser afastada por norma geral. Ocorre que aqui houve uma menção expressa ao processo do trabalho, indicando que houve intenção do legislador na revogação que aqui defendemos. Nas palavras de Edilton Meireles, o art. 15 do novo CPC em verdade, acabou por atrair o processo trabalhista à sua casa originária, como quem quer se reconciliar após uma longa relação de estranheza.

Não significa isto que vamos aplicar o CPC ainda que afrontando os princípios específicos do direito do trabalho, porque não houve revogação do parágrafo único do art. 8º da CLT

O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Assim sendo, prevalece o art. 15 do CPC, pelo que sobre ele devemos fixar as nossas reflexões.

3 - A falta de norma expressa não enseja dúvida quanto à aplicação subsidiária da norma processualista de direito comum. Mas, o que quis dizer o legislador com a expressão aplicação supletiva nos casos omissos? Não pode ser quando não houver norma expressa pois isso implica aplicação subsidiária. O que significa então supletivamente?

Nos dicionários, a expressão “supletivo” vem indicada como suplemento, como algo que completa. Por conseguinte, quando houver previsão nos dois diplomas legais – CPC e CLT – mas a norma do processo comum for mais completa, em princípio, ela será aplicada. Foi essa a explicação dada pelo sub-relator da proposta legislativa em que foi incluída a expressão supletiva, Deputado Efraim Filho: aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa.

Nesse mesmo sentido, Edilton Meireles, denominando essa omissão de parcial. Afirma que estamos diante dela sempre que a legislação processual mais especial cuida de regular determinada matéria/instituto de forma menos abrangente do que no processo civil.

O direito de ação, o acesso à Justiça abrange o direito à maior efetividade possível das medidas estatais de reconhecimento do direito, de proteção à sua conquista ou preservação, de certeza do cumprimento do quanto foi decidido. Assim sendo, o que for mais eficaz no novo CPC deve ser trazido para o processo do trabalho. Mauro Schiavi também assim defende, afirmando que cabe essa aplicação ainda que não omissa a Consolidação das Leis do Trabalho, quando as normas do processo civil forem mais efetivas.

Todavia, considerando os postulados essenciais do direito do trabalho, poderá afastar-se a regra do processo comum, ainda que mais completa, ou proceder-se à sua adaptação, quando este procedimento não implicar desvirtuamento da norma, ou seja, criação de uma regra totalmente distinta, ultrapassando-se os limites da tarefa hermenêutica. Cremos ser essa a hipótese do incidente de desconconsideração da pessoa jurídica, já que aqui, no direito do trabalho, o que se verifica, na verdade, é a despersonalização do ente empresarial.

4 - Podemos, a meu ver, ir um pouco além. Todos somos vinculados ao cumprimento da Constituição, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos ou sociais. Assim sendo, cumpre-nos buscar, nos diversos microsistemas que compõem o nosso ordenamento jurídico, dispositivos que tornem mais efetivos esses direitos. Por conseguinte, as normas de direito processual civil que possam dar maior eficácia aos dispositivos constitucionais devem ser aplicadas ao processo do trabalho supletivamente, ou seja, ainda que haja expressa previsão na CLT, mas previsão essa mais tímida, menos eficaz, mais distante da efetividade dos direitos apontados. Com base neste entendimento, não tenho dúvida quanto à aplicação – defendo até que imediata – dos dispositivos que estabeleçam a cooperação não só entre as partes, advogados e juízes integrantes da relação processual, como também entre os juízes e órgãos judiciais. Assim se concretiza o princípio da solidariedade.

Aplica-se, também, no processo do trabalho, a norma que determina ao juiz o dever de dar vista às partes sempre que for decidir com base em fato ou argumento jurídico não conhecido nos autos, em cumprimento ao princípio da ampla defesa e do direito ao contraditório, evitando-se a chamada decisão surpresa (art. 10 do CPC).

O mesmo entendimento em relação aos dispositivos que obrigam a fundamentação de qualquer decisão no processo, já que é a explicação do seu decidir que legitima o juiz a ser um representante do povo no exercício de um poder. Assim se valoriza o princípio democrático (art. 11, 489 §1º).

Parece-nos indene de dúvida a aplicação do art. 212 que define a contagem dos prazos em dias úteis, já que traz em si o acolhimento do direito fundamental à saúde e ao lazer, respeitando-se o tempo necessário ao descanso semanal e à convivência consigo próprio, com a família, com os amigos, com os compromissos sociais, religiosos, pessoais, enfim, o tempo necessário ao ócio criativo.

Qual a razão que impede a aplicação dos dispositivos que determinam que seja dada a qualquer uma das partes a oportunidade de correção de erros formais, evitando-se a extinção de processos ou o não conhecimento de medidas com base em filigranas que impedem o conhecimento do que é relevante na ação? Esta forma de ver o processo foi apreendida pelo legislador pois a Lei nº13.015/14 permite ao TST, quando diante de recurso tempestivo, mas que contém defeito formal que não se repute grave, desconsiderar o vício ou mandar sana-lo, julgando o mérito.

O princípio da duração razoável do processo não equivale à celeridade na extinção do feito ou no não conhecimento da medida. Esse princípio traz em si a ideia de razoabilidade, de bom senso, levando a que se permita a correção de equívocos, evitando o fim do processo no tapetão, solução de boa estatística numérica, mas que não põe fim ao conflito. Na verdade, o princípio deve ser lido como duração razoável do processo que leva à decisão de mérito, pois somente ela pode cumprir a finalidade da busca do Poder Judiciário: solução do conflito, asserenando as partes, por terem tido a possibilidade de se manifestarem, por terem tido oportunidade de falar e de serem escutadas, por seus argumentos terem sido alvo de estudo pelo juiz, acolhidos ou rejeitados de forma explicada, clara, convincente.



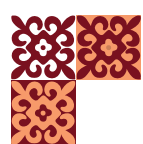
Estes dispositivos não afrontam os princípios da simplicidade e da celeridade processual, relevantes para todos os processos, mas com especial destaque naqueles que envolvem prestações de natureza alimentícia e voltados para a construção de um direito fundamental social, elemento de concretização da dignidade da pessoa. O processo deve ser simples e célere, sem que isso impeça o efetivo exercício do direito de ação, que não se limita ao acesso à Justiça para sua propositura. A efetividade desse direito ocorre com a prestação jurisdicional que analise o direito invocado, acolhendo-o ou afastando-o após a produção das provas possíveis e necessárias, a correção de equívocos formais, a análise séria de todos os argumentos. Celeridade e simplicidade são princípios instrumentais que, por isso mesmo, não podem ser tomados como fim em si mesmos. Além do mais, a simplicidade era compreendida quando o próprio empregado vinha pessoalmente reclamar o que entendia ser direito seu. Fase histórica da Justiça do Trabalho...

5 - Vamos um pouco mais adiante. O novo CPC já foi aprovado e sancionado. Estamos no período de *vacatio legis*. Vai ter vigência exatamente como está. Para ser alterado, somente uma nova lei. Assim sendo, poderemos já antecipar a aplicação de dispositivos que possam assegurar a concretização de princípios constitucionais? Pode o juiz, desde já, determinar a correção de erros formais, desde que não haja proibição expressa de assim proceder na legislação processual ainda vigente? Pode o juiz desde já conceder prazo para que as partes se manifestem sobre fatos ou fundamentos jurídicos que não foram discutidos no processo? Deve o juiz, desde já, manifestar-se a respeito de todos os argumentos trazidos ao processo? Deve o juiz, desde já, indicar quais os elementos do caso em julgamento que o tornam diferente daquele que ensejou súmula do C. TST?

Independentemente da designação que possa ser atribuída a este procedimento – jurisprudência prospectiva, aplicação antecipada de normas no período da *vacatio legis* – não creio que se trate de nada inovador. Aplica-se, única e exclusivamente, o texto constitucional, utilizando-se de ferramentas concretizadoras que estão à disposição do juiz, independentemente de expressa previsão legal, desde que, conforme já ressaltamos, não haja vedação legal, prejuízo para qualquer uma das partes ou imposição de obrigações não definidas em lei. A manifestação no processo não é uma obrigação e sim uma oportunidade conferida à parte para que exerça o seu direito de contraditório e defesa, assegurando a possibilidade de influenciar no resultado do processo.

6 - Assim sendo, não tenho dúvida quanto a concluir:

- pela revogação do art. 769 da CLT pelo art. 15 do CPC;
- pela aplicação do novo CPC como norma de integração, na hipótese de omissão no microsistema trabalhista, ou como norma complementar, visando atribuir maior eficácia aos preceitos da Constituição e da própria legislação laboral;
- a aplicação do CPC é sempre condicionada à observância dos princípios próprios do direito do trabalho e do processo do trabalho, em face do quanto dispõe o parágrafo único do art. 8º;



- a simplicidade e a celeridade processuais são princípios instrumentais que servem à realização da duração razoável do processo, princípio este que tem como finalidade conduzir a uma decisão de mérito no prazo que permita a solução que tenha condições de assegurar a paz social, por ter exaurido os meios de prova e analisado todos os argumentos das partes, afastando ou dando oportunidade de serem afastados equívocos formais;

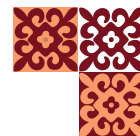
- é possível a aplicação imediata dos dispositivos processuais que permitam a concretização de princípios constitucionais, desde que não haja expressa vedação legal ou prejuízo injustificado para qualquer uma das partes.

## Referências

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 a 54

SCHIAVI, Mauro. **A aplicação supletiva e subsidiária do 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 a 64

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/dep.-efraim-novo-atualizacao>, acessado em 30.05.2015



# O princípio do contraditório no Novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas

Guilherme Guimarães Feliciano

**Sumário:** 1. Introdução. O Contraditório E Suas Nuances; 2. O Contraditório No Novo Código De Processo Civil (I): Avanço Ou Retrocesso?; 3. O Contraditório No Novo Código De Processo Civil (Ii): Apegos Liberais; 4. A “Due Process Clause” Entre A Justiça E A Democracia; 5. Repensando O Contraditório Em Perspectiva Jusfundamental; 6. À Guisa De Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução. O Contraditório e suas nuances

A garantia do contraditório — ou, como se queira, o princípio do contraditório — tem, como se sabe, índole constitucional, ubicando no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. E é assim, ademais, nos mais significativos sistemas jurídicos ocidentais. Mas qual a real extensão desta garantia, no plano ideal? E qual a sua possibilidade de inflexão diante de outros valores?

Em particular, impressiona-nos o fato de que, no caso dos títulos executivos (notadamente os judiciais), o contraditório seja historicamente diferido para o momento dos embargos do devedor (v. artigos 736 a 739-A do Código Buzaid), enquanto em outros contextos se identifique, nos mais variegados nichos de doutrina, uma defesa quase fetichista de um contraditório prévio, pleno e intocável. OVÍDIO BAPTISTA identifica essa distorção com a própria origem burguesa dos códigos liberais, privilegiando a propriedade e os negócios. Tornadas excepcionais as medidas liminares de mérito sem prévio contraditório (tendência que se observou acerca do próprio artigo 273 do CPC), todos os procedimentos tornam-se “ordinários” (= “ordinarização” do sistema processual) — cognição exauriente e plenitude de defesa passam a se corresponder — e todo instrumento que fuja a esse padrão passa a ser visto como autoritário.

A própria urgência nas tutelas preventivas justifica e autoriza, do ponto de vista constitucional, hipóteses de contraditório eventual e diferido. No contraditório diferido, conquanto as posições das partes não se alterem, o juiz está autorizado a desde logo julgar o mérito da causa ou da questão, sob a forma de uma decisão provisória, com inversão de fases: a parte afetada poderá exercer o contraditório, mas após a decisão tomada, podendo o juiz revê-la adiante (assim, e.g., ao tempo da sentença final de mérito, tanto nas liminares cautelares como nas liminares antecipatórias dos efeitos da tutela de mérito). É o que se passa com as antecipações dos efeitos da tutela de mérito (artigo 273 do CPC), conquanto alguns entendam que o seu deferimento “in limine litis” (i.e., antes do contraditório) deveria ser excepcional. Engano: a rigor, as antecipações de tutela são de cognição “prima facie” e têm natureza executiva, trasladando para o direito brasileiro a tutela interdita desenvolvida pelos romanos a partir do período formulário. Mas, a fim de manter a coe-

rência retórica do sistema (não a lógica, diz BAPTISTA), tais decisões são formalmente vazadas em decisões interlocutórias, internalizadas em um processo maior que caminha para uma sentença final, mais ampla e definitiva (“ordinária”).

No contraditório eventual, ao revés, não se invertem fases processuais, mas as posições das partes no processo: elimina-se o contraditório do interior de um certo procedimento, transferindo-o ora para uma ação incidental (vejam-se, e.g., os embargos do devedor nas execuções de títulos extrajudiciais), ora para uma ação independente, de caráter geral ou especial (o que se dá, e.g., nas ações possessórias, nas ações de desapropriação e outrora na busca e apreensão do DL n. 911/1969).

O próprio legislador federal ordinário poderia regular tais hipóteses com maior regularidade e generosidade, visando um sistema processual infraconstitucional mais compromissado com a celeridade e a efetividade. É, aliás, precisamente essa a sede onde os princípios constitucionais na espécie o devido processo legal, na sua dimensão substantiva (modulando a dimensão adjetiva) cumprem melhor o seu papel normogênico. O mesmo se esperaria, outrossim, nas chamadas “tutelas de evidência”: fere a razoabilidade e o próprio princípio da cooperação processual que, sendo evidente o direito e a sua violação, goze ainda o devedor do direito de somente ser instado a honrá-lo após deduzir toda a sua defesa, com todos os “recursos a ela inerentes” (artigo 5º, LV, da CRFB), a despeito do tempo que assim se consumirá. No processo laboral brasileiro, é o que hoje se vê em relação a empresas tomadoras de serviço que se recusam a quitar o débito rescisório líquido, por um suposto benefício de ordem (v. Súmula n. 331, IV, do TST), embora em audiência já admitam a demissão do empregado, a inadimplência rescisória e o estado pré-falimentar da empresa prestadora.

Não parece ser esse, entretanto, um caminho convicto para o legislador brasileiro.

Vejam.

## **2. O Contraditório no Novo Código De Processo Civil (I): Avanço Ou Retrocesso?**

Em 17 de dezembro de 2014, aprovou-se em definitivo, no Senado Federal, o novo Código de Processo Civil, a partir do PLS n. 166/2010 (que, na Câmara dos Deputados, tramitara como PL n. 6.025/2010).

Entre alguns 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 (veja-se, por todos, a expressa redação do artigo 840, §1º, da CLT, e compare-se, p.ex., com a redação do artigo 282 do Código Buzaid). Nessa linha, elimina-se grande número de incidentes processuais previstos no Código de 1973. De outra parte, sedimentam-se claras regras de valorização do resultado do processo, conferindo concreção aos princípios constitucionais da efetividade e da celeridade processual.



De outro turno, no que respeita às tutelas provisórias, o novo Código sistematiza-as como tutelas de urgência e de evidência, prevendo mecanismos de estabilização das medidas de antecipação liminar satisfativas, por um lado, e retirando-se a autonomia do processo cautelar, por outro. As medidas cautelares passam a ser concedidas, de modo antecedente ou incidental, no bojo do processo principal, i.e., daquele em que se discutem as pretensões ao bem da vida.

E, conquanto exatamente neste ponto — tutelas provisórias — veja-se, no novo texto legislativo, autorização para diferimento do contraditório, chama a atenção o fato de que, em vários outros contextos (que podem envolver similar grau de urgência ou evidência, ainda que não deduzidas nesses termos), a opção legal tenha sido pelo resguardo dogmático e inflexível do contraditório, para além do razoável, retrocedendo em relação ao padrão de instrumentalidade do próprio Código Buzaid (com o risco de transtornar ambientes processuais particularmente dinâmicos, como é o processo do trabalho, jungido à subsidiariedade do Código de Processo Civil, seja pelos termos do artigo 769 da CLT, seja pelos termos do artigo 15 do novel CPC).

Já era assim, ademais, no texto aprovado pela Câmara dos Deputados. O PL n. 6.025/2010 introduzia no sistema processual civil brasileiro a obrigatoriedade de se oportunizar a manifestação prévia da parte interessada antes de qualquer decisão judicial que possa afetar o seu interesse (vide os respectivos artigos 9º, 10, 301, 469, par. único, etc), inclusive em casos de matéria de cognição incondicionada (= conhecimento “ex officio”). Onde o contraditório fora até então diferido (à luz do CPC de Buzaid), sem quaisquer transtornos (mesmo porque, em residuais hipóteses de nulidade, sempre houve a possibilidade de recurso à instância seguinte), passa a ser, agora, um contraditório obrigatório, prévio e pleno. Outra vez o fenômeno da “ordinarização” procedimental (i.e., da “normalização” dos diversos ritos procedimentais pela régua do procedimento ordinário), agora no regime jurídico da solução das objeções processuais, tornando o processo civil mais burocrático e menos efetivo, ao menos nesta parte.

Faz todo sentido pensar em contraditório obrigatório, prévio e pleno antes da aniquilação objetiva de direitos materiais, mormente em sede de tutela de direitos humanos fundamentais. Mas torná-lo regra quase absoluta, ao ensejo de qualquer ato judicial decisório — ainda que sobre matéria processual —, parece conter desproporcionalidades. A simples positivação do princípio da cooperação (artigo 6º do NCPC) comandaria melhor a questão, sem necessidade de quaisquer outros preceitos, apreciando-se caso a caso a necessidade de um contraditório prévio eventual.

### **3. O contraditório no novo código de processo civil (ii): apegos liberais**

Em verdade, todas essas dificuldades de concepção residem na cultura judiciária dominante, que apenas se reflete na resistência do legislador ordinário. Isso porque haveria muitos caminhos hermenêuticos para “redescobrir” um processo civil liberto das amarras liberais; a questão maior será saber como — e se — ganharão força e ensejo.

Com efeito, a concepção do direito liberal-formal coloniza o pensamento jurídico a partir das universidades e das próprias escolas de magistratura. Forma-se o juiz enunciador da lei, que não precisa e nem quer buscar alternativas para o modelo tradicionalmente dado, e que não tem maiores compromissos com a renovação da ordem jurídica processual para a efetiva garantia da ordem jurídica material. Apesar da tutela processual interdita introduzida pela Lei n. 8.952/1994 no CPC, na nova redação do artigo 273 do Código Buzaid, apta à concessão “in limine litis”, não eram poucos os juízes convictos em jamais a deferir antes de aparelhar o contraditório (o que significava, também ali, “ordinarizar” a tutela preventiva ou de evidência), perfilhando pontos de vista restritivos que ecoaram até mesmo no STF. Da mesma forma, apesar do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799 do CPC de 1973, juízes tinham inapelável preferência pelas ações cautelares nominadas porque a descrição legal dos pressupostos facilita o trabalho intelectual, reduzindo-o à mera subsunção formal, ao passo que diversos juristas sequer concebiam a possibilidade de o poder geral de cautela ser exercitado “ex officio” (o mesmo se dando com a tutela antecipada, mesmo em casos de incontrovérsia real ou ficta do pedido, e apesar do que dispôs o par. 6º do artigo 273 do CPC de 1973, sob a redação da Lei n. 10.444/2002).

O perfil do juiz enunciador da lei corresponde, afinal, àquele perfil que ROMANI identificou como o do “juiz dogmático”: o seguidor do método do culto ortodoxo da lógica formal-abstrata ditada pelo legislador, que na dicção do autor “em nada contribui para o Direito novo, próprio do pretor urbano da antiga Roma, mais próximo a cada tempo da verdadeira justiça, aquela coerente com os direitos naturais do povo, que é o mais legítimo credor da prestação jurisdicional”. Mesmo na análise constitucional, guia-se amiúde disso consciente ou não pela hermenêutica originalista da tradição norte-americana (a que metodologicamente corresponde, grosso modo, a “teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito” de BOBBIO), que pressupõe (i) o absoluto respeito à letra do texto constitucional e à vontade histórica do constituinte; (ii) o exclusivo manejo, pelo intérprete/aplicador, de “princípios neutros” dir-se-ia quase formais, como o princípio da legalidade estrita e o princípio da isonomia formal, que não lhe impõem acessar elementos extrassistemáticos (como imporiam, e.g., princípios ou fundamentos como “valor social do trabalho”, “dignidade da pessoa humana” ou “democracia econômica e social”); (iii) a circunscrição tópica da atividade hermenêutica ao previsto como possível pelo constituinte histórico, sob pena de malferimento à soberania popular (que acometeu às assembleias constituintes e não aos tribunais a elaboração da Constituição); e (iv) a renúncia à ideia de discricionariedade hermenêutica (i.e., o juiz não tem “vontade” no ato de julgar, nem lhe é dado modificar ou “atualizar” os textos constitucionais).

Tal perspectiva reverencia um mundo estereotipado que arrebatou o pensamento político até os oitocentos, mas depois foi superado. Deste ponto, convém sacar a crítica específica.

#### 4. A “due process clause” entre a justiça e a democracia

Antes de seguir com a análise do princípio do contraditório — e de acenar com as soluções para o modelo de clausura que o novo CPC anuncia —, convirá uma reflexão de ordem jurídico-filosófica





Como disséramos alhures, noutros escritos, todo ato de julgar consubstancia um ato de vontade comunicativa (e, mais, um ato de criação), em que o juiz externaliza inclusive as suas convicções e ideologias (ainda que essa ideologia seja o entendimento de que deve apenas “reproduzir” a vontade histórica do legislador). A dicção da chiovendiana “vontade concreta da lei” depende da vontade subjetiva do magistrado, o que explica e justifica as inflexões do “procedural due process”. muitas das quais já assimiladas ou em vias de assimilação pela jurisprudência dos tribunais superiores, em moldes que jamais se veriam há trinta ou cinquenta anos. E, diga-se, inflexões hermeneuticamente plasmadas sob as mesmas leis que regiam o processo àquela altura.

Daí porque aderíamos a ARTHUR KAUFMANN e recusávamos a hipótese do “juiz autômato da lei”, destituído de vontade juridicamente relevante. Isso porque a hipótese é fenomenicamente impossível: há que reconhecer, com BOBBIO, que

“a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”.

E destacávamos, no mesmo encaço, que a segurança jurídica não se obtém com a automatização dos juízos, mas com o reconhecimento dogmático dos limites do sistema, a serem esclarecidos e estabilizados de modo racional e discursivo, sem prejuízo da mobilidade e da abertura sistêmicas. Daí ser dado ao magistrado expressar-se como ser sociopolítico, sem renunciar às suas convicções pessoais e aos elementos de cultura que configuraram sua visão de mundo. É um seu direito:

“los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (princípio n. 08 dos Princípios Básicos relativos à Independência da Judicatura ONU, 1985 [g.n.]).

E, em certo sentido, é também um seu dever. Isto porque o seu “sentimento de direito” (“Rechtsgefühl”) deve provir de sua visão de mundo, para transparecer como tal, no plano discursivo, ao tempo e modo da decisão que prolata (artigo 93, IX, da CRFB). Eis, afinal, o que assegura ao Poder Judiciário o seu gradiente de democracia, notadamente nos países em que o ingresso na Magistratura não se dá por eleições gerais (como em geral nos países de “common law”, sob mandatos vitalícios ou temporários), mas por concursos públicos ou outros modos seletivo-meritórios de acesso (como em geral nos países de “civil law”, em que de regra se seguem carreiras profissionais).

A concepção do “judicial law-making” não é, de resto, antimajoritária ou antidemocrática, como geralmente se supõe e inclusive se sustenta em espaços acadêmicos. As

orações acima negritadas já revelam os elementos pelos quais a atividade jurisdicional logra democratizar-se e reinventar-se a todo tempo:

(a) a liberdade de convicção técnico-jurídica (a Democracia pressupõe a pluralidade, e o que garante ao cidadão que o mais humilde juiz do mais distante rincão não estará tecnicamente vinculado à visão de mundo e direito que domina na mais alta corte judiciária do país é a sua liberdade de convicção técnico-jurídica: suas decisões não se sujeitam a um modelo autocrático e antidemocrático de reprodução mecânica de súmulas de jurisprudência, a não ser por expressa ressalva constitucional);

(b) a publicidade das decisões (a Democracia pressupõe a possibilidade de controle público da autoridade constituída, para cujo fim não há melhor instrumento que a irrestrita publicidade dos atos de império, vicejante em praticamente todos os sistemas judiciários, a não ser por expressa ressalva constitucional);

(c) a fundamentação das decisões (a Democracia pressupõe informação e contraditório, para o que é indispensável, nos sistemas judiciários em geral, que os interessados conheçam e compreendam as razões pelas quais a pretensão deduzida foi ou não acolhida).

Observe-se que todos os atributos acima reportados liberdade de convicção técnico-jurídica (vinculada à própria ideia de independência judicial), publicidade processual e fundamentação judicial são corolários do “procedural due process”. Não é demais afirmar, portanto, que a “due process clause” é, por assim dizer, uma das vigas-mestras de sustentação dos regimes democráticos contemporâneos.

Mas não é só. Contrapondo essa mesma objeção acerca do caráter antidemocrático e antimajoritário de um sistema judiciário com aptidões criativas (aliás, “a mais grave de todas”), CAPPELLETTI vai além e esclarece, a propósito, o seguinte:

(d) a rigor, mesmo os poderes normativos exercitados pela Administração Pública e pelos parlamentos não gozam, em termos realmente autorais, de plena legitimidade democrática, já que geralmente a atividade normativa é capitaneada por “colégios de burocratas” e condicionada por uma série de alianças e subserviências políticas que não têm qualquer respaldo no voto popular (se quer indiretamente, já que são funções constitucionais indelegáveis). São os juízes, ao revés, os que em tese logram guardar dessas ingerências políticas e burocráticas a distância mais segura, já que pouco dependem de conjunturas políticas e arranjos administrativos (ao menos nos países com carreiras de magistratura) e podem se manter à margem de tais influências sem quaisquer prejuízos;

(e) a absoluta hegemonia da vontade das maiorias será, as mais das vezes, um grave sintoma antidemocrático (vejam-se, p.ex., os episódios de totalitarismo e de populismo caudilho do século XX). São os juízes, ao revés, os que têm a



missão constitucional de resguardar os direitos e interesses das minorias particularmente no que diga respeito às dimensões da jusfundamentalidade, de modo a poder “frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias”;

(f) a própria acessibilidade dos juízes à população, institucional e sociologicamente, seja por imperativo constitucional (artigo 5º, XXXV, da CRFB) ou pela maior capilaridade orgânica dos corpos judiciários, tende a tornar o Judiciário um poder mais democrático e dialógico, desde que obviamente haja permeabilidade pessoal e cultural a essas experiências.

Em realidade, o que distingue a atividade legislativa da atividade judicante não é a sua criatividade substancial, mas o modo como ela é engendrada. Os parlamentos legislam a partir de inputs de diversas naturezas (políticos, sociais, econômicos), mas tendencialmente difusos e abstratos (na medida da sanidade do próprio sistema legislativo, i.e., da sua maior ou menor suscetibilidade à ação de corruptores, lobbys e grupos de interesses não classistas). Os juízes, ao contrário, desenvolvem o “judicial law-making” a partir de focos concretos (modelo de “cases and controversies”) e em “regime de soberania vinculada” (CARNELUTTI), o que implica, segundo CAPPELLETTI, (i) uma perspectiva inercial (“nemo iudex sine actore”); (ii) uma perspectiva de limitação objetivo-subjetiva ao âmbito de controvérsia definido pelas próprias partes (“ne eat iudex ultra petita a partibus”); e (iii) uma perspectiva necessariamente dialética (“audiatur et altera pars”).

Mais uma vez, aparecem os atributos clássicos do “procedural due process”, desdobrando uma importante constatação: os conteúdos formais da “due process clause” constituem, a um tempo, a substância que dá identidade à atividade judicial “criativa” (em relação p.ex. à legislação) e também aquela que, dimensão política, justifica-a democraticamente.

Para a Democracia, portanto, o devido processo legal cumpre concomitantemente mas não exclusivamente, por óbvio os papéis de causa eficiente (porque a sustenta endógena e exogenamente), de causa formal (porque justifica-a e nela se justifica) e de causa final (porque deve ser dela um objetivo).

A hipótese de um Poder Judiciário não criativo, com um corpo de magistrados que apenas repita os textos de lei e adapte a vontade histórica do legislador aos casos concretos, em modo de pura subsunção formal, não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito. Sob tais circunstâncias, torna-se irrelevante a maior ou menor acessibilidade à população (instrumental ou sociologicamente). A Magistratura torna-se incapaz de refletir a diversidade e a pluralidade do pensamento jurídico. E é menos apta a preservar as minorias contra os ímpetus das maiorias políticas, que ditam os textos de lei. É que tampouco a “lei” é um fenômeno empiricamente abstrato ou neutro, na exata medida em que “[o] Estado, nos seus vários níveis, não é neutro. Ele sofre pressão de grupos extremamente fortes que atuam dentro das burocracias estatais, nas secretarias, nas assembleias [...]”. Daí porque, estresindo SCHWARTSMAN, “[u]ma boa receita para produzir o pior dos mundos é aplicar com máximo zelo todas as leis vigentes”.

Assim, reservar ao juiz o papel de mero enunciador da lei é, na verdade, retirá-lo do jogo de “checks and balances”, vergastando um dos mais importantes mecanismos da forma republicana de governo. E, mais que isso, é manietar o próprio “procedural due process”, por combalir a independência judicial. Afinal,

“a independência do juiz há de ser compatível com sua configuração humana como sujeito de capacidade plena, de preocupações pela justiça que vão além de seu exercício profissional, e como titular de todos os direitos que a lei não lhe restrinja ou suprima em atenção a razoáveis medidas de incompatibilidade. Falamos, pois, de um juiz não facilmente domesticável, não mudo, nem mais diminuído em seus direitos do que o indispensável”.

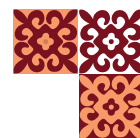
Ademais, é seguro que o postulado “in claris cessat interpretatio” já não se põe, em absoluto, no direito contemporâneo. Não há lei, por mais clara ou detalhada que seja, capaz de recusar ao intérprete/aplicador um mínimo exercício de criatividade e construção semântica. O que se deve discutir hoje, afinal, já não é a legitimidade da criação judiciária, mas seguindo ainda CAPPELLETTI o grau, o modo, os limites e a própria aceitabilidade social da criação do Direito pelas cortes judiciais. O que significa discutir, no marco desta Tese, como e quanto o “substantive due process” pode, em “criando”, inpletir o “procedural due process”.

## 5. Repensando o contraditório em perspectiva jusfundamental

Nessa ordem de ideias, e especialmente no âmbito do processo do trabalho, parece claro que, sobre se aplicar a concepção hodierna de contraditório — pela qual “cada parte processual é chamada a apresentar as respectivas razões de facto e de direito, a oferecer as suas provas ou a pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras”, em todas as fases do processo, sob estruturação dialética, pela qual todo movimento realizado por uma parte abre ao “ex adverso” a possibilidade de realizar um outro, de igual relevância, tendente a contrariar os efeitos do precedente —, é preciso também pensar seus contextos de exceção.

O contraditório assegura, inequivocamente, o direito de influenciar e o ônus de debater; e, para mais, pressupõe o acesso à mais ampla informação processual. O novo CPC claramente incorpora essas dimensões, por exemplo, no novo incidente de desconconsideração da personalidade jurídica do artigo 133 e ss. (o que passa a constituir um procedimento cível especial, incidental aos ritos de cumprimento da sentença, já não bastando a “mera” decisão judicial fundamentada). Veja-se, p.ex., a previsão pela qual, “[i]nstaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.”; oportunizam-se, é claro, outras “providências” de caráter defensivo, como, v.g., o esvaziamento das contas bancárias pessoais e familiares, antecipando penhoras eletrônicas...

Ora, em especial no processo do trabalho, “avisar” previamente os sócios da provável desconconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade empresarial cor-



responderá, amiúde, ao comprometimento de todos os esforços executivos da parte ou do juiz. Então, cabe perguntar: a despeito da letra fria da lei, e tendo em conta as necessidades concretas do caso, o que substancialmente não pode ser infletido, sob pena de agressão à garantia constitucional do contraditório? Ou, noutras palavras, o que compõe o núcleo essencial irreduzível (= “Wesenskern”) da garantia constitucional do contraditório?

Pois bem. À luz das convenções internacionais e do marco civilizatório ditado pelas constituições contemporâneas mais influentes, pode-se aprioristicamente indicar quatro elementos mais íntimos, componentes do “Wesenskern” da garantia do contraditório:

- (a) a oportunidade formal de contraditório mínimo (independentemente do seu momento, desde que possa ser útil);
- (b) a possibilidade formal de informação mínima (o que abrange, portanto, o dever de motivação dos principais atos decisórios judiciais);
- (c) o caráter acusatório do devido processo penal;
- (d) o direito à defesa técnico-jurídica (exclusivamente no processo penal).

Respeitados, então, esses limites, e tendo em mira sobretudo o processo não-penal (e particularmente o processo do trabalho), quando e o que se pode infletir?

De regra, admite-se que a lei possa infletir a garantia do contraditório. Trata-se, pois, de aspecto obviamente sujeito ao poder de conformação do legislador ordinário, observados os metalimites imanentes já apontados. Assim, e.g., o artigo 3º, 2, do CPC de Portugal (anteriormente à reforma de 2013), após dispor que “[o] tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que [...] a outra [parte] seja devidamente chamada para deduzir oposição”, registrava de plano a possibilidade de inflexão legal, segundo as ponderações materiais que o legislador oportunamente fizer, desde que em caráter excepcional:

“Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida” (g.n.).

Na sequência (n. 3), concretizava uma das dimensões do princípio do contraditório, não sem novamente o excepcionar:

“O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (g.n.).

Está claro, portanto, que a ordem jurídico-processual portuguesa admitia, como ainda admite, as figuras do contraditório mitigado, do contraditório eventual e do contra-

ditório diferido, que são todas inflexões formais da garantia do contraditório. É também o que sempre se passou no Brasil (conquanto sem tanta clareza legislativa) e, de regra, em todos os países cujos sistemas processuais admitem, em alguma hipótese, provimentos judiciais de urgência. “De lege ferenda”, aliás, o que recentemente se debateu no parlamento brasileiro foi precisamente a justa medida da intervenção do juiz para garantir o contraditório nos processos judiciais: se haverá de fazê-lo indiscriminadamente, como regra, ou se o interesse do Estado-juiz em promover o contraditório limitar-se-ia às situações de “hipossuficiência técnica”.

Mas descrevamos, ainda que brevemente, as três hipóteses-paradigmas de inflexão do contraditório. Como explicado alhures, o juiz está autorizado, no contraditório diferido, a julgar de plano o mérito da causa ou da questão, por meio de decisão provisória, com uma adequada inversão de fases: a parte afetada poderá exercer o contraditório, mas somente após a decisão tomada, podendo o juiz revê-la adiante. É o regime de contraditório reservado para as técnicas de antecipação de tutela (v.g., artigo 273 do CPC). No contraditório eventual, de outra parte, não se invertem as fases processuais, mas as próprias posições das partes no processo: elimina-se o contraditório do interior de um certo procedimento, transferindo-o para uma ação incidental (como se dá com os embargos do devedor nas execuções de títulos extrajudiciais) ou para uma ação independente, de caráter geral ou especial (como se dá, p.ex., nas ações de desapropriação).

Convém ainda reconhecer, ademais, a figura do contraditório mitigado. Em algumas hipóteses, tendo em conta a natureza dos interesses materiais envolvidos no litígio e/ou a urgência da decisão final, o legislador limita as matérias fáticas ou jurídicas passíveis de controvérsia processual. Engendram-se normalmente situações jurídicas muito delicadas, não raro suscitando dúvidas de constitucionalidade; mas, ainda assim, são em tese possíveis. No Brasil, p.ex., o DL n. 911/1969, ao regular aspectos materiais e processuais do contrato de alienação fiduciária em garantia no mercado financeiro e de capitais (artigo 66-B da Lei n. 4.728/1965) e da respectiva propriedade resolúvel (artigos 1361 a 1368-A do NCC), dispôs originalmente que “na contestação [da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente] só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais” (art. 3º, §2º), e nada mais; não se poderia opor à pretensão de busca e apreensão, p.ex., a nulidade do contrato de alienação fiduciária. Mitigava-se, por força de lei, o contraditório possível; e mitigava-se mal. Daí que, por razões várias (envolvendo inclusive o critério da devida proporcionalidade, mal resolvido pelo legislador de antanho), sustentamos a inconstitucionalidade dessa mitigação. Hoje, melhor diríamos: havia inconstitucionalidade por malferimento dos metalimites dialógicos das inflexões formais do processo. Com efeito, o decreto-lei de 1969 restringiu o direito de defesa para privilegiar o crédito das instituições bancárias e financeiras, então os credores fiduciários por excelência. Logo, na contraposição concreta dos interesses materiais subjacentes (i.e., no juízo concreto de proporcionalidade), a solução legislativa carecia do elemento da proporcionalidade em sentido estrito: no fim das contas, sacrificava-se uma garantia individual do consumidor — geralmente hipossuficiente econômico em face do banco fiduciário — em prol do direito creditício-patrimonial de uma pessoa jurídica. E de fato, trinta e cinco anos depois, tais limitações ao contraditório foram finalmente revogadas, por força da Lei n. 10.931/2004.



Haverá ensejos, ademais, em que duas ou mais técnicas de inflexão do contraditório serão combinadas. No processo laboral brasileiro, p.ex., reza a CLT que, uma vez garantida a execução trabalhista ou penhorados bens a tanto bastantes, o executado terá cinco dias para apresentar os seus embargos à execução, sendo certo que “[a] matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida” (artigo 884, §1º). Admitindo-se, na esteira do que se passa no processo civil, que esses embargos à execução têm natureza de ação autônoma de impugnação, exsurge que o contraditório em sede de execução trabalhista exerce-se, nessa condição, de modo eventual (i.e., por meio de uma ação incidental) e mitigado (i.e., atendo-se a certas matérias). Outra vez, porém, objeções de constitucionalidade têm sido esgrimidas; e, por conta delas, são feitos naturais esforços de interpretação conforme. TEIXEIRA FILHO a propósito obtemperou — e com ele concordamos — que,

“[p]revalecesse o senso exclusivamente literal do preceito normativo trabalhista, sub examen, haveríamos de concluir que ao embargante seria lícito, apenas, alegar cumprimento do acordo ou da decisão, quitação ou prescrição da dívida, porquanto restringir significa limitar, circunscrever. A interpretação literal é, no entanto, a mais pobre das técnicas hermenêuticas, seja no particular ou no geral. Seria insensato supor, p.ex., que ao embargante fosse defeso alegar a inexigibilidade do título, a ilegitimidade de parte, a incompetência do juízo, o impedimento ou a suspeição do juiz, o excesso de execução e o mais, como se esses fatos não existisse no mundo jurídico. A riqueza e a amplitude da realidade prática não podem ser confinadas nos estreitos limites do art. 884, §1º, da CLT, sob pena de perpetrar-se, com isso, odiosa ofensa a direitos [fundamentais] legítimos do devedor. Se, para alguns, a particularidade de o legislador trabalhista haver pretendido limitar as matérias a serem suscitadas pelo embargante àquelas mencionadas no texto deveu-se à sua preocupação de permitir que a execução tivesse curso célere, para nós o fato deve ser atribuído a uma visão simplista (ou estrábica) da realidade em que o processo se desenvolve. O processo do trabalho pode ser simples sem ser simplório, assim como pode perseguir o ideal de celeridade sem sacrifício de certos direitos constitucionais essenciais à defesa dos interesses das partes. [...] A praxe, mais sábia que o legislador, vem permitindo que o embargante alegue matéria não relacionada no art. 884, §1º, da CLT, mas de alta relevância para o processo e para o próprio Judiciário” (g.n).

Revelam-se, outra vez, os metalimites dialógicos, desta feita pelo desatendimento do elemento da necessidade: para concordar praticamente a garantia do contraditório do réu e o direito do autor à efetividade executiva, com a fruição mais pronta possível de seus créditos alimentares (o que TEIXEIRA FILHO traduziu, no excerto, como “ideal de celeridade” do processo do trabalho), não é realmente necessário que as matérias de defesa se resumam àquelas do artigo 884, §1º, da CLT, já que até mesmo as defesas mais fadigas na prática — aquelas que exigem prova de fatos (com a oitiva de testemunhas) — estão tacitamente admitidas pela lei (§2º). Se até essas são cabíveis, fere a lógica do razoável que se suprimam do conteúdo dos embargos matérias eminentemente jurídicas ou aritméticas — ilegitimidade de parte, incompetência do juízo, excesso de execução, decadência, compensação tardia, inexigibilidade do título (matéria hoje obliquamente admitida no

parágrafo 5º, por força da MP n. 2.180-35/2001) etc. — que, a rigor, não exigem mais do que alguns parágrafos a mais de reflexão ao tempo da decisão judicial. Noutros termos, se é do devido processo substantivo que ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes (como é o contraditório, sem o qual não é dado privar pessoa alguma de seus bens ou liberdade), sem a devida proporcionalidade, então a restrição do artigo 889, §1º, da CLT restringe o “procedural due process” desproporcionalmente e, por consequência, não é possível interpretá-lo na sua estrita literalidade.

## 6. À guisa de conclusão

Resulta certo, portanto, que o legislador pode em tese dimensionar o contraditório, com maior ou menor liberdade. Pode diferenciá-lo, mitigá-lo e/ou condicioná-lo, conforme as características das pretensões materiais hipoteticamente tensionadas.

É de rigor concluir, ademais, que, não o fazendo adequadamente o legislador (como parece ter sido o caso, no PLS n. 166), e disso derivando prejuízo concreto a outros direitos e interesses jusfundamentais envolvidos (o que somente se aferirá “in casu”), o juiz poderá fazê-lo (i.e., infletir-lo: mitigá-lo, diferenciá-lo, condicioná-lo), “secundum legem”, “praeter legem” ou mesmo “contra legem”, mas sempre à vista dos interesses materiais em jogo, em juízos concretos de ponderação.

É como pensamos. E é como haverá de ser, tanto mais quando se lida com um processo que, para se servir subsidiariamente dos ditames do novo Código, terá de supor compatíveis as normas episodicamente incorporadas. Porque, afinal, não se deu, em relação ao artigo 769 da CLT, qualquer derrogação, e tanto menos a sua ab-rogação. Que tampouco poderia se dar, a bem da autonomia dogmática do Direito Processual do Trabalho.

## 7. Referências

ARENDDT, Hanna. **As Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 6ª ed. São Paulo: Companhia das

Letras, 2006.

BACHOF, Otto. “**Der Richter als Gesetzgeber?**” In: *Tradition und Fortschritt im Recht: Festschrift zum 500 jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1977

BATISTA, Ovídio. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERMUDES, Sérgio. **Inovações do CPC**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobri-





nho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia: Das bases romanas à Lei n. 9.514/97**. São Paulo: LTr, 1999.

FILHO, Manoel Antonio Teixeira. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. v. III.

GALANTINI, Novella. **“Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova”**. In: Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria: Atti del convegno (Ferrara, 13-15 ottobre 2000). Associazione tra gli studiosi del processo penale. Milano: Giuffrè, 2002.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da Reforma do Processo Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. v. I.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KOWARICK, Lúcio. **“Centro de cobiça”**. In: O Estado de S. Paulo, 29.01.2012, p.J-3.

PEDRO SAGÜÉS, Néstor. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

ROMANI, Dagoberto. **“O juiz, entre a lei e o direito”**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./1998. n. 633.

SCHWARTSMAN, Hélio. **“Tão perto, tão longe”**. In: Folha de S. Paulo, 27.01.2012, p.A-2.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **“Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales”**. In: Constitución: Escritos de introducción histórica. Madrid: Marcial Pons, 1996.

# O novo código de processo civil e as prerrogativas da magistratura nacional: reflexões de um juiz

Guilherme Guimarães Feliciano

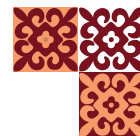
**Sumário:** 1. Introdução. O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Aspectos Positivos. A Evolução no Congresso Nacional; 2. Introdução Crítica às Razões De Resistência. A Questão da Independência Judicial; 3. O Novo Código de Processo Civil: Pontos Críticos. Artigos 10, 15, 133, 235, 489, 927 E Outros; 4. Conclusões.

## 1. Introdução. O Anteprojeto Do Novo Código De Processo Civil: Aspectos Positivos. A Evolução No Congresso Nacional

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato n. 379/2009 da Presidência do Senado Federal e convocado no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010 (do Senador JOSÉ SARNEY), nasce com o propósito primeiro de atender ao princípio do artigo 5º, LXXVIII, da CRFB. Nas palavras do Min. LUIZ FUX, presidente daquela comissão, “o cerne do novo CPC é o ideário da duração razoável dos processos”. Para esse efeito, entre outras medidas, elimina-se a figura da ação cautelar como entidade autônoma (excluindo-se o atual Livro III e regulamentando-se a «tutela de urgência e tutela da evidência» no Livro V), restringe-se ainda mais a utilização do agravo de instrumento e cria-se o “incidente de resolução de demandas repetitivas” (artigos 976 a 987). Por outro lado, perde-se grande oportunidade de adequar a norma-base do processo civil brasileiro ao novo paradigma digital, estabelecendo o diálogo com a Lei n. 11.419/2006 (o que há, p.ex., na Seção II do Capítulo I do Título I do Livro IV da Parte Geral, ou na Seção VIII do Capítulo XII do Título I do Livro I da Parte Especial, é francamente insuficiente). A omissão, ao que parece, foi intencional, tendo em conta que a inclusão digital ainda não alcançou todo o Poder Judiciário, nem tampouco todos os quadros da advocacia.

Nada obstante, o novo texto já era gestado sob severas críticas. Dizia-se dele, por exemplo, ser de duvidosa necessidade, na medida em que simplesmente revisita, em variegadas 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). Sugeriu-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.

Mais pontualmente, certo segmento da doutrina apontou retrocessos em aspectos que dizem com a instrumentalidade do procedimento e com os poderes instrutórios do magistrado, pela perda de referenciais seguros e pela possível contradição com princípios



constitucionais como os do contraditório e da ampla defesa. Tal crítica exsurgiu bem condensada, p.ex., pela pena de COSTA MACHADO:

E agora, para finalizar este pequeno e desprezioso artigo, elencamos as propostas que, a nosso ver, desqualificam o anteprojeto do CPC: 1) o poder atribuído ao juiz para “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito” (art. 107, V); “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e ampla defesa, promover o necessário ajuste” ( art.151, § 1º); 2) a eliminação do efeito suspensivo da apelação (“os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão” - art.908, caput); 3) o poder concedido ao relator para atribuir o efeito suspensivo à apelação (art.908, §§ 1º e 2º); 4) a eliminação dos embargos infringentes; 5) fixação de nova verba advocatícia pela instância recursal quando o tribunal não admitir recursos ou negar provimento por unanimidade (arts.73, § 6º e 922); 6) a previsão de que “os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados” (art.847, II); 7) a concessão generalizada de liminares sem exigência de periculum in mora quando “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca” (art.285, III); 8) disciplina da multa cominatória sem estabelecimento de limite de tempo e de valor (art.503 e parágrafos); 9) eliminação do direito da parte a um certo número de testemunhas; 10) o levantamento de dinheiro depositado a título de segurança do juízo pelo credor (art. 829).

De se ver, pelo excerto, que muitas das críticas pontuais diziam com aquilo que justamente representava o maior sopro de novidade desse novo regramento: a subordinação do procedimento às necessidades do direito material (artigo 107, V, do anteprojeto — a que equivale, p.ex., o «princípio da adequação formal» artigo 265º-A do Código de Processo Civil português), caminhando para um conceito de justa jurisdição, i.e., de jurisdição como estrita função de tutela de direitos materiais. Para esse fim, incrementavam-se os poderes diretivos, instrutórios e cooperativos do juiz (v., e.g., os artigos 151, §1º, e 285, III, do anteprojeto), aproximando-se do chamado «modelo de Stuttgart» — e, por essa via, consubstanciando um importante passo qualitativo no sistema processual brasileiro, a romper com certa visão formalista, mecanicista e positivista do processo que ainda impregnava o próprio Código Buzaid. Lamentavelmente, porém, o princípio da adequação formal foi suprimido durante a tramitação. Já os poderes instrutórios gerais seguem reproduzidos, com pequenas alterações, no artigo 139, incisos VI — com consectários típicos do princípio da adequação formal, conquanto dele não exaurientes — e IX do Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Fosse mantida a redação originária do PLS n. 166, a Magistratura nacional ganharia com a edição do novo Código de Processo Civil. Ganharia em termos de instrumentalidade processual, em termos de ductibilidade procedimental e em termos de eticidade do discurso. E também ganharia, por consequência, em matéria de prerrogativas, notadamente em relação àquelas prerrogativas que só se exercem no processo: a prerrogativa de dirigir o processo (artigos 125, 445 e 446 do CPC de 1973) e a prerrogativa de instruir e decidir a

causa conforme o seu livre convencimento motivado (artigos 130 e 131 do CPC de 1973), o que é especialmente relevante em sede processual trabalhista, mercê dos amplos poderes de instrução historicamente acometidos aos juízes do Trabalho (artigo 765 da CLT). Tudo isso significava, em última análise, prestigiar a ação e a decisão em primeiro grau de jurisdição.

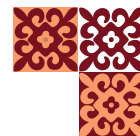
Nada obstante, a intensa oposição e os próprios lobbies da advocacia no Congresso Nacional levaram à desnaturação desse texto original. O texto aprovado e sancionado em 16.3.2015 é, em larga medida, manietador da independência judicial, ao mesmo tempo em que “normaliza” uma série de procedimentos (como os de desconsideração da personalidade jurídica) e arma os advogados com instrumentos que hoje não existem.

Por outro turno, o texto final tencionou inovar em alguns contextos, a ponto de invadir matérias privativas de lei complementar (artigo 93, caput, da CRFB), ou de legislar em desacordo com o desiderato constitucional maior de incolumidade da independência judicial. Nisso, inova mal. Vejamos a seguir.

## **2. Introdução crítica às razões de resistência. A questão da Independência Judicial**

Como é sabido, magistrados devem gozar de plena liberdade de convicção, para instruir e julgar, e de autonomia pessoal no exercício do mister jurisdicional. Sua liberdade de convicção não pode ser arrostada sequer pela instância superior (tanto que lhe é dado ressaltar o próprio entendimento, no primeiro grau ou nos órgãos colegiados, ainda quando se curve ao entendimento dissidente). E, por conseguinte, não pode ser punido administrativamente pelas teses jurídicas que perfilhar ou externar, ainda que incomuns ou minoritárias. Não fosse assim, teríamos «não-juízes»: servidores autômatos que, em primeiro grau de jurisdição, limitar-se-iam necessariamente a repetir as teses do segundo grau e a reproduzir as emendas das súmulas dos tribunais superiores. Essa certamente não seria uma Magistratura democrática. O que significa dizer, “a contrario sensu”, que a liberdade de convicção e a autonomia pessoal dos magistrados, ambas radicadas na base axiológica das normas-regras constitucionalizadas no artigo 95, I a III, da Constituição, perfazem verdadeira condição para um Estado Democrático de Direito.

É exatamente por conta dessa percepção que tanto se debate, no âmbito das associações de juízes, a impropriedade da expressão “hierarquia judiciária” — ainda muito comum nos regimentos internos dos tribunais — e da própria normativa a ela relacionada. Não convém confundir competências funcionais, como são aquelas exercidas pelos tribunais para a revisão das decisões de primeiro grau, com anteposição hierárquica, conceito admissível e até mesmo natural em algumas instituições (como, p.ex., nas Forças Armadas, a ponto de se excepcionar a regra da limitação das prisões aos casos de flagrante delito e mandado judicial — veja-se, e.g., o artigo 5º, LXI, in fine, da CRFB), mas absolutamente impróprio para definir a natureza das relações entre juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição (ou entre esses e os juízes dos tribunais superiores). Não se discute, nos limites do sistema processual, o poder de revisão dos tribunais, imanente ao próprio “procedural due process of law” (artigo 5º, LIV, da CRFB); nem tampouco o dever intra-processual de respeito às decisões judiciais de grau superior, no plano jurídico-decisório



(o que não significa, entenda-se bem, capitulação no plano jurídico-argumentativo); mas tudo isso nos limites subjetivo-objetivos do processo (ou toda súmula de jurisprudência seria necessariamente vinculativa). Nada mais que isso. O magistrado de primeiro grau pode discordar das subsunções jurídicas e das razões de fato e de direito do “decisum” de segundo grau ou até mesmo das instâncias superiores; pode, por isso mesmo, ressaltar seus entendimentos; e, em casos excepcionais, pode inclusive se escusar de julgar, por entender malferida a sua independência funcional, em razão do tipo de decisão a que terminou «confinado» em razão de decisões superiores (valendo-se, para tanto, do artigo 135, par. único, do CPC de 1973; ou, agora, do artigo 145, §1º, do NCPC). Apenas não pode rever intraprocessualmente o que foi decidido nas instâncias superiores, ainda que violentem o seu convencimento. Quanto ao mais, porém, não há hierarquias. Leia-se, por todos, em NERY DE OLIVEIRA:

A tal modo, se resulta lógico que a administração centralizada nos Tribunais pressupõe uma obediência aos comandos de gestão e administração por tais Cortes enunciadas, logicamente tais atos administrativos não ensejam qualquer perda dos atributos de independência do juiz, notadamente na sua atividade-fim, mas também indiretamente qualquer ingerência que possa pretender vir a perturbar aquela, ainda que emanada de órgãos internos do Judiciário. Para que assim fosse, o artigo 95 haveria de comportar exceções, e tais não existem para permitir que juízes de Cortes superiores sejam maiores que outros.

Na verdade, todos os juízes são iguais, mesmo aquele magistrado da comarca mais humilde e longínqua do País em relação ao ministro do Supremo Tribunal Federal — o que os distingue, basicamente, são as competências jurisdicionais distintas, que confere a uns e outros, em dados momentos, maior status social (e não pouco é lembrar que muitas vezes o juiz da comarca do interior, quase esquecida por todos, é muito mais prestigiado na sua localidade que qualquer ministro do STF, pois são as suas decisões que influem diretamente no cotidiano daquela comunidade).

Ainda que possa parecer absurdo, a inexistência de qualquer hierarquia entre os Juízes vem capitulada no artigo 6º da Lei 8.906/94, exatamente o Estatuto da Advocacia, quando assevera que «não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos», havendo que se ponderar que tal dispositivo não se dirige apenas à inexistência de subordinação e hierarquia dos advogados em relação a juízes e membros do Ministério Público, mas também entre estes, sob pena também da regra primeira acabar desvirtuada”.

Ainda, no escólio de GOMES DA CRUZ:

Temos feito várias referências à independência do magistrado, salientando que as garantias constitucionais se voltam para preservar tão fundamental atributo da magistratura. Logo, todo juiz deve agir com independência, até em relação à instância superior, sabido que esta só possui, em relação ao órgão de grau inferior, competência de derrogação. Claro, não se exclui o poder disciplinar, mas não interferindo diretamente na atuação do juiz em matéria processual.

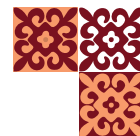
Mais além, em plagas europeias — e há décadas —, o insuperável GOMES CANOTILHO identificou, no princípio constitucional da independência dos órgãos judiciais (consagrado na Constituição portuguesa de 1976 e inerente a todos os Estados Democráticos de Direito), três corolários: o da independência pessoal (donde a impraticabilidade das nomeações interinas e das transferências, suspensões, aposentações e demissões à margem da lei ou em razão das decisões emanadas), o da independência coletiva (autonomia da judicatura inclusive orçamentária — em relação aos demais poderes da República) e o da independência funcional. Quanto a essa última, assere que

A independência funcional é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência. Significa ela que o juiz está apenas submetido à lei ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas no exercício da sua função jurisdicional”.

Consequentemente, o juiz de primeiro grau não está obrigado a acatar teses ou entendimentos de instância superiores, se pessoalmente não os crê conformes às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas (a não ser, no caso brasileiro, em hipóteses cobertas por súmulas vinculantes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, mercê da norma ínsita ao artigo 103-A da CRFB). Está, sim, obrigado a acatar o resultado dos ares-tos que lhe reformam as decisões, nos limites de seus comandos dispositivos concretos. Não mais do que isso. Não se obriga, p.ex., a reproduzir, em nova sentença, os conceitos, as teses e as convicções perfilhadas pelo relator na fundamentação do voto. Nem a seguir a súmula de jurisprudência dos tribunais aos quais se vincula, se o entendimento ali vazado violenta-lhe a convicção. E, por isso mesmo, andou mal o Conselho Nacional de Justiça ao erigir a “obediência a súmulas” como um requisito objetivo de aferição do «merecimento» do magistrado ao tempo da sua promoção (cfr. artigo 93, II e III, da CRFB c.c. artigo 5º, «d» e «e», da Resolução CNJ n. 106/2010).

Nesse sentido, aliás, tem se pronunciado iterativamente o próprio Conselho Nacional de Justiça, excluindo a possibilidade de se recorrer à instância administrativa disciplinar e/ou revisional para «corrigir» ou «punir» os assim chamados “erros in judicando” (i.e., erros de julgamento — que nada mais são que convicções jurídicas derrubadas em superior instância). Veja-se:

Recurso Administrativo em Revisão Disciplinar. Insurgência contra decisão monocrática que indeferiu pedido de apuração da responsabilidade dos magistrados que atuam em processos judiciais de interesse da requerente e contra o indeferimento de afastamento destes e do desembargador que é parte nos processos na defesa da guarda de seu neto. Recurso não provido. A Revisão Disciplinar não se presta à indagação de quaestionis juris, nem ao ataque do error in judicando do magistrado. A pretensão de incursão em atos judiciais proferidos em juízo constitui matéria que se posta fora do âmbito de competência do CNJ. Essa atuação no plano judicial só se revê através dos meios postos na legislação processual, pela via do recurso judicial cabível, sendo inadequada e incabível a Revisão Disciplinar para essa finalidade” (CNJ, REVDIS



n. 200810000005120 e REP n. 200810000005118, Rel. Cons. RUI STOCO, 65ª Sessão, j. 24.06.2008, in DJU 05.08.2008 — g.n.).

Recurso Administrativo em Reclamação Disciplinar. Arquivamento. Atos judiciais passíveis de recurso. Inexistência de infração funcional. 1) O CNJ não é instância de revisão de decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário no exercício da típica atividade jurisdicional. 2) Os fatos trazidos aos autos pelo reclamante não apresentam cometimento de infração funcional. Recurso a que se nega provimento” (CNJ – RD 391 – Rel. Cons. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, 69ª Sessão, j. 09.09.2008, in DJU 26.09.2008 — g.n.).

Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do livre convencimento motivado. Error in judicando. O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente” (CNJ, RD n. 200830000000760, rel. Cons. ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 80ª Sessão, j. 17.03.2009, in DJU 06.04.2009 — g.n.)

E — antecipo-me — se é assim no plano administrativo disciplinar, não há como ser diferente no plano jurídico-civil ou jurídico-penal, nem se justifica eticamente que se haja de modo diverso no plano administrativo promocional (i.e., na consideração do “merecimento” do agente público para efeito de promoção ou de percepção de vantagens quaisquer).

Aliás, a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79) prevê, em seu artigo 41, que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo no caso de impropriedade ou excesso de linguagem. In verbis:

Artigo 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.

E, na mesma alínea, a LOMAN dispõe, no seu artigo 40, que a atividade censória dos tribunais não pode cercear a independência ou malferir a dignidade do magistrado. In verbis:

Artigo 40. A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado.

Se tudo isso é verdadeiro no plano judicial e administrativo, entre magistrados dos diversos níveis da carreira da Magistratura e dos tribunais superiores, não pode ser menos verdadeiro em relação a terceiros. Se o magistrado instrui e julga de acordo com a sua convicção, reportando-se à Constituição da República e às leis do país (da maneira como as lê, inclusive em perspectiva sistemática e/ou teleológica), e se assim fundamenta a sua decisão (porque é exatamente aqui — na fundamentação judicial, não na positividade das leis infraconstitucionais — onde tem assento, nos Estados Democráticos de Direito, a maior garantia do jurisdicionado contra as possíveis arbitrariedades do próprio Poder Judiciário), não pode ser responsabilizado, seja no campo administrativo, seja no campo cível, seja ainda — e com maior razão — no campo criminal. Pregar o contrário é pregar uma jurisdição covarde, porque a decisão judicial preocupar-se-á primeiramente com a indenidade do próprio prolator e somente depois com a justiça do caso concreto. É pregar, ainda, uma jurisdição tacanha, repetidora de verbetes que não raro se empedram no tempo. É pregar, por fim, uma jurisdição eficientista (mas não eficaz), que se ocupa de decidir mais e mais rapidamente, produzindo números, resultados e relatórios; mas que, ao cabo e ao fim, já não produz justiça social.

Mas é precisamente neste ponto que peca o projeto do novo Código de Processo Civil. Eis o que diremos na sequência.

### **3. O Novo Código de Processo Civil: Pontos Críticos. Artigos 10, 15, 133, 235, 489, 927 e outros**

Na linha do quanto exposto acima, o novo CPC apresentará desconformidades formais e materiais na perspectiva das prerrogativas da Magistratura nacional, ainda que poucas. Por isso, seria útil repará-las antes de eventual promulgação do diploma. Dois dispositivos do Novo Código de Processo Civil chamam a atenção, em particular, pela referida desconformidade. Vejamo-los:

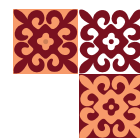
#### Artigo 10:

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 tenha que decidir de ofício.

#### Artigo 235:

Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.





§ 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato.

§ 3º Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.

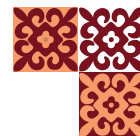
Pois bem.

No que diz respeito ao artigo 10, impende registrar que, a despeito de suas excelentes intenções (na esteira do artigo 5º, LV, da CRFB), termina consumando um retrocesso no plano da aplicação judiciária da norma jurídica, notadamente quando se trata de preceito de ordem pública (de que se invariavelmente se revestem as chamadas “objeções processuais”, às quais se reporta o artigo 10). É da tradição do processo em especial no âmbito do processo penal e dos mecanismos processuais de tutela de direitos fundamentais a parêmia latina “iura novit curia”, a significar que o juiz pode aplicar o Direito em conformidade com a configuração factual que se lhe apresenta, desde que nisso não desborde dos limites objetivos e subjetivos da lide (a que DINAMARCO denomina princípio da correlação entre a demanda e a sentença); ao desbordar aí sim seria imprescindível a imediata dilação adversarial para efeito de contraditório (como se dá, no processo penal, com a chamada “mutatio libelli” art. 384 do CPP). Com mesma ou maior razão, não há necessidade de se limitar o poder decisório do juiz, quando à mercê de objeções processuais, a um procedimento contraditório prévio. O princípio do contraditório (artigo 5º, LV, CRFB) já estará atendido com a inarredável possibilidade de revisão do “decisum”, em sede de recurso, caso uma das partes se entenda “surpreendida” ou contrariada com a subsunção jurídica que o magistrado imprimiu a determinado fato ou circunstância (decadência, coisa julgada, litispendência, carência de ação, etc.). Desse modo, obrigar o juiz a abrir contraditório sempre que pretenda decidir com base em normatividade cogente e cognoscível “ex officio” é limitar a extensão do seu poder de direção processual, circunscrevendo-o a limites que hoje não se impõem e que, inexistentes, nem por isso têm suscitado discussões de fulcro constitucional; e, num certo sentido, é comprometer o próprio princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB).

Não bastasse, a própria sistemática do novo CPC parece transigir com a saudável e necessária possibilidade de decisão imediata com base em matéria de ordem pública, sem prejuízo de eventual contraditório diferido. Vejam-se, por exemplo, os casos do artigo 278, par. único (quanto às nulidades absolutas, cognoscíveis de ofício), do artigo 285, par. único (quanto à decisão de mandar anotar “ex officio” as reconvenções, as intervenções de terceiros ou quaisquer hipóteses de ampliação objetiva do processo), do artigo 292, §3º (quanto à correção “ex officio” do valor da causa, pelo juiz, “quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido

pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes”), do artigo 370, caput (quanto à determinação “ex officio” de produção de quaisquer provas que julgar necessárias para o julgamento da lide), do artigo 300, §1º (quanto ao condicionamento das medidas acautelatórias à prestação de caução) e, por fim, do artigo 297 (quanto às “medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”). Ao que se lê nas redações desses preceitos — que sempre preordenam, em alguma medida, «decisão» judicial nos autos —, poderá o magistrado, em qualquer daqueles casos, decidir de ofício (para declarar a nulidade, anotar a intervenção, produzir a prova, substituir ou conceder a medida de urgência, etc.), independentemente de oitiva do “ex adverso”. Ou acaso se sustentará que, por força do artigo 10, deverá o juiz, em todos esses casos, ouvir antecipadamente a(s) parte(s)? Indagará ao réu o que acha ele, réu, da medida acautelatória que ao juiz parece mais adequada para evitar justamente o perecimento do direito litigioso por ação do mesmo réu? A ser assim, a hermenêutica sacrificaria amiúde a duração razoável do processo; e, para mais, o próprio escopo dos preceitos legais que regulam as tutelas de emergência e evidência. Em alguns casos, o contraditório prévio seria inclusive contraproducente, quando não impeditivo dos efeitos pretendidos (assim, e.g., nas hipóteses de cautelaridade; neste sentido, aliás, bem previam, na redação do projeto original, o artigo 284, 1ª parte — excepcionalidade da urgência — ou do artigo 258, caput). Ora, se é dado ao juiz, ao menos nessas situações específicas, decidir “inaudita altera parte”, por que não poderia fazê-lo quando estiverem presentes as mesmas razões que aqui justificarão o diferimento do contraditório (a saber, a defesa da ordem pública e/ou a preservação da utilidade e da celeridade do processo)? «Ubi eadem ratio ibi idem ius». A bem da interpretação sistêmica, aliás, convirá reconhecer que, no próprio texto do NCPC, encontram-se alinhavados os casos em que a atuação “ex officio” pressupõe a necessária oitiva prévia; assim, p.ex., no artigo 493. Nada obstante, a redação “peremptória” do artigo 10 do NCPC ensinará, infelizmente, inúmeras polêmicas a esse propósito.

Pois bem. Pela perspectiva constitucional (artigo 5º, LV), parece-nos claro que, a depender do caso concreto, poderá o juiz entremear o contraditório, com proporção e utilidade, entre a identificação de objeções processuais incidentes e a sua decisão a respeito; o dever, porém, refere-se ao contraditório “a se”, não necessariamente ao seu momento. É o que se dá, aliás, com as próprias nulidades absolutas, que demandam contraditório; e, nada obstante, o novo codex autorizará o seu decreto de ofício (artigo 278, par. único), aparentemente sem necessidade de prévia manifestação das partes (a não ser, insista-se, que se pretenda aplicar o artigo 10 à hipótese do artigo 278, par. único; mas, sendo assim, haveremos de aplicá-lo também às hipóteses do artigo 297 do NCPC, ainda que isso prejudique a finalidade da norma?). Vê-se, pois, que a melhor sistemática será sempre deixar a critério do magistrado, na direção do processo em cada caso concreto, decidir sobre a necessidade (no aspecto técnico-jurídico, i.e., quanto à constitucionalidade/legalidade de eventual mitigação ou diferimento) e também sobre a conveniência (aspecto político-processual) do contraditório prévio. É, aliás, o que naturalmente decorreria da excelente norma inserta no artigo 107, V, quanto à adequação das fases e dos atos processuais às especificações do conflito, de modo a “conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico” (mas que, viu-se, foi lamentavelmente manietada para, no atual artigo 139, VI, admitir tão-só a dilatação dos prazos processuais legais e a alteração da ordem de produção dos meios de prova, como recursos de adequação do procedimento às necessidades do conflito). Daí porque, ao que sentíamos — e assim nos manifestamos em parecer solicitado, à época,



pela Diretoria de Assuntos Legislativos da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (então sob os cuidados do juiz GERMANO SILVEIRA DE SIQUEIRA) —, melhor teria sido eliminar do projeto o atual artigo 10 do NCPC, a bem da preservação dos poderes de direção do juiz no processo e do seu próprio livre convencimento motivado. Infelizmente, assim não se fez.

Deve-se, a propósito, debelar os preconceitos que ainda existem quanto à figura do contraditório mitigado ou diferido. Fiel às lições do grande OVÍDIO BAPTISTA, é mister reconhecer que a dignidade e a urgência do bem da vida perseguido (i.e., do “direito material”) não apenas justifica como muitas vezes impõe um procedimento contraditório diferenciado, sem que isso represente qualquer violência à cláusula constitucional vazada no artigo 5º, LV, da CRFB). Desse modo, pode bem o juiz, deparando-se com objeções processuais ou outras matérias de que deva conhecer “ex officio”, decidi-las de plano, mercê do princípio do livre convencimento motivado, quando for essa a melhor solução para a preservação da utilidade do processo e/ou para a sua duração razoável (mais: a depender do bem da vida em jogo e das circunstâncias do caso, terá de fazê-lo). E o fará sem prejuízo do contraditório, que todavia será diferido (mas nem por isso mitigado: mesmo no processo do trabalho, mais infenso a incidentes processuais, a parte insatisfeita poderá registrar seus protestos, na audiência ou no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, com vistas à ulterior impugnação em sede de recurso ordinário; e, no processo civil — mesmo neste que agora se anuncia —, haverá sempre a possibilidade dos agravos).

Podem-se, ademais, antecipar possíveis gargalos de interpretação com outros preceitos do anteprojeto que reproduzem ou revisitam essas mesmas idéias de «audição prévia e necessária das partes» antes de qualquer ato judicial decisório, mesmo naquilo que o juiz tenha de conhecer de ofício. Entretanto, a bem de uma abordagem sintética e com o propósito de não comprometer o foco da crítica que deve mesmo privilegiar as questões principais (supra) , encerramos aqui esta incursão.

No que diz com o novel artigo 235 e com a «responsabilidade» disciplinar dos magistrados pelos excessos de prazo (que já tinham regulação legal, no CPC de 1973, e também administrativa, no Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça), o problema é similar. Como é de sabença geral, o regime disciplinar da Magistratura não pode ser objeto de lei ordinária federal (como é, sabidamente, o NCPC). As normas de conduta da Magistratura nacional e o respectivo regime disciplinar são — e devem ser — objeto do Estatuto da Magistratura, que hoje tem corpo na Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN). E, não bastasse a questão do quórum especial (artigo 69 da CRFB), é certo que, para tanto disciplinar, a iniciativa legislativa jamais poderia ser de um senador da República. Haveria de ser do Supremo Tribunal Federal. É o que dita o próprio artigo 93, caput, da Constituição Federal:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios [...] (g.n.).

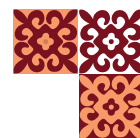
Nessa alheta, tornam-se de duvidosa constitucionalidade (ante os indícios de inconstitucionalidade formal, por vícios de espécie e de iniciativa) as normas vazadas no

novel CPC que pretendam regular a responsabilidade disciplinar do magistrado pelo excesso dos prazos legais, inclusive com um arremedo de rito para essa específica finalidade (distribuição ao órgão competente, instauração do procedimento disciplinar sem prévia oitiva do acusado, avocação discricionária dos autos em que se der o atraso para efeito de remessa a substituto legal — o que põe em xeque, teoricamente, a própria garantia do juiz natural —, etc.). Com efeito, os deveres dos magistrados estão atualmente dispostos no artigo 35 da LOMAN (sendo certo que o excesso de prazos está contemplado já no inciso segundo, com a modulação necessária do advérbio “injustificadamente” — que sequer aparecia no artigo 192 do PLS n. 166/2010, mas foi oportunamente devolvido ao atual artigo 235 do NCPC). Por sua vez, a responsabilidade disciplinar do juiz pela inobservância desse dever está regulada entre os artigos 40 e 48 da mesma LOMAN, sendo certo que, para o caso em testilha — que importa em “negligência no cumprimento dos deveres do cargo” (desde que os excessos sejam injustificados) —, a lei prevê penas de advertência (nas situações isoladas) e de censura (no caso de reiteração), quando aos juízes de primeiro grau (ut artigos 42, par. único, 43 e 44), sendo discutível a natureza da sanção quando se tratar de juízes de segundo grau (vez que, por um lado, não se justificaria aplicar-lhes pena mais grave que a reservada para juízes de primeiro grau; mas, por outro, tampouco seria juridicamente aceitável que estivessem ao abrigo de qualquer responsabilidade disciplinar em semelhantes casos). Em nenhum caso, prevê-se como sanção disciplinar a “perda da competência”; e nem se poderia prever.

Ademais, o rito para a aplicação de sanções disciplinares a magistrados está igualmente esboçado pela lei em vigor, ao menos para os casos mais graves, nos termos de seus artigos 27 c.c. 46 da LOMAN (recepcionada que foi, às sabenças, como lei complementar). Não poderia a lei ordinária federal fazê-lo, ainda que residualmente, mesmo para os casos mais singelos, até porque a delegação legislativa, nesse particular, foi textualmente alocada aos regimentos internos dos tribunais (artigo 48), para salvaguardar as peculiaridades locais (o que, diga-se, é de duvidosa recepção constitucional); e, no plano nacional, ao regimento interno do próprio CNJ, por força do artigo 103-B, §4º, da CRFB. Por conseguinte, qualquer tentativa de regular matéria disciplinar afeta à Magistratura nacional no Projeto de Código de Processo Civil — que perfará lei ordinária federal — tende a não resistir a um exame escrupuloso de constitucionalidade.

Nesse diapasão, e em casos muito semelhantes, pronunciou-se outrora o Excelso Pretório, em variegadas ocasiões (nalgumas, inclusive, por provocação de associações de magistrados, como a Associação dos Magistrados do Brasil e a própria Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Vejam-se, por amostragem, as seguintes ementas (de três casos distintos, envolvendo a criação ou o regramento de infrações disciplinares fora do Estatuto da Magistratura, o regramento dos consequentes procedimentos e a competência legalmente delegada aos regimentos internos):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO Nº 8, DE 25.09.01, DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO. SENTENÇA ANULADA PELO TRT. NOVA DECISÃO A QUO QUE REPRODUZ OS MESMOS FUNDAMENTOS QUE MOTIVARAM A ANULAÇÃO DA SENTENÇA ANTERIOR. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE



DO TRIBUNAL. MATÉRIA RELATIVA AOS DEVERES FUNCIONAIS DO JUIZ. ESTATUTO DA MAGISTRATURA. ART. 93, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 1. A decisão do Tribunal que dá provimento ao recurso para anular a decisão impugnada não substitui o ato recorrido, mas se restringe a cassá-lo, por ilegalidade, após reconhecer a existência de vício de atividade ou error in procedendo. 2. Se, por um lado, o magistrado é livre para reapreciar o mérito da causa, podendo, até mesmo, chegar a veredicto coincidente àquele emitido anteriormente (momento em que se estará dando plena aplicabilidade ao princípio da independência do magistrado na apreciação da lide), por outro, de acordo com sistemática processual vigente, a ele é vedado alterar, modificar ou anular decisões tomadas pelo órgão superior por lhe faltar competência funcional para tanto. A ele cabe cumprir a decisão da Corte ad quem, sob pena de ofensa à sistemática constitucional da repartição de competência dos órgãos do Poder Judiciário. Fenômeno da preclusão consumativa pro iudicato. 3. Longe de configurar uma mera explicitação ou uma recomendação reforçativa da obrigação do magistrado de obediência às disposições legais, recortou o ato impugnado determinada conduta do universo das ações que traduzem violação àquele dever, atribuindo a esta autônoma infração grave e exclusiva valoração negativa que se destaca do comando genérico do dever de respeito à lei, dirigido a todos os juízes. 4. Ao criar, mediante Provimento, infração nova e destacada, com conseqüências obviamente disciplinares, incorreu a Corte requerida em inconstitucionalidade formal, tendo em vista o disposto no art. 93, caput da Carta Magna. 5. Ação direta cujo pedido se julga procedente.

PROVIMENTO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE PROÍBE OS JUÍZES DE SE AUSENTAREM DAS COMARCAS, SOB PENA DE PERDA DE SUBSÍDIOS: MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO PROVIMENTO IMPUGNADO. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º do Provimento nº 001, de 31 de julho de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim.

CONSTITUCIONAL. MAGISTRADO: PENAS DISCIPLINARES. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL. C.F., art. 93, X, art. 96, I, a. Lei Complementar 35, de 1979 - LOMAN - arts. 40, 42, parág. único, 46 e 48. I. Aos Tribunais compete, privativamente, elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. C.F., art. 96, I, a. A competência e o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura devem ser estabelecidas pelo Tribunal de Justiça, em regimento interno. II. As penas de advertência e de censura são aplicáveis aos juízes de 1º grau, pelo Tribunal, pelo voto da maioria absoluta de seus membros. C.F., art. 93, X. III. - Recepção, pela CF/88, da LOMAN, Lei Orgânica da Magistratura: C.F., art. 93. IV. Os regimentos internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura. LOMAN, art. 48. V. Regimento Interno, artigos 37 e 40: inconstitucionais em face do art. 96, I, a, da Constituição Federal (maioria). Voto do Relator: empresta-se interpretação conforme a Constituição para estabelecer que citados artigos 37

e 40 dizem respeito apenas às penas de advertência e censura. VI. ADIn não conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada procedente.

Do ponto de vista estritamente hermenêutico — dizendo, pois, menos com as prerogativas da Magistratura nacional e mais com a própria atividade judicante diuturna do juiz do Trabalho —, o artigo 14 do PLS n. 166/2010 (original), a que corresponde o artigo 15 do NCPC, deverá causar alguma perplexidade, abalando talvez o próprio edifício jurisprudencial que ao longo dos anos se construiu, na Justiça do Trabalho, em torno do artigo 769 da CLT. Por isso mesmo, convirá desde logo adaptá-lo para que, no futuro, sua redação não justifique arroubos de interpretação incoerentes com a sistemática e a principiologia da Consolidação das Leis do Trabalho (ou do diploma legislativo que venha a substituí-la no plano processual), aptos a causar, nos jurisdicionados, polêmica e assombro — e, por essa via, mais demandas em corregedorias.

É que o preceito estava assim vazado:

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente (g.n.).

Ditada desta maneira, a norma termina por ignorar o clássico binômio clausular de subsidiariedade que a jurisprudência e a doutrina processual trabalhista construiu a partir do artigo 769 da CLT: para que a norma de direito processual comum (i.e., o Direito Processual Civil, ao menos pela interpretação hoje corrente) possa ser aplicada ao processo do trabalho, há que ter omissão (da legislação processual trabalhista) e compatibilidade (entre a norma importada do processo comum e a própria sistemática/principiologia do processo do trabalho). Bem se vê que o artigo 15 ignora, ao menos textualmente, o segundo elemento do binômio (i.e., a compatibilidade). Dir-se-ia que a inferência é óbvia. Mas, se tão óbvia fosse, não constaria expressamente do texto celetário de 1943 (“...exceto naquilo em que for incompatível...”).

Mantida nesses termos, e lida sem o devido cuidado, o preceito pareceria permitir, por exemplo, que um juiz do Trabalho viesse a admitir agravo de instrumento contra decisão liquidatória de sentença (artigo 1015, parágrafo único, do NCPC), já que a Consolidação das Leis do Trabalho hoje é omissa a respeito dos métodos de liquidação sentencial (exceto quanto à liquidação por cálculos, “ex vi” do artigo 879, mas sem qualquer referência aos respectivos modos de impugnação). Poder-se-ia, mais, entender que, diante do silêncio da CLT, o «incidente de desconsideração da personalidade jurídica» previsto entre os artigos 133 e 137 do NCPC seria integralmente aplicável ao processo do trabalho, inclusive quanto ao “prazo comum” de quinze dias (maior que qualquer dos prazos celetários em fase de conhecimento) para que terceiros e pessoas jurídicas manifestem-se previamente e requeiram a produção de provas, até prolação de decisão final, a desafiar agravo de instrumento (artigos 135 e 1015, IV, do NCPC)... Tais exegeses, se levadas a cabo na esfera do processo laboral, representariam odiosos retrocessos (notadamente nas execuções trabalhistas). Isso porque, sem sombra de dúvidas, essas interpretações — que



decorreriam da mera omissão da CLT a respeito — estariam em desacordo com a principiologia do processo laboral, notadamente em razão dos princípios da celeridade processual, da concentração dos atos processuais, da oficialidade da execução e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (ut artigo 893, §1º, da CLT). Em outras tantas matérias, dúvidas similares poderiam ser levantadas, especialmente por aqueles que pretendessem advogar já não ser mais a compatibilidade principiológica um daqueles pressupostos de aplicação subsidiária das normas de processo comum ao processo do trabalho (o que significaria dizer, na prática, que o artigo 15 do NCPC estaria a derogar a norma do artigo 769 da CLT).

Em verdade, nalgumas falas públicas, o próprio presidente da Comissão de Juristas, Ministro LUIZ FUX, deixou transparecer tal pretensão, no evidente propósito de auxiliar o operador do Direito Processual do Trabalho, às voltas com um diploma legislativo que caminha para o seu septuagésimo aniversário (já inapto, pois, a atender às demandas da modernidade). Mas o fato é que, sem o indispensável pressuposto da compatibilidade principiológica, a norma do artigo 15 do vindouro CPC trará muito mais confusões do que equacionamentos, ao menos em seara processual laboral.

Para evitar semelhantes dificuldades, que no limite fariam vir abaixo todo o pórtico de intelecção jurisprudencial já erigido sobre o artigo 769 consolidado, era de toda conveniência emendar a redação do preceito, para que fosse promulgado com o seguinte texto:

Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente, exceto naquilo em que forem incompatíveis com os respectivos sistemas ou princípios.

É o que propuséramos originalmente. Com isso, já não restariam dúvidas de que, tanto no processo do trabalho como nos demais ramos da processualística contemporânea (processo administrativo, penal, penal militar, eleitoral, etc.), a norma processual civil só poderia ser “importada” quando não conflitasse com os princípios e a sistemática própria de cada um daqueles ramos. No caso específico da Justiça do Trabalho, preservar-se-ia a jurisprudência já construída para a matéria (e, com isso, incrementa-se, num primeiro momento, a segurança jurídica, tão importante nos períodos de transição legislativa), sem prejuízo da renovação que decerto advirá dos novos princípios e regras positivados pelo NCPC (especialmente em seu artigo 139). E, diga-se, nem poderia ser outra a interpretação correta do preceito. Mas, para prevenir arroubos colonizadores do processo civil, conviria ressaltar.

Entretanto, não se ressaltou. Ao final, para tentar evitar tal hermenêutica desconstrutiva, a própria ANAMATRA chegou a propor destaque supressivo para que, à maneira do processo penal, o processo do trabalho fosse excluído do artigo 15. Outra vez não houve êxito. Resta, agora, a hermenêutica minimamente razoável.

Com efeito, entendemos que, na tensão entre o artigo 15 do NCPC e o artigo 769 da CLT, as linhas mestras deste último devem sobressair-se. Vejamos uma aplicação con-

creta: a possibilidade de aplicação, ao processo do trabalho (porque “omissa” a CLT), do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, tal como previsto entre os artigos 133 e 137 do novel CPC. Seria defensável? A nosso ver, definitivamente não. Tal incidente é absolutamente incompatível com o processo do trabalho, por ao menos quatro razões fundamentais:

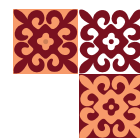
- (a) pelo histórico caráter oficial do processo laboral na fase executiva (muito antes do “processo sincrético” civil, diga-se), a dispensar qualquer exigência de “pedido da parte ou do Ministério Público”, como se lê no artigo 133, caput, do NCPC;
- (b) pela irrenunciabilidade “a priori” dos créditos exequendos (o que autoriza, “in casu”, a relativização do princípio dispositivo — como aliás igualmente o autoriza, “mutatis mutandis”, no exercício do direito de defesa, quando se trata de processo penal, pelas mesmas e óbvias razões: ainda que o réu não queira se defender, terá designado para si um defensor);
- (c) pela natureza monolítica do processo laboral, que não se compadece com “incidentes” autônomos ou com “exceções rituais”; tudo se incorpora ao rito de fundo, como se dá com a exceção de incompetência “ex ratione loci”, com a impugnação ao valor da causa (vide a Lei n. 5584/1970) e com os próprios embargos à execução (sempre entendidos pela doutrina nacional como um mero incidente endógeno não-autônomo, enquanto os processualistas civis nele sempre viram uma ação autônoma incidental), e assim por diante; e
- (d) pelo princípio da simplicidade das formas, que é inerente ao processo do trabalho (veja-se, e.g., o artigo 840, §1º, da CLT) e não se compadece com a necessidade de requerimentos formais, de “demonstração” textual exauriente do preenchimento dos pressupostos legais específicas da “disregard”, de citações prévias ou de prazos dilatados para “responder” e “instruir” etc.

Idêntico ou similar raciocínio pode-se aplicar, judicialmente, a todas as demais propostas de “integração” do processo do trabalho com novidades do NCPC, como a reparação dinâmica do ônus da prova (artigo 373 do NCPC) — a nosso ver aplicável, integralmente, ao processo laboral.

Logo, mesmo com a redação sancionada, temos por inexorável a conclusão de que, nos processos trabalhistas, a incorporação das normas do NCPC ainda pressupõe a compatibilidade, a reboque do artigo 789 da CLT, que não foi nem derogado, nem tampouco ab-rogado pelo novel codex processual civil.

Vale ainda uma palavra quanto à força das decisões judiciais, em especial nas hipóteses de liminares em tutelas de urgência e de evidência, no âmbito do Anteprojeto de Código de Processual Civil. Em certas passagens, o descumprimento de ordens judiciais é tratado como crime de desobediência (atualmente, o artigo 330 do Código Penal). Assim ocorre com o artigo 536, §3º (quanto ao descumprimento de providência mandamental dada em sentença de cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer), como também





no artigo 403, parágrafo único, do NCPC (quanto ao descumprimento de ordem de exibição de documento). Leiam-se:

Art. 382. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para a assegurar a efetividade da decisão. (g.n.).

Normas desse cariz, vazadas nesses termos, podem comprometer a própria autoridade do julgador. O crime de desobediência é delito de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei n. 9.099/95, na redação da Lei n. 11.313/2006); logo, sequer admite prisão em flagrante, se o acusado assumir o compromisso de comparecer perante a autoridade judiciária penalmente competente (artigo 69, par. único, da Lei n. 9.099/95). A depender da hipótese — imagine-se, por exemplo, a recente decisão prolatada pela 2ª Vara do Trabalho de Paulínia no rumoroso caso do “Recanto dos Pássaros”, impingindo gastos de grande expressão a multinacionais (SHELL e BASF) —, o staff corporativo poderá até mesmo compreender ser “vantajoso” o descumprimento de uma ordem judicial exarada com efeitos imediatos, pois a consequência mais grave da desobediência seria a mera lavratura de um termo circunstanciado contra preposto da empresa (sem considerar a natural dificuldade de individualização de condutas em casos desse jaez). Por outro lado, se o órgão do Ministério Público pretender subsumir a conduta em questão a delito mais grave, poderá encontrar inusitada resistência pelo viés do princípio da estrita legalidade penal (“lex certa et stricta”), já que a lei federal posterior (i.e., o NCPC terá vinculado tal conduta ao tipo penal do artigo 330 do CP, sem ressalvas.

Para evitar semelhantes subterfúgios, importaria ressaltar a responsabilidade por crime mais grave, estabelecendo textualmente o caráter subsidiário do crime de desobediência. Daí a sugestão feita, no devido tempo, para o acréscimo, à parte final desses preceitos, a tradicional locução “se o fato não constituir crime mais grave”, tantas vezes utilizada pelo Código Penal em vigor (e.g., artigo 132, artigo 163, par. único, II, artigo 238, artigo 307, artigo 314, etc.). Mas tampouco nisto se caminhou.

Por fim, caberia tecer a necessária crítica aos parágrafos do artigo 489 do NCPC, no que — ainda uma vez — limitam indevidamente a atividade jurisdicional, “modulando” o princípio do livre convencimento motivado, com excesso insuperável. Nesse particular, as próprias associações nacionais de juízes — a ANAMATRA, a AMB e a AJUFE — apresentaram pedidos de veto à Presidência da República. E foram, por isso, criticadas por parte da doutrina. Quanto a isto, porém, basta-nos a nota pública da ANAMATRA, de 9.3.2015, à qual aderimos integralmente:

“Relativamente às diversas manifestações críticas dirigidas às propostas de veto encabeçadas pelas três associações nacionais de Magistrados para alguns artigos do Novo Código de Processo Civil (NCPC), todas elas publicadas no sítio eletrônico do CONJUR e em outros órgãos de comunicação social, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA vem a público externar o seguinte.

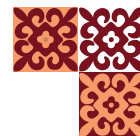
“1. Diversamente do que – até levianamente – afirmaram alguns poucos dentre os muitos juristas ouvidos, os vetos propostos não têm por finalidade “diminuir o trabalho dos juízes”, mas preservar-lhes a independência funcional e assegurar mínima concretude a um dos princípios norteadores do NCPC e de todos os Pactos Republicanos para o Judiciário até aqui: a duração razoável do processo. Embora esperado o ataque de setores da advocacia, lamentavelmente ele veio antes mesmo de serem conhecidas as razões alinhavadas por ANAMATRA, AMB e AJUFE. Preferiu-se, pois, o julgamento às cegas.

“2. No centro da polêmica, os vetos propostos aos parágrafos do artigo 489 do NCPC guiaram-se por uma lógica jurídica comezinha: o legislador não pode restringir desarrazoadamente o conceito constitucional de fundamentação (art. 93/CF), como tampouco pode obliquamente tornar “vinculantes” súmulas, teses e orientações jurisprudenciais que constitucionalmente não o sejam. O mesmo se aplica ao artigo 927.

“3. Com efeito, os parágrafos 2º e 3º do artigo 489 e os incisos III, IV e V e parágrafo 1º do artigo 927 do NCPC exorbitam do poder de conformação legislativa do Parlamento, na medida em que terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB), que é reconhecidamente o Leitmotiv e um dos alicerces centrais do novo Código.

“4. À vista dos termos do artigo 93, IX, da Constituição da República, o legislador entendeu por bem “regulamentar” a matéria em questão, contrariando a tradição secular do processo civil brasileiro — que jamais se viu “condicionado” pelo legislador quanto àquilo que seria ou não uma fundamentação sentencial suficiente —, para agora, em pleno século XXI, tolher a construção dos tribunais e estatuir ele próprio, Poder Legislativo, quais as hipóteses em que os tribunais devem considerar as decisões “não fundamentadas” (e, portanto, nulas de pleno direito, aos olhos da Constituição).

“5. Ao fazê-lo, o Congresso Nacional retira do Poder Judiciário a plena autonomia para a interpretação do artigo 93, IX, CRFB, travestindo-se em “intérprete autêntico” de uma cláusula constitucional de garantia que foi ditada pelo poder constituinte originário, o que chama a atenção por afrontar a própria separação harmônica entre os Poderes da República (artigo 2º da CRFB). O Poder Legislativo não pode ditar ao Poder Judiciário como deve interpretar a Constituição. Esse papel cabe sumamente ao próprio Judiciário; e, em derradeira instância, ao Supremo Tribunal Federal, guardião constitucional da Carta Maior (artigo 102 da CRFB). O inciso IX do artigo 93/CF jamais encerrou norma jurídica de eficácia limitada ou contida, mas indubitável norma jurídica



de eficácia plena, que agora perde plenitude por uma interpretação legislativa enviesada.

“6. Não bastasse, onde regulamenta impropriamente, o Congresso Nacional regulamentou de modo írrito, violando outras tantas cláusulas constitucionais. Cite-se como exemplo o inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489 (“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), que enuncia uma utopia totalitária. Esperar que o juiz – em tempos de peticionamento eletrônico e dos impressionantes “ctrl C” e “ctrl V” – refute um a um todos os argumentos da petição inicial, da contestação e das várias peças recursais, ainda quando sejam argumentos de caráter sucessivo ou mesmo contraditórios entre si (porque será possível tê-los, p.ex., no âmbito das respostas processuais, à vista do princípio da eventualidade da defesa), tendo o juiz caminhado por uma linha lógica de decisão que obviamente exclui os outros argumentos, é exigir do agente público sobretrabalho inútil e violar obliquamente o princípio da duração razoável do processo.

“7. De outra parte, quanto aos incisos V e VI do parágrafo único do mesmo artigo 489, diga-se da sua quase esquizofrenia. Por tais preceitos, será nula a sentença 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”; logo, o juiz não pode simplesmente aplicar a súmula de jurisprudência a caso que evidentemente se subsuma a ela, devendo “identificar” (enaltecer?) seus fundamentos determinantes. Mas não é só. Assim como não pode “simplesmente” decidir com base em súmula de jurisprudência de tribunais superiores, também não pode deixar de decidir conforme essa mesma súmula (o que denota, no limite, um tratamento esquizoide da matéria), porque também será nula a sentença que “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”. No limite, restará ao juiz reproduzir súmulas e enaltecê-las --- conquanto não sejam constitucionalmente vinculantes.

“8. Essas e outras “inovações”, impostas a fórceps, de uma só canetada, a toda a Magistratura nacional, sem o necessário amadurecimento de mecanismos de democratização dos procedimentos de uniformização de jurisprudência no âmbito dos tribunais superiores, regionais e estaduais, não colhem a simpatia da Magistratura do Trabalho, como tampouco deveriam colhê-la de qualquer cidadão minimamente cômico das necessárias aptidões democráticas do Poder Judiciário. Por isso, e apenas por isso, a ANAMATRA pediu — e segue pedindo — o veto aos referidos preceitos do NCPC, já amplamente conhecido como o “Código dos advogados”. Que diga, agora, a Presidência da República.

Paulo Luiz Schmidt

Presidente da ANAMATRA”

## 4. Conclusões

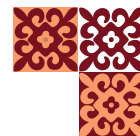
Pelo quanto exposto, impende pontuar, acrescer e concluir como segue.

4.1. Do ponto de vista das prerrogativas da Magistratura nacional, tal como disciplinadas nos artigos 93 a 95 da Constituição Federal e na Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN), os principais cuidados que a redação de um novo Código de Processo Civil deve guardar dizem respeito à preservação da independência funcional do magistrado, tanto perante os órgãos judiciais revisores (excetuada, é claro, a sua própria função revisora, que está igualmente sob a guarida da independência funcional, desde que não se desdobre em constrangimento para que o juiz de primeiro grau reproduza teses que não perfilha) como perante órgãos correicionais (inclusive quanto ao tempo concretamente razoável para a distribuição de justiça) e também perante pessoas ou entidades externas (inclusive quanto à sua imunidade pelas decisões prolatadas).

4.2. Violam a cláusula constitucional da independência judicial quaisquer gestões ou preceitos que priorizem prazos, números e “metas” em detrimento das necessidades instrutórias ou persecutórias concretas de cada causa, a serem aquilatadas primeira e precipuamente pelo seu juiz natural (no primeiro ou segundo graus). «Eficienticismo» descalibrado, associado à alienação gerencial do magistrado, sacrifica o conceito mesmo de ordem jurídica justa. Veja-se, no NCPC, o artigo 12, §2º, VII, 2ª parte.

4.3. Também violam a cláusula constitucional de independência judicial os preceitos legais que vulnerabilizam as imunidades do magistrado, sujeitando-o a sanções de qualquer ordem (criminal, civil ou administrativa) pelo mero exercício consciente de suas convicções jurídicas, ainda quando contrárias à jurisprudência pacificada nos tribunais o que inclui todos os enunciados de súmulas não-vinculantes ou aos modelos de gestão adotados pelos vários órgãos de administração judiciária (conselhos e administrações de tribunais). Nesse diapasão, o “excesso dos prazos previstos em lei” não pode ser causa única e isolada para a punição ou para a responsabilização do juiz, notadamente quando tal excesso se justifica pelo exercício de suas convicções quando aos efeitos jurídicos de atos ou fatos jurídicos externos (como, e.g., nas hipóteses de prejudicialidade externa), quando à necessidade de dilação instrutória, quando à extensão do contraditório, etc.

Que venha o novo, como deve ser. Mas que venha estribado na Constituição, na valorização do primeiro grau de jurisdição e na efetividade do processo judicial. Não em modismos de ocasião. Agora, vigente o Novo Código de Processo Civil, que nos socorra, nos excessos, a devida guarida constitucional. E, no processo do trabalho, a correta compreensão do que a ele se aplicará (e do que não se poderá aplicar).



# Litigiosidade Repetitiva no CPC/2015 e sua aplicação ao Processo do Trabalho

Juliane Dias Facó

**Sumário:** 1. Jurisdição de massa e demandas-tipo: fixação de novos paradigmas e procedimento para a adequada tutela jurisdicional das causas repetitivas; 2. Inauguração de novo modelo jurídico: técnicas de julgamento macromolecular; 3. Microssistema processual das demandas repetitivas: recursos repetitivos e IRDR; 4. Aplicação do Microssistema da litigiosidade repetitiva ao Processo do Trabalho.

**Resumo:** O presente artigo tece considerações sobre o fenômeno da litigiosidade repetitiva, característica da jurisdição de massa, e a necessidade de se estabelecer mecanismos adequados para tutelá-la de modo eficiente. Abordam-se os novos paradigmas encampados pelo Estado Democrático de Direito, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Novo Código de Processo Civil, além da mudança de perfil da sociedade, culminando com a existência de três tipos de litigiosidade: individual, coletiva e de massa (ou repetitiva). Traça-se um panorama do ordenamento jurídico atual no que diz respeito à sistemática dos casos repetitivos, à luz do CPC/2015 e da Lei n° 13.015/2014, sem descuidar da importância dos precedentes judiciais como técnica decisória e método de solução dos conflitos. Por fim, ingressa-se na análise do cabimento, na seara trabalhista, do microssistema da litigiosidade repetitiva, composto pelo IRDR e recursos repetitivos, definindo a arquitetura adequada para atender aos anseios de uma sociedade massificada, marcada por conflitos, em larga escala, em torno de uma mesma questão jurídica, conectados por um núcleo fático comum. Evidencia-se, assim, a necessidade de padronização decisória e homogeneidade das soluções atribuídas às demandas-tipo, em consonância com os princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança, redimensionados sob a ótica dos precedentes judiciais.

**Palavras-Chave:** Litigiosidade repetitiva; jurisdição de massa; precedentes judiciais.

## 1. Jurisdição de massa e demandas-tipo: fixação de novos paradigmas e procedimento para a adequada tutela jurisdicional das causas repetitivas

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 foi cunhado por uma ótica eminentemente individualista, sob forte influência da doutrina italiana do século XIX, que estava mergulhada na concepção liberal, na garantia de igualdade formal, refletindo a realidade e os paradigmas próprios da época. A via judicial se resumia a solucionar litígios individuais.

Dessa forma, toda a sistemática processual foi desenhada para resolver demandas isoladas entre os litigantes, dotadas de inúmeras particularidades, de cunho fortemente privatista e predominantemente individual, sem pensar na possibilidade de padronização coletiva.

No entanto, a interação de diversos fenômenos, a exemplo da industrialização, da urbanidade, da globalização e das revoluções em vários campos, fez mudar o perfil da sociedade, não mais adepta do liberalismo, dos direitos meramente formais e dos anseios individuais.

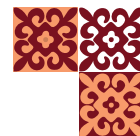
Nessa seara, a superação do Estado liberal trouxe novos paradigmas estampados na Constituição Federal Brasileira de 1988, fundados no aspecto material dos direitos fundamentais e no efetivo e substancial acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF), através de uma prestação jurisdicional justa, qualificada, mais tempestiva e concreta. Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr: “trata-se da passagem dinâmica, com marchas e contramarchas, do momento anterior (paradigma liberal – ciência jurídica normal), para o momento atual (paradigma do Estado Democrático Constitucional – ciência jurídica ‘revolucionária’)”.

Dentro do panorama delineado, pode-se falar atualmente em três tipos de litigiosidade no ordenamento brasileiro, quais sejam: a) individual ou “de varejo”, cuja dogmática está presente no sistema tradicional do CPC/73, de caráter individualista; b) coletiva, englobando direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, em que os sujeitos são grupo de pessoas indeterminadas ou determináveis, normalmente representados pelo Ministério Público ou associações (legitimação extraordinária); c) em massa, de alta intensidade ou repetitiva, amparada, em regra, por direitos individuais homogêneos que conduzem “à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa”.

À luz dessa nova realidade, os mecanismos típicos fixados no CPC/1973 se revelaram inadequados para tutelar as litigiosidades coletiva e de massa, sendo necessárias alterações legislativas tanto no âmbito constitucional, a exemplo da criação da súmula vinculante e da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, obras da EC nº 45/2004, quanto infraconstitucional – Lei da Ação Civil Pública (1985) e o Código de Defesa do Consumidor (1990), instrumentos próprios para a litigiosidade coletiva; julgamento liminar de mérito, súmula impeditiva de recurso, uniformização da jurisprudência e os recursos repetitivos, que se relacionam às demandas de massa, com regramento previsto no CPC/1973.

O escopo desse artigo se restringe ao exame da litigiosidade de massa, assentada em direitos transindividuais que permitem homogeneizar a solução jurídica dos processos. Esta espécie de conflito não pode ser satisfatoriamente resolvida, nem pelas vias ordinárias da jurisdição convencional (individual ou “de varejo”), nem pela jurisdição coletiva, pois não se trata de uma demanda que representa uma categoria ou grupo de substituídos, como as ações coletivas.

A jurisdição de massa é baseada na existência de processos repetitivos que, em regra, se ligam por uma questão fática ou jurídica comum, identificando-se, em verdade, no plano abstrato e não em cada situação concreta. Nessa medida, Antonio Adonias Aguiar Bastos aduz que as demandas repetitivas não se resumem aos direitos individuais homogêneos. Tratam-se de “demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam



soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar”.

É dizer: as situações jurídicas homogêneas se identificam pela afinidade das questões discutidas; constituem, por isso, uma relação jurídica modelo que as qualifica como demandas-tipo, impondo-se a padronização da solução conferida pelo Judiciário às referidas causas.

É pressuposto, ainda, para enquadrar o caso como de litigiosidade repetitiva, que ocorra a sua massificação, ou seja, que as demandas com similitude dos seus elementos objetivos sejam propostas em larga escala, justificando o tratamento macromolecular por parte do Estado.

A medida se impõe em face da imperiosa observância do princípio da igualdade no ordenamento jurídico, não se admitindo desfechos opostos para casos semelhantes. A coerência e a harmonia do sistema também são afetadas ao se permitirem decisões antagônicas sobre processos que se encontram sobre a mesma moldura, corrompendo a previsibilidade das decisões judiciais, a própria segurança jurídica e a confiança dos jurisdicionados.

Este é um dos propósitos dos recursos repetitivos, que visam disseminar, de modo qualificado, a tese jurídica neles cristalizada, com vistas a racionalizar a tutela jurisdicional, bem como otimizar o trabalho dos tribunais superiores e a efetividade da solução. Pretende-se, com o uso dessa figura, solver um problema que assola as Cortes Supremas de vários países:

Em mais de um país tem-se feito sentir o problema do acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas. O grande número de litígios que lhes chegam, sobretudo por via recursal, é fator importante de retardamento do desfecho dos pleitos. Ademais, a considerável variedade dos temas suscitados pode desviar a atenção dos juízes para assuntos menores, com prejuízo da respectiva concentração nas questões de mais relevância.

A despeito das críticas à padronização coletiva realizada pelos recursos repetitivos e outros mecanismos direcionados à tutela das demandas-tipo, defende-se a adoção do sistema de precedentes para estabelecer uma dogmática adequada para este novo modelo de litigiosidade, em consonância com algumas ferramentas já existentes no ordenamento brasileiro.

Desse modo, os recursos repetitivos, dimensionados pela ótica dos precedentes, não serão enxergados apenas como forma de reduzir o número de processos nas instâncias superiores. Eles poderão se voltar a maior qualidade do discurso jurídico e da tutela jurisdicional, garantindo aos jurisdicionados a efetividade dos princípios e garantias constitucionais.

O respeito ao precedente judicial representa uma mudança de paradigma no pensamento jurídico brasileiro e na forma de se enxergar o Direito, permitindo realizar o

juízo em bloco de conflitos individuais com partes distintas, mas que podem ser reunidos em um mesmo grupo de casos, em razão das situações jurídicas homogêneas que os conectam.

É preciso compreender que a decisão que soluciona o conflito é proferida pelo Estado-juiz e não pelo órgão judicial “x” ou “y”. É do precedente que se pode extrair a norma posta pelo Judiciário, fruto da interpretação da lei, permitindo-se criar uma tese jurídica universal que conduzirá o julgamento dos litígios que nela se enquadrem e orientará a conduta da sociedade.

Os novos paradigmas e a concepção que se tem do Judiciário e do papel dos juízes para construção do Direito não permite que o magistrado julgue divorciado dos preceitos que regem o ordenamento, devendo dispensar tratamento isonômico aos litigantes, pois fornece uma resposta do Estado-juiz. E ao Estado não é dado discriminar, sem justificativa, os jurisdicionados, sob pena de afrontar o princípio da igualdade e a segurança jurídica previstos na CF.

## **2. Inauguração de novo modelo jurídico: técnicas de julgamento macromolecular**

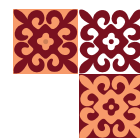
Considerando esse novo cenário, a resolução dos conflitos de forma homogênea, com a utilização das técnicas da causa-piloto, processo-teste ou processo-modelo, despon-ta como uma realidade exigida pelo próprio sistema. Os recursos repetitivos, ancorados na teoria dos precedentes, desempenham essa função ao lado do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 976/987 do CPC/2015, possibilitando o jul-gamento em bloco de casos repetitivos e a efetivação da igualdade. Busca-se, através de mecanismos eficientes, equacionar os problemas das macrolides agrupadas em torno de processos individuais.

Para concretizar esse objetivo, vale-se, como dito, das técnicas da causa-piloto (pro-cesso-teste) ou do processo-modelo. A primeira ocorre quando uma ou mais causas são selecionadas como representativas da controvérsia e, após o julgamento, a decisão é repli-cada aos demais casos assentados sobre o mesmo objeto litigioso. Há, nesta hipótese, uni-dade cognitiva, pois o mesmo órgão judicial que aprecia a questão comum é incumbido de julgar o processo originário, havendo reprodução da tese (ratio) formada no incidente de coletivização.

O julgamento se dá, nesses moldes, por amostragem, consoante se verifica no pro-cessamento dos recursos repetitivos pelo CPC e CLT. O STF, o STJ e o TST fixam a tese com base nos recursos selecionados como paradigmas e, uma vez proferida a decisão, ela se aplica aos casos-pilotos (tipificados como representativos da questão) e aos que a eles se assemelham.

Já nos processos-modelo há cisão cognitiva e decisória, pois o órgão que profere a decisão-modelo, exarando a solução sobre o objeto do incidente, não decide o processo





originário. O incidente tem a finalidade apenas de padronizar, de forma objetiva, a solução da controvérsia.

A aplicação da *ratio decidendi*, contudo, é realizada por juízo diverso, que deverá tomá-la como questão prévia, decidindo a questão comum de acordo com o entendimento firmado no incidente, além de adotá-la como premissa para resolver os outros pontos pertinentes a cada processo, considerando suas peculiaridades, isto é, o aspecto subjetivo. Há, portanto, uma divisão de competência, já que um órgão fixa a tese e o outro a aplica no caso concreto.

Nesse formato, enquadra-se o incidente de resolução de demandas repetitivas instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, complementando o microsistema dos processos repetitivos.

Objetiva-se, com isso, viabilizar técnicas de julgamento macromolecular, seja por meio da causa-piloto ou do processo-modelo, padronizando-se a tese que deverá incidir nas múltiplas demandas, a fim de superar a insuficiência do modelo atomizado de resolução dos conflitos.

### **3. Microsistema processual das demandas repetitivas: recurso repetitivos e IRDR**

Objetivando construir uma arquitetura adequada a tutelar a litigiosidade de massa, o Código de Processo Civil de 2015, como ressaltado, instituiu o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que compõe, ao lado dos recursos repetitivos, o microsistema de julgamento dos casos repetitivos (demandas-tipo), conclusão que aflora do art. 928 do CPC/2015:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Seguindo essa diretriz, foi aprovado, no IV Fórum Permanente de Processualistas Civis (IV FPCC), ocorrido nos dias 05 a 07 de dezembro de 2014 em Belo Horizonte, o seguinte enunciado:

Nº 345. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reci-

procamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

Com efeito, os institutos de resolução da litigiosidade de massa se complementam, exigindo um “regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a lhes dar solução prioritária, racional e uniforme”, visando à obtenção de resultados efetivos e isonômicos.

A técnica dos recursos repetitivos, por si só, não é suficiente para atender aos anseios da sociedade de massa. Observe-se que a medida não permite, por exemplo, a coletivização ou a generalização do tema comum em primeiro grau ou no âmbito dos tribunais locais. O tratamento molecular das causas isomórficas nos recursos repetitivos depende da afetação do recurso paradigma, de modo que, até que isto ocorra, milhares de demandas terão sido ajuizadas pelo país, “assoberbando os órgãos jurisdicionais das instâncias ordinárias e recebendo respostas judiciárias antagônicas, consoante o entendimento pessoal dos magistrados”.

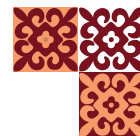
Sem contar que muitas decisões transitarão em julgado antes de conseguir acessar as instâncias extraordinárias, seja pela preclusão temporal dos recursos cabíveis, seja pela falta de algum pressuposto de admissibilidade dos recursos interpostos, tendo que enfrentar a difícil tarefa de ultrapassar os inúmeros óbices dispostos no ordenamento e que recrudescem o filtro recursal.

Não se pode olvidar, ainda, que há questões que escapam ao exame dos tribunais superiores, pois dizem respeito à interpretação do direito local, “isto é, das normas emanadas dos estados e municípios, sem qualquer implicação ou conexão com o texto constitucional ou a legislação federal e que, por este motivo, é fixada definitivamente pelos tribunais locais”.

Mesmo que a controvérsia não seja sobre o direito local, por vezes, os tribunais de segunda instância têm maior aptidão para fixar a tese jurídica, já que a solução da questão em julgamento pode exigir o exame de peculiaridades de uma dada região, grupo de pessoas/categoria ou costumes locais, estando mais próximos da realidade do que as Cortes Superiores.

Observe-se que o microssistema processual das demandas repetitivas almeja: a) a rápida fixação da tese jurídica a ser replicada nas causas semelhantes; b) maior previsibilidade na aplicação do direito por meio da estabilização da jurisprudência e a consolidação de entendimentos uniformes; c) julgamento isonômico para casos similares e diferentes para casos que não podem ser padronizados; d) maior credibilidade ao Judiciário; e) legitimidade das suas decisões produzidas com a observância do contraditório efetivo (das partes e interessados) e institucional, considerando a participação do *amicus curiae*, contribuindo para a pluralidade do debate; f) uma cultura de respeito aos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro.

Permite-se, assim, padronizar a solução sobre a questão jurídica decidida pelo juízo, preservando o precedente firmado, em consonância com o princípio da igualdade e a cele-



ridade (duração razoável do processo) que devem orientar os julgamentos das demandas massificadas.

Para alcançar os objetivos acima delineados, o modelo vigente de processo coletivo, como visto, não se revela adequado, tornando-se imprescindível o redimensionamento do devido processo legal para conferir racionalidade e eficiência ao sistema de causas repetitivas, obtendo decisões mais qualificadas e adequadas às peculiaridades das demandas de massa.

Essa missão não pode ser realizada apenas pelos recursos repetitivos, considerando a sua natureza extraordinária, o cabimento restrito e a fundamentação vinculada, além do longo itinerário que a parte tem que percorrer para manejá-los. Assim, o incidente de demandas repetitivas afigura-se também necessário para definir os contornos da jurisdição massificada e os mecanismos essenciais para solucionar os dissídios próprios.

O incidente de resolução de demandas repetitivas do CPC/2015 tem seus alicerces teóricos ou premissas metodológicas fincados na segurança jurídica, isonomia e celeridade processual.

Dele se podem extrair os seguintes objetivos: a) redução da divergência de interpretação da questão jurídica (de direito processual ou material) entre os juízes vinculados a um mesmo tribunal, promovendo a uniformização das decisões interna corporis; b) estabilização do entendimento local sobre um mesmo tema, permitindo fixar um parâmetro de interpretação e, assim, pautar a conduta dos cidadãos; c) vinculação da tese jurídica assentada pelo tribunal como precedente obrigatório aos órgãos vinculados e a sua incorporação a todos os processos pendentes que veiculem a mesma questão jurídica repetitiva.

Visa atingir, sob a égide do Novo Código de Processo Civil, a uniformidade, a estabilidade e a previsibilidade do direito jurisprudencial, como forma de efetivar o substancial acesso à justiça, proporcionando a coerência, a harmonia e a segurança jurídica do ordenamento.

Não se quer simplesmente reduzir as pilhas de autos que se acumulam nos tribunais, estabelecendo estatísticas de julgamentos céleres, mas dissociados da qualidade necessária para formar uma decisão adequada e moldada ao caso concreto. A concentração do julgamento de causas isomórficas, pelo procedimento do IRDR, permite que o órgão judicial se debruce sobre as questões relevantes e essenciais, fundando-se em uma pluralidade de argumentos expendidos pela diversidade de partes, interessados, Ministério Público e pelo *amicus curiae*.

#### **4. Aplicação do Microsistema da litigiosidade repetitiva ao Processo do Trabalho**

A questão se volta agora para a aplicação do microsistema da litigiosidade repetitiva ao Processo do Trabalho. Há alguma incompatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista?

Em verdade, a eventual controvérsia a esse questionamento restringe-se apenas ao cabimento, na Justiça Especializada, do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) estabelecido pelo Novo CPC, uma vez que o recurso de revista repetitivo, que se processa à semelhança dos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036/1.041, CPC/2015), já foi incorporado à sistemática trabalhista, pela Lei n° 13.015/2014, no art. 896-C da CLT.

Para responder à pergunta acima formulada, deve-se indagar se há demandas repetitivas, processadas em primeiro e em segundo grau na Justiça do Trabalho, que justifiquem o tratamento macromolecular dos litígios. Em outras palavras, a litigiosidade repetitiva, que caracteriza a jurisdição de massa, está presente nos conflitos sob a égide da seara laboral?

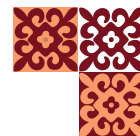
Imagine-se a situação em que se encontram múltiplos processos propostos por empregados contra a Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Petrobrás ou Correios (EBCT). As discussões são variadas, mas a maioria contém o mesmo pano de fundo, isto é, estão assentadas sob a mesma controvérsia jurídica e gravitam em torno de um núcleo fático comum. Podem ser relacionadas a benefícios previstos no Plano de Cargos e Salários, mas que deixaram de ser concedidos pelo empregador; qualificação da sétima e oitava hora bancária como extra para analistas; não realização das condições previstas no PCCS para promover empregados, observando critérios de antiguidade e merecimento, dentre outras hipóteses.

Observe-se que essas demandas são conectadas por questões fáticas comuns, ou seja, os autores se enquadram na mesma situação, foram atingidos pelo mesmo instrumento (PCCS, por exemplo), vítimas do mesmo comportamento (ou omissão), operado em larga escala, pelos seus empregadores, e clamam a reparação de igual direito. As petições iniciais e demais pronunciamentos narram o mesmo fato e os elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se equiparam.

Demandas como essas devem ser classificadas como repetitivas e merecem um julgamento à luz do sistema de precedentes, pois retratam um mesmo contexto fático-jurídico, sem peculiaridades relevantes que as distingam das demais (ou seja, não se aplica o *distinguishing*).

Nesses casos, deve imperar a aplicação do princípio da igualdade no ato de julgar. Não há como justificar para o jurisdicionado, perante um ordenamento que prega a segurança jurídica, que o caso dele será julgado de forma diferente da do seu colega, que trabalha no mesmo setor e, muitas vezes, na mesa ao lado. Um poderá ser sucumbente e o outro vitorioso, apesar de os processos serem praticamente iguais, contra o mesmo empregador e sob as mesmas bases.

É esse tipo de problema (além de muitos outros), responsável pelo déficit de confiança no Poder Judiciário, que o sistema de precedentes visa solucionar, de acordo com a arquitetura desenhada pelo CPC/2015 e Lei n° 13.015/2014. Propõe-se a mudança de paradigma e da argumentação jurídica como forma de materializar princípios presentes na Constituição.



Diante desse quadro, não há como negar que a litigiosidade repetitiva permeia a Justiça do Trabalho e exige uma tutela adequada e eficiente, dotada de mecanismos próprios para resolver os conflitos.

Poderia se dizer que o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 896, § 3º /6º da CLT), redimensionado à luz dos precedentes e dos novos paradigmas, já cumpre esse papel, mas ele não é suficiente para compor a estrutura adequada à tutela da jurisdição de massa.

Além disso, há diferenças entre os institutos, embora sejam semelhantes. O objetivo do incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ) é eliminar a divergência interna dos tribunais com vistas a cumprir o dever de uniformizar a jurisprudência (art. 926, caput do NCPC), o que se relaciona com a obrigação de observar os seus próprios precedentes de modo horizontal e vertical. As questões são apreciadas de modo mais abstrato e geral, sempre que, internamente (no âmbito dos órgãos fracionários), houver interpretação antagônica sobre a mesma questão jurídica, exigindo que a controvérsia fática seja praticamente nula ou reduzida.

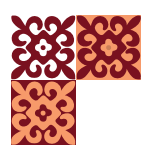
O IUJ é uma tentativa de facilitar o trabalho dos tribunais superiores e deixá-lo mais efetivo, pois de nada adianta o TST decidir a mesma divergência jurisprudencial incessantemente, representada por acórdãos do mesmo tribunal, mas que expressam entendimentos diferentes. É como se o papel do TST fosse, ao invés de fixar (e pacificar) o entendimento sobre a questão de forma nacional, eliminar a divergência interna dos tribunais de recurso em recurso, o que acaba tornando inócua a sua função constitucionalmente atribuída. Neste caso, pouco importa a espécie de litigiosidade (individual, coletiva ou repetitiva).

Já o IRDR está voltado ao caso concreto, às particularidades de causas repetitivas, amparadas por um núcleo fático comum e que merecem um mesmo tratamento por parte do Estado-juiz, em nome da isonomia. É como se o IUJ fosse voltado mais ao tribunal e o IRDR às partes.

Assim, diante da omissão da CLT (art. 769) no que toca ao IRDR e da ausência de incompatibilidade, entende-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas é aplicável ao Processo do Trabalho. Logo, existindo efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão de direito, que possa implicar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, incide o mecanismo de padronização coletiva previsto no CPC/2015.

Outra não pode ser a conclusão extraída do ordenamento trabalhista, considerando a instituição do recurso de revista repetitivo pela Lei nº 13.015/2014; uma vez admitido, no âmbito do TST, o julgamento por amostragem de uma multiplicidade de recursos fundados em idêntica questão de direito, inexistente fundamento para negar o incidente que visa conter a litigiosidade de massa em primeiro e segundo graus, pois são elementos de um mesmo microsistema.

Corroborando esse entendimento, cumpre transcrever os enunciados editados em Belo Horizonte, no IV Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), sobre o tema em análise:



346. A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microsistema de solução de casos repetitivos.

347. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de resolução de demandas repetitivas, devendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito.

Parece que não há como entender de modo diverso. Se cabem os recursos repetitivos, admitindo-se a necessidade de um regime processual diferenciado para os dissídios de massa, não há como afastar a incidência do instituto de resolução de demandas repetitivas na esfera trabalhista.

Aplicam-se as mesmas regras delineadas nos arts. 976/987 do CPC/2015, ajustando-se apenas aos órgãos e especificidades da Justiça laboral. A competência para julgamento será dos Tribunais Regionais do Trabalho, exercida pelo órgão determinado no seu regimento interno, e o recurso cabível para impugnar a decisão será o recurso de revista (ou o recurso ordinário, por ser causa de competência originária do tribunal) interposto perante o TST, que poderá conferir abrangência nacional à tese jurídica firmada no incidente, repercutindo para todos os processos individuais ou coletivos, pendentes ou futuros, submetidos à sua jurisdição.

As demais disposições relativas à suspensão dos processos, ao prazo para julgamento do incidente, intervenção do *amicus curiae*, Ministério Público (do Trabalho) e interessados, publicidade e registro no cadastro nacional, superação da tese e *distinguishing* se amoldam perfeitamente à seara trabalhista, havendo, portanto, compatibilidade com os princípios e regras que informam o processo do trabalho, sobretudo a celeridade que edifica os seus alicerces.

Trata-se de importante mecanismo de padronização coletiva que prestigia a garantia da celeridade, economia processual, previsibilidade e, notadamente, o princípio da isonomia, compondo um cenário mais adequado para a tutela da litigiosidade de massa e dos precedentes.

## Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Incidente de causas repetitivas no Projeto do NCPC – Aspectos importantes**. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, nº 85, vol. 12, set./out. 2013, p. 68-78;

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **As demandas de massa e o projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendências do processo civil, v. 3. Salvador: Jus podivm, 2014, p. 45-69;

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa**. In: Revista de Processo, ano 35, nº 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2010, p. 87-107;

\_\_\_\_\_. **Devido processo legal nas demandas repetitivas: Tese de doutorado**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2012;



BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de competência e fast-track recursal**. In: Revista de Processo, ano 34, nº 171. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2009, p. 9-23;

CABRAL, Antônio do Passo. **A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos**. In: Revista de Processo, ano 39, vol. 231. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2014, p. 201-223;

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. In: Revista de Processo, ano 35, nº 179. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2010, p. 139-174;

\_\_\_\_\_. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil**. In: Revista de Processo, ano. 36, vol. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 269-292;

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 8 ed. vol. 4. Salvador: Jus Podivm, 2013;

GUIMARÃES, Laís Fontes; VIANA, Vanessa Teixeira. **Julgamento de recursos repetitivos por amostragem: a coletivização de conflitos individuais e o processo coletivo**. In: SILVA, Joseane Suzart da; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. (orgs.) Tutela processual coletiva do consumidor. Salvador: Paginae, 2012, p. 323-338;

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. **O projeto do Novo CPC e o incidente de resolução de demandas repetitivas**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). Direito Jurisprudencial, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

MEIRELES, Edilton. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no Processo Civil Brasileiro e suas repercussões no Processo do Trabalho**. In: Novo CPC: repercussões no Processo do Trabalho. Carlos Henrique Bezerra Leite (org.). São Paulo: Saraiva, 2015;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 15. ed. vol 5. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

NUNES, Dierle. **Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276;

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **A posição dos Tribunais Superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas**. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 119, fev. 2013, p. 99-107;

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. **Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios – tendência de coletivização da tutela processual civil**. In: Revista de Processo, ano 35. nº 185. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2010, p. 117-144;

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João Pedroso. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, ano 11, nº 30. fev./2006, p. 29-62;

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário**. In: Revista de Processo, ano 34, nº 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./ 2009, p. 9-46;

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político do direito processual civil brasileiro no estado democrático constitucional**. Tese de Doutorado: Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

# Novo CPC no processo do trabalho: como não aplicar, aplicando<sup>1</sup>

Jorge Luiz Souto Maior

Um dos espetaculares vídeos do grupo Porta dos Fundos retrata a história de um casal marcado pelo tédio da previsibilidade. A mulher reclama do marido porque já sabe tudo que ele vai dizer etc. Enfim, só mesmo assistindo, porque com palavras é impossível reproduzir<sup>2</sup>.

Vendo o vídeo lembrei-me de quando eu era criancinha pequenina lá em Pouso Alegre, MG, e assumi um compromisso de não ser uma pessoa repetitiva porque sempre que ouvia alguém falando algo que já havia falado várias vezes achava o sujeito meio maluco ou mesmo um “bobão”, como costumava, à época, ofender os desafetos, sendo que, além disso, o efeito gerado era o de que eu acabava me convencendo do contrário do sentido expresso na fala.

Como o propósito, ainda que não revelado, de quem se submete a fazer uma manifestação pública é o de convencer a quem se dedica, como resultado de uma opção ou por obrigação, escutá-lo, a estratégia de não repetir a fala tornou-se, para mim, uma palavra de ordem.

Se o palestrante simplesmente diz o que a gente já sabia o que ele ia dizer o momento fica um tanto quanto chato e foi por isso, talvez, que alguns palestrantes contumazes, que concorrem no mercado pelos poucos espaços de fala, começaram a pensar em meios cada vez mais inovadores e surpreendentes para fazer sua exposição, declamando poemas, lendo contos, contando piadas e até cantando... Como já se disse: “a vida não tá fácil prá ninguém...”

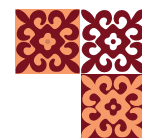
Buscar a empatia do público é importante porque, afinal, uma palestra não deixa de ser um exercício de convencimento. Além disso, o momento tem um sentido em si a tal ponto que mesmo com danos ao conteúdo uma fala agradável já vale a pena, podendo, inclusive, ter um efeito catártico.

Mas essa tarefa de tentar agradar é muito dura porque a plateia tantas vezes se posta como um crítico implacável. Alguns congressistas habituais ficam ali anotando tudo e o palestrante até se comove, pensa que está agradando, mas no fundo o anotador só está esperando o orador cometer uma falha para depois fazer uma pergunta destruidora. Agora, então, com esse negócio de gravação por celular, fazer uma palestra passou a ser uma atividade de risco, pois tudo que você diz, retirado de contexto, pode ser usado contra você, sendo divulgado, com sentido deturpado, para milhares de pessoas, e se “viralizar”, como se diz, para milhões...

<sup>1</sup> Palestra proferida no Encontro de Juizes do Trabalho da 15ª. Região, organizado pela Escola Judicial da 15ª. Região, realizado no dia 12/11/15, no Plenário Ministro Coqueijo Costa do TRT15.

<sup>2</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=qX7ntbo8zXw>





Além disso, a inovação trazida na palestra em pouco tempo vira rotina. O palestrante “dá tudo de si”, prepara a fala, encena e até canta. Tempos depois, o ouvinte mal humorado vai e diz: “Ai, vai cantar de novo!!!”

Eu já declamei, li contos, contei piada, cantei, utilizei vídeos de documentários e de filmes clássicos, sendo que agora estou na fase Barbixas e Porta dos Fundos (que são sensacionais). Até já arrisquei alguns passos de sapateado, cabendo esclarecer que me tornar um “streeper” não está em cogitação, ainda... E claro, sempre deixo um tempinho para falar um pouco de direito do trabalho...

E para que essa toda longa introdução? Primeiro, claro, para cumprir a estratégia de trazer alguma inovação e, segundo, para consignar que na situação específica em que me vi envolvido neste ano, ao ter recebido a honrosa missão de conversar com os juízes e juízas do trabalho da 15<sup>a</sup>. Região, em diversos encontros regionais, sobre a incidência, ou não, do novo CPC no processo do trabalho, em cada encontro – e já foram três – as dificuldades de surpreender a plateia foram se multiplicando.

Ainda que eu me esforçasse para criar uma nova dinâmica de exposição o conteúdo não tinha como ser diferente e, evidentemente, as juízas e juízes que vinham para cada novo encontro já tinham notícia do que eu havia dito no anterior, até porque, logo no dia seguinte, a notícia era dada pelo setor de imprensa do Tribunal<sup>3</sup>.

Pois bem. Se já disse, de três formas diferentes que rejeito a aplicação do novo CPC no processo do trabalho por conta da incompatibilidade, da desnecessidade e dos graves riscos que a aplicação do novo CPC traz aos direitos trabalhistas, e se todos aqui já sabem que falei isso e, portanto, vieram preparados e, conseqüentemente, desanimados, para ouvir a mesma história, ainda que com outro roteiro, vi-me na quase obrigação, até para manter a pertinência da palestra, de perverter essa ordem preconcebida dos fatos.

Resolvi, então, visualizar a aplicação de alguns dispositivos do novo CPC no processo do trabalho, avaliando os efeitos disso.

Creio que com isso aqueles que pretendiam dormir na palestra já terão ao menos alguma curiosidade para ouvir o que vem pela frente.

Pois bem, mantendo a lógica argumentativa de que o processo do trabalho não precisa do novo CPC para cumprir sua função de servir como instrumento do direito do trabalho, que é um direito diverso do direito civil para qual o novo CPC está voltado, pretendo nesta fala indicar qual seria o efeito (paradoxal) da aplicação dos seguintes dispositivos do novo CPC no processo do trabalho: artigos 1º; 4º; 5º; 6º; 67 a 69; 77, I a V; 79; 80; 81; 98, §4º; 99; 99, 4º; 139, III, IV, VI e VIII; 142; 156, § 1º; 191; 202; 292, § 3º; 293; 300; 311; 370; 372; 373, § 1º; 375; 378; 385; 406; 481; 487, III, b; 497 a 501; 503; 517; 520; 521, I, II, III e IV; 523, § 1º.; 534; 535, § 3º, VI; 536; 537; 674 a 681; 794; 794, § 1º; 795, § 2º; 829; 833, § 2º.

<sup>3</sup> Cabe aqui o registro acerca da competência do pessoal da imprensa do Tribunal, que não apenas consegue pinçar o sumo do que foi dito como ainda faz a palestra ter uma qualidade que de fato não teve (e falo isso, pensamento, exclusivamente nas minhas falas).

Vejamos o que isso representa.

Diz o artigo 1º do novo CPC:

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.

O grande passo dado por meio desse dispositivo é o de enfim os civilistas reconhecerem que a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico e não o Código Civil ou o Código de Processo Civil. Assim, o próprio novo CPC deixa claro que as normas do novo CPC não podem contrariar a Constituição.

A conseqüência essencial disso é a preservação do processo do trabalho como ramo específico do direito, isto porque a Constituição reconhece a existência do Direito do Trabalho e de uma Justiça especializada na aplicação desse direito, não havendo, pois, nenhum sentido constitucional obrigar o juiz do trabalho a guiar-se, na sua atuação, pela lógica de um processo voltado não ao direito do trabalho e à função histórica da Justiça do Trabalho e sim aos conflitos civis, sabendo-se que o direito do trabalho surge para afastar as amarras da racionalidade liberal do direito civil clássico. Assim, o próprio novo CPC, em seu artigo 1º, resguarda a autonomia do processo do trabalho.

Raciocinando a partir da lógica constitucional, lembre-se também que a EC n. 45, de 2004, trouxe a seguinte redação para o inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Como o artigo 5º está inserido no Título II, referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, não pode haver dúvida de que o preceito supra, que garante aos cidadãos brasileiros a “razoável duração do processo”, visando, por óbvio, a celeridade, é um direito fundamental, e este efeito não pode ser entendido como mera figura de retórica.

Vale consignar a observação de que o respeito ao direito fundamental à duração razoável do processo não pode constituir fundamento para desprestigiar a eficácia de direitos fundamentais do trabalhador.

O que se quer dizer com a referência ao inciso LXXVIII, do art. 5º da CF, é que qualquer formalismo injustificado, criado pelo novo CPC, em seus 1.072 artigos, repletos de incisos e parágrafos, que sirva apenas para postergar a solução do processo, deve ter a sua aplicação afastada no caso concreto, até porque o art. 139 do NCPC, a exemplo do que já fixava o artigo 765 da CLT, deixa claro que quem dirige o processo é o juiz (“o juiz dirigirá o processo”), incumbindo-lhe “velar pela duração razoável do processo” e:

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;



IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

Aliás, conforme esclarecido pelo art. 277 do novo CPC, o que vale não é a forma, mas a essência, pois “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Adotando-se o mesmo pressuposto fixado no artigo 1º, quando os processos demoram demasiadamente em razão da postura fugidia do demandado a situação deve gerar, no próprio desenvolvimento do processo, a fixação de indenizações ao autor por ferimento de seu direito fundamental, como, ademais, prevê o art. 774 do CPC:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Como se vê do parágrafo único, as multas por ato atentatório à dignidade da justiça não excluem as indenizações de índole processual e material.

Do ponto de vista processual, os artigos 79 a 81 não deixam dúvida com relação ao acolhimento da tese jurídica do assédio processual, denominado de dano processual, que extrapola o limite da litigância de má-fé:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontro-  
verso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

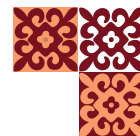
§ 1o Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2o Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3o O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

No aspecto do dano material, gerado no processo, não é possível, pois, que se restrinja o efeito de uma execução eterna, que só termina depois de uma intensa atividade de detetive realizada por juízes, servidores e oficiais de justiça, localizando, enfim, bens que o reclamado maliciosamente omitia, a uma comemoração dos agentes do Judiciário. Um reclamado que assim age deve ser punido pelos atos atentatórios à dignidade da Justiça cometidos e também pelo ferimento ao direito fundamental do reclamante. A execução deve ser acrescida do valor dessa indenização, conforme autoriza o parágrafo único do art. 774.

Com base nesse parâmetro jurídico, é possível, também, estabelecer multa pela demora do processo, fixada por dia, quando o juiz tenha boas razões para acreditar que a executada possui condições financeiras para arcar com a dívida, mas não consegue descobrir onde esse patrimônio está, como se dá, por exemplo, com as empresas em franco



funcionamento que não pagam as execuções e não possuem dinheiro em conta-corrente em seu nome.

O direito à duração razoável, inclusive, vem previsto no art. 4º. do novo CPC, sendo ancorado pelos artigos 5º e 6º:

Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5o Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

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

Não se pode olvidar, ademais, que, conforme previsão do artigo 77, “são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são desatendidas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

Esses dispositivos, portanto, rejeitam a noção, que muitos, incluindo os próprios os elaboradores do novo CPC, quiseram difundir de que o novo CPC teria equiparado juízes e partes, conferindo às partes até mesmo uma proeminência na condução do processo, o que é negado também e de forma ainda mais expressa pelo art. 142:

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Faça-se menção, na sequência, aos artigos da cooperação nacional (artigos 67 a 69), que servem para embasar prática que já adotada por alguns juízes cíveis e trabalhistas, encarregados de processar recuperações judiciais ou falências de empresas e as várias reclamações trabalhistas em face dessas mesmas empresas e que combinam, em colaboração, o procedimento que vão adotar para melhor investigar o patrimonial das empresas, de seus

sócios e de empresas coligadas, realizar a desapropriação dos bens e efetuar o pagamento aos credores.

Visualizando-se o novo CPC ainda na perspectiva de eventual interesse do processo do trabalho, verifique-se que quanto à gratuidade o artigo 98, § 4º, supera a discussão acerca da possibilidade de impor multas processuais a quem é beneficiário da justiça gratuita. Na Justiça do Trabalho, por exemplo, a imposição de custas ao reclamante pelo arquivamento representa uma punição pela litigação irresponsável, ou seja, quando não haja motivo para a ausência na audiência.

O artigo 99 deixa claro que o requerimento da gratuidade pode ser formulado na petição inicial, evitando-se, assim, a exigência de que se apresentem junto com a inicial declarações de pobreza formuladas de próprio punho, e o § 4º do mesmo artigo corrobora a tese de que a contratação de advogado particular não impede a concessão da assistência judiciária gratuita.

Art. 98. ....

§ 4o A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

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

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

No que se refere à prova pericial, uma importante ferramenta de preservação da própria integridade do juiz é a fixação da obrigação de que os Tribunais organizem cadastros de profissionais habilitados para a realização dessa atividade, que, de forma mais adequada, deveria ser realizada, isto sim, por peritos oficiais, aprovados por concurso público.

De todo modo, a organização de um cadastro oficial já é um avanço.

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1o Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2o Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados



do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§ 3o Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

O artigo 292 corrobora a tese de que o valor da causa pode ser corrigido de ofício pelo juiz, o que o processo do trabalho já deixava claro, mas que muitos juízes do trabalho, supostamente aplicando o CPC, não queriam ver.

#### Art. 292

§ 3o O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Com relação às tutelas provisórias de urgência, embora o novo CPC tenha recuado com relação ao artigo 273 do atual CPC, é necessário reconhecer que o novo Código não veda, em nenhum artigo, a concessão da tutela por atuação de ofício do juiz, representando, pois, no contexto da interpretação histórica, uma supressão implícita dessa exigência, antes expressa.

Repare-se, ademais, que mesmo a noção de adstrição ao pedido é quebrada, pois se o juiz pode ir além do pedido na tutela provisória, com muito mais razão poderá fazê-lo nas tutelas definitivas.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Quanto à petição inicial, o novo CPC acata o princípio da simplicidade, típico do processo do trabalho, estabelecendo que os requisitos não podem ser vistos como obstáculos ao acesso à justiça. A noção está prevista no artigo 319:

Art. 319

§ 3o A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

A respeito das provas têm-se as maiores inovações, que representam, em grande medida, o acolhimento da prática já adotada na Justiça do Trabalho de conferir poderes instrutórios ao juiz, o qual pode buscar a verdade real por meio da atração “ex officio” de “provas emprestadas”, pela realização de inspeções judiciais sem comunicação prévia e pelo direcionamento do ônus da prova para a parte que tenha a maior aptidão para a sua produção em juízo, considerando, para essa avaliação, as características da relação de direito material posta em discussão e mesmo as regras de presunção extraídas do denominado conhecimento notório judicial extraído do verificado pelo juiz em outros processos em que a mesma questão tenha sido debatida, sendo que os efeitos dos poderes do juiz atingem, inclusive, a quem não é parte do processo (art. 380).

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

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.





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.

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

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 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.

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

(...)

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Ainda em termos de provas, o novo CPC adota a noção de interrogatório das partes já consagrada no processo do trabalho, que difere do depoimento como meio de prova da parte contrária, vez que o interrogatório pode ser determinado de ofício pelo juiz, o que, na lógica do procedimento oral, é, de fato, um ato essencial.

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

O artigo 406 traz dispositivo importantíssimo, que apoia a noção jurídico processual trabalhista de que a ausência da juntada de cartões de ponto impede a reclamada de produzir prova do fato que por meio de tal instrumento se provaria.

Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Ora, não se há de negar que os cartões de ponto são documentos de ordem pública, vez que sujeitos a fiscalização ministerial, estando também relacionados às políticas de ordem pública pertinentes à saúde do trabalhador. Aliás, é a partir desse reconhecimento

que se deve atribuir efeitos penais às empresas que trazem a juízo cartões de ponto irregularmente anotados. O ato constitui os tipos penais: fraude processual; estelionato; falsidade ideológica; falsificação de documento público; uso de documento falso; sonegação fiscal; apropriação indébita; frustração de direitos assegurados na legislação trabalhista e desacato.

Falemos, agora, da conciliação. O novo CPC faz bastante propaganda da conciliação, o que para muitos serve à panacéia de que “todo acordo é legal”. Mas o ato jurídico que no novo CPC é tratado com maior rigor técnico é a transação, que exige, como se sabe, concessões recíprocas e ainda encontra o limite das questões de ordem pública.

Nos termos do novo CPC não se resolve um processo pela conciliação, mas pela transação. Assim, aplicando-se o novo Código no processo do trabalho encontra-se barrada a prática – que nunca teve, vale dizer, qualquer sustentação legal – das conciliações que representam autênticas renúncias a direitos, ainda mais porque os direitos trabalhistas são de ordem pública, vez que interligados à política econômica organizacional do modelo de sociedade em que vivemos, que é baseado na relação capital-trabalho.

O artigo 487, é verdade, acata a possibilidade de solução do processo por meio da renúncia, mas ao menos o novo CPC tem o pudor de separar transação de renúncia, e esta, a renúncia, dado o princípio característico do direito do trabalho, não se aplica, naturalmente, na Justiça do Trabalho.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

III - homologar:

- a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- b) a transação;
- c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Não se pode falar, pois, em homologação de “acordo” como forma de solução do processo, impondo-se avaliar se os termos da negociação envolvem transação ou renúncia, com a consequência óbvia de que os limites da homologação são os objetos expressamente transacionados. Ou seja, nunca se justificou e agora menos ainda a teratológica cláusula de “quitação do extinto contrato de trabalho”, ainda mais quando se sabe que a base normativa do tal “contrato de trabalho” – que, juridicamente, nem existe – extrapola os limites do expressamente negociado e atinge a esfera da ordem pública.

Verifique-se que ao tratar da coisa julgada o artigo 503 reforça esse entendimento contrário à prática judicial trabalhista da esdrúxula cláusula de “quitação pelo extinto contrato de trabalho” que se registra nos termos de “acordo” homologados na Justiça do Trabalho. Conforme deixa claro o art. 503 só se integra ao conceito de coisa julgada o mérito, “nos limites da questão principal expressamente decidida”, sendo que mesmo as questões prejudiciais somente integram a coisa julgada quando inseridas em contraditório prévio e efetivo.



Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1o O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

Os artigos 497 a 501 explicitam a ampliação de poderes do juiz na atuação de ações relativas a obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisas.

Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

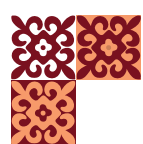
Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.

Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

No que se refere ao cumprimento provisório de sentença (ainda não transitada em julgado), que fixa obrigação de pagar quantia certa, impugnada por recurso sem efeito suspensivo, que é a regra no processo do trabalho, o novo CPC não traz qualquer impe-



dimento para a efetiva retirada do dinheiro por parte do exequente, não exigindo sequer caução quando o crédito for de natureza alimentar, independente da origem.

Do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa

art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

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.

§ 1º No cumprimento provisório da sentença, o executado poderá apresentar impugnação, se quiser, nos termos do art. 525.

§ 2º A multa e os honorários a que se refere o § 1º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

§ 3º Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto.

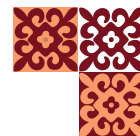
§ 4º A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado.

§ 5º Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

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.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

A respeito do cumprimento definitivo de sentença (transitada em julgado), que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, que é a regra no processo do trabalho, o novo CPC acata a noção óbvia de que é uma obrigação do executado cumprir espontaneamente o comando executivo, punindo a resistência injustificável com multa processual de 10%, acrescida de mais 10% a título de honorários advocatícios.

Do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa

art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

No que tange à execução contra a Fazenda Pública, o novo CPC tenta eliminar a farra do não pagamento das dívidas judiciais pelo ente público, sobretudo no que se refere às obrigações de pequeno valor.

Art. 534...

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

Quanto ao cumprimento definitivo de sentença com reconhecimento de obrigação de fazer e de não fazer, o novo CPC não economiza nos poderes para atuação de ofício do juiz.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para

a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Os artigos 674 a 681, que regulam os embargos de terceiro, não fazem qualquer menção à necessidade de suspensão da execução em razão da interposição dos embargos, evitando-se, pois, a prática da utilização da medida como mera tática de proteção.

#### Dos embargos de terceiro

Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;

II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Parágrafo único. Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

Art. 676. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado.

Parágrafo único. Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embar-



gos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta.

Art. 677. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.

§ 1o É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz.

§ 2o O possuidor direto pode alegar, além da sua posse, o domínio alheio.

§ 3o A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal.

§ 4o Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

Art. 678. A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

Parágrafo único. O juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Art. 679. Os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum.

Art. 680. Contra os embargos do credor com garantia real, o embargado somente poderá alegar que:

I - o devedor comum é insolvente;

II - o título é nulo ou não obriga a terceiro;

III - outra é a coisa dada em garantia.

Art. 681. Acolhido o pedido inicial, o ato de constrição judicial indevida será cancelado, com o reconhecimento do domínio, da manutenção da posse ou da reintegração definitiva do bem ou do direito ao embargante.

O artigo 794 traz um princípio que, certamente, vai exigir a reconsideração da forma como vem sendo aplicada – já incorreta, consigne-se – a Súmula 331 do TST na fase de execução. Deixando claro que o passo atual, que necessariamente deve ser dado, é o da superação da Súmula, com eliminação jurídica plena da terceirização, a aplicação do novo CPC impõe, minimamente, a eliminação da prática de se executarem às cegas empresas prestadoras de serviço, havendo, nos autos, uma empresa tomadora economicamente idônea. Aplicando-se a regra do novo CPC, a empresa tomadora, declarada devedora subsidiária, ao ser executada, caso queira exercer seu benefício de ordem, deve nomear,

com indicação pormenorizada, bens da empresa prestadora, situados na mesma comarca, livres e desembaraçados, suficientes para adimplir a dívida.

Art. 794. O fiador, quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e desembaraçados, indicando-os pormenorizadamente à penhora.

§ 1o Os bens do fiador ficarão sujeitos à execução se os do devedor, situados na mesma comarca que os seus, forem insuficientes à satisfação do direito do credor.

§ 2o O fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.

§ 3o O disposto no caput não se aplica se o fiador houver renunciado ao benefício de ordem.

A mesma postura, aliás, exige-se dos sócios de empresas executadas.

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 executados 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 desembaraçados, bastem para pagar o débito.

O artigo 829 acaba com o “divertimento”, para utilizar expressão adotada em tradução da Editora Boitempo, d’O Capital, de Karl Marx, da inescrupulosa visualização do princípio da execução menos onerosa como forma de impedir a efetividade concreta da execução. Nos termos do referido dispositivo, não resta mais qualquer dúvida de que o princípio em questão só se aplica se não gerar prejuízo ao exequente. Ou seja, somente é possível adotar outra forma de execução menos onerosa ao executado se as formas apresentadas forem igualmente eficazes para satisfazerem o interesse do exequente, o qual, portanto, se privilegia. Perdem, assim, todo e qualquer fundamento as decisões que afastam penhoras em dinheiro para fazê-las recair em bens de difícil comercialização, valendo lembrar que a vocação do Judiciário não é a de ser um corretor de imóveis para o executado.

Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 1o Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.





§ 2o A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

Aliás, dentro dessa linha de não proteger indevidamente o executado, visualizando a natureza fundamental do interesse creditício em jogo, o artigo 833 exclui dos limites da impenhorabilidade, com relação a determinados bens, os créditos decorrentes de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como afasta a impenhorabilidade dos bens e ganhos que excedam o padrão médio do cidadão brasileiro, deixando claro, portanto, que a questão da impenhorabilidade deve ser ponderada a fim de que não se sacrifiquem bens jurídicos mais relevantes.

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1o A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2o O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8o, e no art. 529, § 3o.

§ 3o Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Como se vê, vários dispositivos do novo CPC podem ser aplicados no processo do trabalho, como forma de reforçar a lógica protetiva do Direito do Trabalho. A questão real é que todos esses procedimentos já se encontram abarcados pela CLT, sobretudo pela regra contida no artigo 765, e ainda que possam servir para dar um reforço teórico e positivista às práticas processuais trabalhistas, como alguns sustentam, o grande problema é que ao se abrir a porta da CLT para o NCPC corre-se o grave risco de se atraírem as normas que: buscam impor uma jurisprudência de cúpula; instrumentalizam a desconsideração da pessoa jurídica; transformam a sentença em mero parecer jurídico; criam a impossibilidade de decidir, obrigando a formalização de “diálogos” a todo instante no processo, antes de qualquer definição judicial; inviabilizam a administração dos serviços da justiça, impondo a elaboração de listas de julgamento ou fixando artificialmente os tempos das audiências etc.

Todos esses dispositivos podem, por certo, ser “driblados” pela própria aplicação de outros dispositivos do novo Código. A título de exemplo, a existência de um incidente para a desconsideração da personalidade jurídica não impede que o juiz determine o bloqueio de bens da pessoa natural indicada como responsável antes de instaurado o procedimento específico caso entenda que a medida, adotada como acautelatória (art. 300, §2º), sirva aos objetivos maiores da efetividade da prestação jurisdicional e da duração razoável do processo, até porque ninguém pode argüir em seu favor a ineficácia ou mesmo a perda da própria razão de ser do Poder Judiciário (art. 303). Aliás, interessante perceber que mesmo as tentativas de “calar” o juiz, trazidas no novo CPC, são superadas, nas contradições do Código, por sua alusão ao respeito à Constituição, a qual consagrou a prevalência dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito, que têm como base a independência do juiz. Neste sentido, a aplicação do novo CPC possibilita um efeito concreto de não aplicação do novo CPC na parte em que se possa pretender uma retração da força jurisdicional.



No entanto, essa forma de aplicar o novo CPC, examinando-o com o olhar da Constituição e dos Direitos Humanos e partindo das preocupações específicas do processo do trabalho, cuja existência e autonomia estão constitucionalmente garantidas, como se viu, talvez não seja a que fora imaginada pelos elaboradores do NCPC e ao se realizá-la o efeito pode ser o da inversão de posições.

Assim, muito provavelmente, alguns dos que aqui vieram para me criticar pela posição assumida de recusar a aplicação de todo e qualquer artigo do novo CPC no processo do trabalho talvez estejam agora buscando argumentos para recusar as aplicações acima sugeridas, pois querem a aplicação de outro tipo de CPC.

Claro que o presente texto não deixa de ser uma provocação aos trabalhistas que, ancorados nos argumentos da ponderação e da inevitabilidade, afirmam ser impossível deixar de aplicar o novo CPC no processo do trabalho, direcionando-lhes o desafio para que apliquem as normas do CPC na forma ora proposta ou assumam que pretendem aplicar o novo CPC no processo do trabalho apenas seletivamente e sem os efeitos que até poderiam ser benéficos à prática do processo do trabalho, o que representaria uma espécie de aplicar, não aplicando...

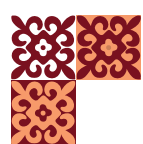
Problematizado dessa maneira o contexto da aplicação do novo CPC no processo do trabalho, pode-se indagar: que expectativas se podem ter da vigência novo CPC para a realidade processual trabalhista? Individualmente, continuo não tendo expectativa favorável alguma, pois, como procurei demonstrar nesta fala e em alguns textos<sup>12</sup>, o novo CPC é um poço de contradições e inutilidades.

Além disso, a indagação feita nos obriga a lembrar que o processo do trabalho não lida com partes, mas como integrantes de classes sociais distintas. Não se trata apenas de partes economicamente desiguais, mas de uma diferenciação de posicionamento político-social, que muda, inclusive, o próprio modo de ver a realidade social.

A expectativa sobre o processo, portanto, é bastante distinta se o problema for posto a partir do olhar do empregador ou do olhar do empregado. Para começar, não se pode olvidar que o empregado é quase sempre, para não dizer sempre, o autor (reclamante) e o empregador, o réu (reclamado).

O processo civil, assim, até pode ser concebido como um instrumento a serviço das partes, abstratamente consideradas, mas o processo do trabalho serve, como regra, aos trabalhadores, por uma obviedade matemática, já que praticamente 100% dos autores são trabalhadores. Não é que o empregador não tenha interesses juridicamente protegidos, mas a eficácia desses interesses é buscada pelo empregador em exercício de autotutela, na medida em que a relação de emprego é, na essência, uma relação de poder.

Naturalmente, a expectativa dos trabalhadores sobre o novo CPC é a de que ele possa aumentar a efetividade do processo, permitindo que consiga atingir o seu direito, por inteiro, o mais breve possível. Já o empregador, certamente, vislumbra no novo processo civil a extração de fórmulas para barrar a efetividade pretendida pelos trabalhadores. O



resultado é que o conflito de classes será refletido na forma de compreensão da aplicação do novo CPC no processo do trabalho.

E o interesse social, ao contrário do que possa imaginar, não é alheio a essa disputa, situando-se equidistante a ela.

De fato, o interesse social só pode ser vislumbrado no contexto do funcionamento eficiente do processo, para entregar aos trabalhadores o que lhes pertence por direito. O interesse social não pode ser fixado em termos abstratos, como o da eliminação rápida dos processos, para satisfação numérica. Um processo do trabalho que se organiza na lógica da eliminação do conflito, para satisfação das necessidades organizacionais do Judiciário, produzindo números estatísticos, acaba sendo um desserviço ao interesse social porque estimula as práticas de supressão de direitos trabalhistas, desestabilizando todo o sistema produtivo.

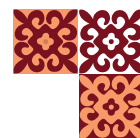
É neste sentido precisamente que a aplicação do novo CPC no processo do trabalho constitui um enorme risco ao interesse social, vez que sua lógica é a da busca de uma eficiência estrutural do Judiciário – sendo certo que mesmo isso, dada a complexidade em que se fincou, não está apto a cumprir.

Ora, quando se pensa em mecanismos de solução massificada para processos repetitivos, vislumbrando alcançar uma suposta “segurança jurídica”, dada pela padronização das decisões, apenas se está amoldando o Judiciário à prática reiterada de agressões a direitos. Ainda que o novo CPC traga dispositivos permitindo ao juiz comunicar aos entes legitimados as agressões reincidentes de direitos, a lógica intrínseca da atuação do Judiciário, ditada pelo novo CPC, é a da adaptação aos conflitos repetitivos e não a eliminação dos conflitos mediante punição do agente agressor.

O interesse social, em matéria trabalhista, não é o de eliminar o conflito, mas punir o empregador que descumpra a legislação, na medida em que esse descumprimento causa dano ao trabalhador, à seguridade social e às empresas que respeitam a legislação trabalhista e se vêem em situação de concorrência desleal perante outras que não cumprem, de forma contumaz, os direitos trabalhistas e não são punidas por isso.

O processo do trabalho é repleto de dispositivos que conferem ao juiz o poder para corrigir a realidade das práticas ilegais, fazendo com que suas decisões não apenas entreguem ao trabalhador aquilo que é seu por direito como também demonstrem aos empregadores que à necessidade do empregado de buscar o processo para haver seus direitos deve corresponder um agravamento da dívida para o empregador que não respeita às regras do jogo (vide, por exemplo, os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT).

Verdade que o próprio novo CPC traz fundamentos que podem ser utilizados neste sentido, mas a força dos dispositivos que os embasam só pode ser efetivamente vislumbrada se estes forem retirados do contexto mais amplo do Código, mais ou menos como acabei de fazer, e isso, em hipótese alguma, representa, de fato, uma aplicação do novo CPC, mas valer-se seletivamente e de forma instrumental dele para aplicar o processo do



trabalho, realizando-se um exercício que é, honestamente falando, de não aplicar o novo CPC, aplicando algumas de suas normas...

Enfim, quais as expectativas individuais e sociais que, efetivamente, se podem ter do novo CPC?

Tudo vai depender da expectativa que a Justiça do Trabalho, por intermédio da atuação de seus protagonistas principais, servidores, servidoras, advogados, advogadas, juízes, juízes, procuradores, procuradoras, desembargadores, desembargadoras, ministros e ministras, tiver de si própria.

A Justiça do Trabalho quer ser uma justiça social, para o fim de promover a efetiva aplicação dos direitos trabalhistas? Assume-se como a Justiça do Trabalhador, que promove um conhecimento jurídico a partir da visão de mundo das angústias e anseios da classe trabalhadora?

Se for esse o sentimento prevalecente, até mesmo a eventual aplicação de um ou outro dispositivo do novo CPC, sempre ampliando a proteção jurídica dos trabalhadores, não gera expectativas negativas.

Mas se, ao contrário, esse sentimento ceder à lógica da eficiência burocrática, a invasão do novo CPC no processo do trabalho não será apenas um prejuízo para os trabalhadores. Corresponderá, na essência, à extinção da Justiça do Trabalho. E que ninguém se iluda. Muitos defensores ardorosos da incidência incondicionada e irrefletida do novo CPC no processo do trabalho têm mesmo essa intenção, ainda que não a admitam ou revelem. Daí a importância de resistir aos avanços do novo CPC sobre o processo do trabalho e a forma mais eficaz de fazê-lo é parar, urgentemente, de ficar dando tanta visibilidade ao novo CPC e aprofundar os estudos do processo do trabalho.

Estão vendo? Falei que não ia me repetir e acabei me repetindo, ao menos no aspecto da defesa incondicional de uma Justiça do Trabalho que se compreenda como uma justiça social e do processo do trabalho como instrumento da aplicação de um direito do trabalho pensado na lógica da proteção do trabalhador, almejando a melhoria constante de sua condição social e econômica, além de favorecer sua atuação política, democraticamente garantida.

A questão é que nem mesmo a expectativa de agradar a platéia, mediante a exposição de argumentos surpreendentes, me impulsiona a abandonar a defesa dessa ideia porque aí é uma questão de princípio e de princípios não se abre mão!

# A assistência no CPC/2015 e seus reflexos no processo do trabalho

Marcelo Rodrigues Prata <sup>1</sup>

*Nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra; se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos teus amigos ou a tua própria; a morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos doam; eles doam por ti.*  
John Donne, *Meditações VII.*

**Resumo:** O presente artigo trata das figuras da assistência simples e litisconsorcial, tendo em mira as inovações trazidas pelo CPC/2015 e seus impactos no processo trabalhista. Além disso, traçaremos os pontos em comuns e distintivos entre a assistência simples e litisconsorcial. A propósito, teremos oportunidade de estudar institutos da teoria processo fundamentais a toda comunidade jurídica, como noções sobre (a) os sujeitos do processo; (b) partes; (c) terceiros; (d) efeitos da coisa julgada material; (e) autonomia dos litigantes; (f) direitos, deveres e ônus na assistência; (g) requisitos para deferimento da assistência; (h) procedimento do pedido de assistência; (i) a possibilidade de suspensão do feito e o remédio para atacar a decisão interlocutória de apreciação do pedido. Além disso, estudaremos o significado de conceitos legais indeterminados como o interesse jurídico e a justiça da decisão. A finalidade do instituto da assistência será, igualmente, abordada. A questão da qualidade de parte na assistência é outro ponto fulcral a ser examinado. A natureza jurídica da assistência litisconsorcial como uma espécie de litisconsórcio unitário facultativo ulterior e suas implicações na interpretação do instituto referido serão igualmente objeto de nosso estudo. Assim como a questão da revelia e da omissão do assistido simples.

**Palavras-Chave:** Assistência. CPC/2015. Processo trabalhista.

## 1 Noção sobre os sujeitos do processo

Os *sujeitos principais* da relação jurídica processual são o Estado, o autor e o réu. O juiz ingressa aí não com o seu status de pessoa natural, mas como *agente político* do Estado, mais precisamente do Poder Judiciário. Assim, as partes situam-se na relação jurídica

<sup>1</sup> Marcelo Rodrigues Prata possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador. É Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Aprovado no Curso de Especialização em Processo — Pós-Graduação “Lato Sensu”, promovido pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Atualmente é Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador do TRT da 5ª Região e Professor do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade Farias Brito. É Autor dos livros: *A prova testemunhal no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005; *Anatomia do assédio moral no trabalho*. São Paulo: LTr, 2008; *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*. São Paulo: LTr, 2013 e *Assédio moral no trabalho sob novo enfoque: cyberbullying, “indústria do dano moral”, carga dinâmica da prova e o futuro CPC*. Juruá: Curitiba, 2014.



processual em posição de *sujeição* ao Estado-juiz.<sup>2</sup> Por sua vez, a *relação jurídica processual* assume a forma *trilateral*, haja vista que nela há vínculos *entre as próprias partes*, bem como *entre o juiz e as partes*.<sup>3</sup> Noutro giro, os *sujeitos secundários* da relação processual são os *auxiliares da justiça* (art. 149 do CPC/2015).

## 2 Noções sobre as figuras das partes e dos terceiros

O conceito de parte é fundamental para o desenvolvimento de todo o raciocínio sobre o tema da intervenção de terceiros. Ele representa uma das principais dificuldades para o entendimento desse assunto. Aliás, existem duas correntes diferenciadas sobre o conceito de parte: a chiovendiana e a liebmaniana. A propósito, ressalte-se, de logo, que LIEBMAN foi discípulo de CHIOVENDA, além disso, ensinou no Brasil, deixando, por sua vez, seguidores que tiveram influência decisiva na elaboração do CPC/1973. Isso faz com que se verifique certa insegurança da doutrina na escolha de um dos dois conceitos, ora pendendo para um, ora para outro...

Por seu turno, Giuseppe Chiovena estabeleceu o *tradicional conceito de parte*, no sentido processual, mais aceito pelos processualistas brasileiros, desvinculando-o do de parte no sentido material, como “... aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.<sup>4</sup>

Vê-se aí a ideia de *pedido imediato* de um *pronunciamento judicial* e um *pedido mediato* quanto à *garantia de certo bem da vida* associada ao conceito de parte. Por sua vez, Enrico Tullio Liebman foi adiante, apresentando *um conceito mais abrangente de parte*, ou seja, ele assim considera não apenas quem demanda ou é demandado, mas, igualmente, os demais “sujeitos do contraditório”, o que permite incluir no conceito *sub examine* os *terceiros intervenientes*.<sup>5</sup>

Por outras palavras, as partes da relação jurídica processual são o sujeito ativo e o passivo do referido liame, bem como os demais *sujeitos que atuam sob a dialética do contraditório*, presidido pelo juiz e que com este não se confundem. Vale dizer, o autor e o réu, sendo que o primeiro apresenta uma *pretensão processual* em face do segundo. Além disso,

<sup>2</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 285-286.

<sup>3</sup> Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 314-315.

<sup>4</sup> *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998, p. 278.

<sup>5</sup> Por sinal, Liebman disse que “... são partes do processo os *sujeitos do contraditório instituídos perante o juiz*, ou seja, os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento. A demanda judicial, como ato constitutivo do processo, determina também as partes, a saber: aquela que pede ao juiz seu pronunciamento sobre determinado objeto e aquela com relação à qual tal pronunciamento lhe é pedido”. (*Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123-124.)

temos os *terceiros juridicamente interessados*, que *adquirem a qualidade de parte* dès que sua intervenção no processo tenha sido aceita pelo juiz.<sup>6</sup>

De outro lado, saliente-se que *o juiz*, muito embora integrante da relação jurídica processual na qualidade de *sujeito principal*, juntamente com o autor e o réu, é um *sujeito imparcial*, isto é, *ele não é parte*. Exceto, claro, quando se defende de exceção de impedimento ou suspeição perante instância superior.<sup>7</sup>

Finalmente, quanto ao *momento da aquisição da qualidade de parte*, conclui Liebman: “Adquire-se a posição de parte: a) por força da propositura da demanda inicial; b) por força de *sucessão* na posição da parte originária; c) por força de *intervenção*, voluntária ou coata, em um processo pendente”.<sup>8</sup> Vale dizer, é importante, de logo, *clarificar a posição do terceiro*, este não é parte apenas enquanto não é aceito como terceiro interveniente no processo, ou seja, se conseguir demonstrar *interesse jurídico* para tanto poderá igualmente adquirir a qualidade de parte,<sup>9</sup> passando a ser um dos sujeitos do contraditório em face do juiz.

A nossa posição mais se aproxima à de Liebman, ou seja, *todos os sujeitos processuais, diversos do juiz, que atuam na dialética do contraditório são partes*, ainda que não apresentem demanda própria ou dela se defendam.

Por outro lado, agora nos avizinhandando do conceito chiovendiano, sustentamos que não é impróprio falar-se em *parte principal* — a que apresenta *a própria demanda* (autor) ou *dela se defende* (réu) — e *parte secundária*, isto é, aquela que, sem apresentar demanda própria, atua na relação processual com o objetivo de *auxiliar* uma das partes principais, possuindo *interesse jurídico* que pode ser atingido reflexa ou diretamente pela eficácia da sentença. Isso com maior ou menor grau de autonomia quanto ao *exercício do direito ao contraditório*, o que, por sua vez, poderá, ou não, conforme o caso, sujeitá-la à coisa julgada material.

Por sua vez, o terceiro, por oposição ao conceito de parte, seria justamente aquele não é sujeito da relação processual em que as partes discutem o mérito, sob a égide do contraditório, em face do juiz.

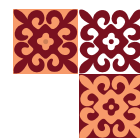
<sup>6</sup> Por sua vez, continua Enrico Liebman falando do *representante*, do *substituto processual* e dos *terceiros*: “Mas também no processo pode acontecer que uma pessoa aja em nome da outra (representação voluntária e representação legal): parte é, nesses casos, como sempre, o representado, e não o representante. Deste último distingue-se o *substituto processual*, o qual, no entanto, propondo a demanda *em nome próprio*, é parte no processo [...]. Todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, *terceiros*”. Ob. cit., p. 124.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liticonsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 21.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 124.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liticonsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.





### 3 Noção sobre intervenção de terceiros

Aquele que *não é parte* em uma determinada relação processual em andamento <sup>10</sup> (terceiro) pode ter *interesse jurídico* em nela ingressar e atuar na condição de *parte principal* <sup>11</sup> ou como *parte coadjuvante* <sup>12</sup>. Isso *em conjunto* com o autor ou com o réu ou *contra* ambos. A fim de defender um determinado bem da vida que possa ser afetado, *reflexa* ou *diretamente*, pela sentença a ser proferida. A propósito, o seu ingresso na relação processual pode ser *voluntário* ou *obrigatório* quando, respectivamente, a iniciativa da intervenção pertence *ao próprio terceiro* (assistência e *amicus curiae*) ou é oriunda de *pedido das partes* (denúnciação da lide, chamamento ao processo e desconsideração da personalidade jurídica).

### 4 Do instituto da assistência

Sob a égide do CPC/1973 a assistência era tratada no mesmo capítulo do litisconsórcio, ou seja, não era considerada como *espécie de intervenção de terceiro*. O CPC/2015 corrigiu esse equívoco, haja vista que a assistência se caracteriza pela *voluntariedade*, ao contrário do litisconsórcio. O assistente não é parte principal, mas tão-somente seu colaborador, uma vez que possui *interesse jurídico* em que a sua *relação jurídica de direito material, conexa* à submetida à apreciação judicial (assistência simples) ou que a *relação de direito substancial mantida com a parte adversa* à da assistida (assistência litisconsorcial) seja atingida pela sentença.

A propósito, quanto à *finalidade da assistência*, Enrico Tullio Liebman defende que essa intervenção não é puramente altruísta, tendo o assistente *interesse em fiscalizar o andamento do processo* para evitar que a incúria da parte assistida ou o conluio entre o autor e o réu possa prejudicar direito material seu reflexamente, evitando que tenha de entrar com ação própria para fazer valer seus direitos. <sup>13</sup>

#### 4.1 Disposições comuns sobre a assistência simples e litisconsorcial

A propósito das *disposições comuns* à assistência (simples e litisconsorcial) dispõe o CPC/2015:

Art. 119 - Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá inter-

---

10 Reza o CPC/2015: “Art. 312 - Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado”.

<sup>11</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Ob. cit., p. 149 e ss.

<sup>12</sup> Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 352.

<sup>13</sup> *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 154.

vir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

Diga-se, de logo, que, além da mudança formal da redação, não há aí qualquer novidade importante em relação ao dispositivo correspondente no CPC/1973.<sup>14</sup>

Considera-se pendente o processo a partir da protocolização da ação (art. 312 do CPC/2015), sendo que para o réu isso ocorre a partir de sua citação (art. 240 do CPC/2015).

Por sua vez, o próprio CPC/2015 deixa entrever o que entende por terceiro juridicamente interessado, ou seja, este será aquele que (a) *a sentença possa influir na relação jurídica entre ele e uma das partes principais* (art. 124) ou que (b) *possa ter o próprio direito atingido* (ou o de eventual substituído processual) *por força da decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial* (§ ún. do art. 996)

De outro lado, não cabe a intervenção de terceiros com base em um *genérico interesse social, econômico, religioso, emocional ou humanitário*.<sup>15</sup> Exceto na hipótese Lei nº 9.469/1997, que dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta, com o objetivo de autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até quinhentos mil reais.

Por sua vez, a assistência é admitida inclusive na ação de mandado de segurança, em processo cautelar e executório, contanto que ainda possua capacidade para influenciar a decisão de mérito do julgador, sob pena de ter de sofrer os efeitos da *eficácia natural da sentença* sem ter podido se defender de modo útil — art. 5º, LV da CF/1988 e art. 123 do CPC/2015.<sup>16</sup>

## 4.2 Da assistência simples

A assistência simples é também chamada de *ad adiuvandum tantum, coadjuvante ou adesiva*.<sup>17</sup> Assim, o terceiro que tenha interesse em que um determinado bem ou direito de uma das partes principais seja protegido, recebendo os *efeitos reflexos da sentença* a ser proferida em um determinado processo pendente tem legitimidade para nele intervir.

<sup>14</sup> Reza o CPC/1973: “Art. 50 - Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”.

<sup>15</sup> Diz a SUM-82/TST: “ASSISTÊNCIA. A intervenção assistencial, simples ou adesiva, só é admissível se demonstrado o interesse jurídico e não o meramente econômico”.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p 197-198.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. Ob. cit., p. 197.



No *processo trabalhista*, poderíamos aventar a hipótese em que a parte principal seja um empregado que pede seja reconhecida sua estabilidade provisória pré-aposentadoria, com fulcro no regulamento interno da empresa. Ora, a interpretação judicial a respeito da validade do dispositivo referido pode interessar o sindicato respectivo<sup>18</sup> ou a outros colegas do reclamante, o que lhes confere legitimidade para intervir no processo como assistentes do reclamante em defesa de sua tese jurídica.<sup>19</sup>

Por outro lado, o assistente simples pode ingressar nessa relação processual tão-somente com o objetivo de *auxiliar* uma das partes principais. O seu *papel* aí será de *parte coadjuvante*, haja vista que *não formulará demanda distinta da deduzida pela parte assistida* — seja em nome próprio seja em de outrem. Isto é, apenas *auxiliará* uma das partes principais a obter o pedido por ela perseguido.<sup>20</sup> Aliás, saliente-se que o assistente simples pratica atos típicos da parte como apresentar alegações, produzir provas, interpor recurso.<sup>21</sup>

De tal arte, o destino processual do assistente *ad coadiuvandum* — muito embora possua *qualidade de parte em sentido amplo* — está atrelado ao da parte principal assistida. Por outras palavras, a sua *legitimidade* será *secundária, acessória, subordinada* ou *dependente*, porquanto o assistente simples *não persegue direito próprio*, sendo *apenas titular de uma relação jurídica conexa à de uma das partes*.

A propósito, caso o assistido seja derrotado, o assistente simples arcará com as custas proporcionalmente à sua atividade desempenhada no curso do processo (art. 94 do CPC/2015). Aliás, no processo trabalhista o art. 790, § 1º da CLT dispõe: “Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas”.

#### 4.2.1 Poderes e deveres do assistente simples

Prescreve o CPC/2015:

Art. 121 - O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Batalha, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985, p. 346.

<sup>19</sup> Teixeira Filho, Manoel Antonio. *Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 137-139.

<sup>20</sup> Por sua vez, Enrico Tullio Liebman ao falar do instituto da assistência simples, coerentemente com o seu conceito de parte, acima mencionado defende: “Trata-se de uma legitimação *secundária*, ou dependente, acessória; e o terceiro, ao intervir no processo, adquire a posição de parte de certa maneira subordinada, com a faculdade de exercer apenas os mesmos poderes que cabem à parte ajudada — sem poder formular demandas próprias, distintas daquelas trazidas em apoio à do assistido, e, naturalmente, ficando sujeito aos efeitos da sentença”. (In *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Ob. cit., p. 155.).

<sup>21</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 483.

<sup>22</sup> Diz o CPC/1973: “Art. 52 - O assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido”.

Parágrafo único. Sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissivo o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual.

A tônica principal da assistência simples é a voluntariedade. O *assistente simples* exerce o papel de *mero auxiliar* da parte principal, haja vista que ele *não é o titular da relação jurídica material submetida à apreciação do juiz*, tendo apenas a sua própria relação substantiva sujeita a ser afetada indiretamente. O *assistente simples* não poderá, por conseguinte, praticar atos ou omissões que contrariem os interesses da parte que auxilia. Além disso, fica *sujeito aos mesmos ônus da parte assistida*, daí o porquê de ser a assistência um instrumento pouco manejado na praxe forense

Por sua vez, a revelia faz presumir o desinteresse da parte principal em se defender.<sup>23</sup> Além da revelia existem outros comportamentos que igualmente deixam claro que a parte não está empenhada em lutar por sua vitória na lide. Assim, temos a *confissão presumida* daquele que não comparece à audiência, designada para prestar depoimento pessoal, bem como a *perda de prazos* para produzir provas, manifestar-se ou recorrer. Em todas essas hipóteses o papel do assistente transmuta-se de *mero auxiliar* da parte principal para o de seu *substituto processual*, ou seja, *passará a atuar em nome próprio defendendo direito alheio*. (Art. 18 do CPC/2015.). Aliás, talvez esta seja a principal alteração introduzida pelo CPC/2015, no lugar da equívoca figura processual do “gestor de negócios” do CPC/1973,<sup>24</sup> cujo fim pouco se coaduna com a atividade processual (arts. 861 e ss. do CC/2002).

A propósito, ressalte-se ainda que o § ún. do art. 121 fala igualmente da hipótese em que o assistido seja “... de qualquer outro modo, omissivo...”, quando então “... o assistente será considerado seu substituto processual”. Nada obstante, é preciso que a omissão aí referida seja fruto da incúria do assistido, considerando que o CPC/2015 autoriza o assistido a celebrar negócio processual com a parte principal contrária. Vale dizer, a *omissão negocial* não autoriza o assistente simples a atuar como substituto processual.<sup>25</sup> É o que ocorre, por exemplo, na (a) *renúncia tácita à convenção de arbitragem*;<sup>26</sup> (b) *aceitação tácita da decisão*;<sup>27</sup> e a (c) *aceitação tácita de proposta de foro*<sup>28</sup>. Por outro lado, em caso de dúvida quanto à real intenção do assistido, é indispensável que lhe seja dada ensanchar de se pronunciar.

<sup>23</sup> Ressalte-se que para elidir os efeitos da revelia o assistente simples deve ter apresentado defesa no mesmo prazo concedido ao assistido. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. Vol. II. T. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.).

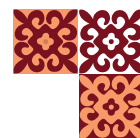
<sup>24</sup> Art. 52 - [...]. Parágrafo único. Sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios.

<sup>25</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 485-486.

<sup>26</sup> “Art. 337 - [...] § 6º - A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.”

<sup>27</sup> “Art. 1.000 - A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.”

<sup>28</sup> “Art. 65 - Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação.”



#### 4.2.2 Autonomia do assistido

Determina o CPC/2015: “Art. 122 - A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos”. Vale dizer, a parte principal assistida, na qualidade de titular do direito material deduzido em juízo, obviamente, poderá, sem autorização do assistente, reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação, renunciar ao direito sobre o que se funda a ação ou transigir sobre direitos controvertidos.

O assistente simples, por conseguinte, sofrerá os efeitos reflexos da decisão da parte principal assistida, cessando a sua atuação no feito, mesmo que pendente recurso por ele interposto.<sup>29</sup> Aliás, o CPC/1973 era explícito quanto à cessação da atividade do assistente.

<sup>30</sup> Nada obstante, em outro processo, poderá o assistente simples levantar a *exceptio male gesti processus*, como veremos a seguir.

#### 4.2.3 Efeitos da coisa julgada em relação ao assistente simples

Dispõe o CPC/2015:

Art. 123 - Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I - pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II - desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Trata-se aí de dispositivo praticamente idêntico ao correspondente no CPC/1973.<sup>31</sup> Por outro lado, considerando que *o assistente simples atuou no processo qualidade de mero colaborador da parte principal*, não participando eficazmente do contraditório (exceto, claro, quando assume a posição de substituto processual), não poderá ser submetido incondicionalmente à *autoridade da coisa julgada material*. A propósito, reza o CPC/2015: “Art. 506 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. Ob. cit., p. 200.

<sup>30</sup> “Art. 53 - A assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente”.

<sup>31</sup> “Art. 55 - Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.”

<sup>32</sup> Diz o CPC/1973: “Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco, fazendo referência o CPC/1973, que se aplica perfeitamente ao CPC/2015, defende que a *eficácia da intervenção perante o terceiro* se distingue da *autoridade da coisa julgada material*.<sup>33</sup> Vale dizer, o que transita em julgado, para as partes principais, é apenas a *parte dispositiva da sentença* — que, frise-se, decide *lide estranha à do assistente simples*, embora possa lhe afetar reflexivamente — e não os seus *fundamentos*,<sup>34</sup> evitando-se, assim, *conflitos práticos de julgados*.<sup>35, 36</sup>

Por outras palavras, a *eficácia preclusiva da coisa julgada* impede que, no mesmo processo em foi a sentença respectiva prolatada, tanto as partes principais quanto o assistente simples voltem a discutir a lide. Todavia, o assistente simples, *em processo posterior*, no qual se alegue a preliminar de coisa julgada material contra a sua tese, poderá apresentar defesa, sob a forma de *exceção de má gestão processual* (*exceptio male gesti processus*), provando que (a) *o momento tardio em que interveio no processo anterior* ou (b) a sua atuação acessória e dependente em relação à *parte principal assistida* — que *tenha agido com incúria ou em colusão com a parte adversa* — lhe tolheu as possibilidades de exercitar plenamente o seu direito de defesa.

Saliente-se que a finalidade da *coisa julgada material* é justamente oferecer *segurança jurídica* na medida em que uma determinada lide deixará de ser objeto de discussão. Todavia, o *princípio da segurança jurídica* não pode ser atendido sem a observância do *contraditório e da ampla defesa*, ou seja, do *devido processo legal*, princípio-fonte dos demais princípios processuais constitucionais — art. 5º, *caput* e incs. XXXIII, XXXVI, LIV e LV e 6º da CF/1988.

<sup>33</sup> “Essa *eficácia* da intervenção perante o terceiro que ingressou como assistente, a que alude o art. 55 (do CPC/1973), costuma ser indevidamente assimilada à autoridade da coisa julgada material. Basta ver, no entanto, que a indiscutibilidade dos fundamentos da sentença, no âmbito da demanda já julgada, sequer para as partes é explicada pelo fenômeno da *res iudicata* [...]: e, se assim é, facilmente se compreende que muito menos para terceiro poderá sê-lo.” (*Litiscônsórcio*. 4. ed. Ob. cit., p. 49.).

<sup>34</sup> Reza o CPC/2015: “Art. 504 - Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312.

<sup>36</sup> Mais adiante CÂNDIDO DINAMARCO prossegue clarificando que a *preclusão* para o assistente simples para discutir a *justiça da decisão*, em verdade, se trata da “... *eficácia preclusiva da coisa julgada*, na sua projeção sobre o terceiro que interveio no processo. Em virtude dela e nos termos do disposto no *caput* do art. 55 do CPC (de 1973), ficará o interveniente preso aos motivos da sentença, inclusive à verdade dos fatos estabelecida como fundamento desta e à apreciação dada às questões prejudiciais, na medida em que tais pronunciamentos do juiz venham a ser relevantes em causa posterior na qual ele venha a figurar como parte principal. Tanto quanto as partes principais no processo em que a sentença foi dada, ele fica vinculado pela *eficácia preclusiva* dessa sentença. É isso que do art. 55 quis dizer, quando consignou que só em casos excepcionais (incs. I-II) poderá o assistente, em feito ulterior, “discutir a justiça da decisão”. Nesses casos excepcionais, que configuram a chamada *exceptio male gesti processus*, ele porá em discussão o acerto desses procedimentos dados *incidenter tantum*, obviamente sem com isso infirmar a *res iudicata* formada no primeiro processo (o que sequer as próprias partes poderiam fazer, sendo que a ele faleceria legitimidade para postular reforma do que foi decidido sobre os direitos e obrigações alheios. (In *Litiscônsórcio*. Ob. cit., p. 49.).



### 4.3 Da assistência litisconsorcial

Figuras das mais controversas no direito processual, a *assistência litisconsorcial* é uma espécie de *tertium genus*. Instituto *híbrido* entre o da *assistência simples* e o do *litisconsórcio puro*. Isso porque o *assistente litisconsorcial*, pelo fato de não apresentar *pedido novo*, fica jungido aos pedidos formulados pela parte principal na petição inicial.

Todavia, ao contrário do assistente simples, o *assistente litisconsorcial* é considerado *litisconsorte* <sup>37</sup> *facultativo unitário ulterior*, qualidade adquirida no momento em que a sua intervenção foi aceita, sendo mais um dos sujeitos do contraditório em face do juiz, consoante o amplo conceito liebmaniano de parte. <sup>38</sup> Aliás, é o que se infere da letra expressa do CPC/2015 sobre o *assistente litisconsorcial*: “Art. 124 - Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. Aqui, contudo, diga-se *en passant*, não houve qualquer alteração importante em relação ao CPC/1973. <sup>39</sup>

Além disso, ressalve-se, de logo, que ao assistente litisconsorcial não se aplicam os arts. 121, 122 e 123 do CPC/2015, visto como dirigidos tão-somente ao *assistente simples*. <sup>40</sup>

Por outro lado, outra respeitável corrente doutrinária considera o *assistente litisconsorcial* apenas *quase-parte*, já que *não apresenta pedido próprio*, <sup>41</sup> como exige o conceito tradicional de parte chiovendiano. Trata-se, em verdade, de um litisconsorte que sofre de uma *capitis diminutio*, pois não apresenta *a própria demanda*. Nada obstante, é submetido à *autoridade da coisa julgada material da mesma maneira que as partes principais*, porquanto pôde exercer plenamente o seu direito ao contraditório, inclusive *contra a vontade do assistido*. <sup>42</sup>

Outros ainda consideram a figura do *assistente litisconsorcial* semelhante à do *substituto processual*, sendo que este possui insofismavelmente qualidade de parte, haja vista que apresenta *demanda própria*, muito embora na defesa de *direito alheio*.

Aliás, a *desistência da ação*, o *reconhecimento do pedido* ou a *transação parte originária* não são óbices para que o *assistente litisconsorcial* prossiga na defesa dos próprios interesses, muito embora receba o processo no estado em que ele se encontre. <sup>43</sup> Além disso, o *assistente litisconsorcial* está submetido à *autoridade da coisa julgada material* <sup>44</sup>,

<sup>37</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 24.

<sup>38</sup> Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 357-365.

<sup>39</sup> “Art. 54 - Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Ob. cit., p. 201.

<sup>41</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum: ordinário e sumário. Vol. II. T. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 479 e 483.

<sup>42</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Ob. cit., p. 482.

<sup>43</sup> Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 359.

<sup>44</sup> A propósito, Enrico Tullio Liebman ensina que esta é uma qualidade dos efeitos da sentença, que confere

porquanto, repita-se, *adquiriu qualidade de parte no momento em que a sua intervenção foi aceita*,<sup>45</sup> tendo *oportunidade de exercer amplamente o direito ao contraditório* (art. 5º, LV da CF/1988).

Por sua vez, o *assistente litisconsorcial* ou *assistente qualificado* é aquele cuja relação de direito material com uma das partes poderia autorizá-lo a ingressar em juízo contra ela, mas que não tomou essa iniciativa. Vale dizer, o *assistente litisconsorcial* teria tudo para ingressar no processo como *litisconsorte unitário facultativo*, mas não foi incluído no processo como parte.<sup>46</sup>

A propósito, o *litisconsórcio unitário facultativo* é aquele que exige uma *sentença homogênea* para todos os autores ou réus aglutinados numa mesma relação processual, por força da própria relação jurídica de direito material *una e incindível* deduzida em juízo (*unitariedade*). Todavia, se algum interessado não integrar o polo respectivo isso não implicará carência de ação por falta de legitimidade para agir, haja vista que não existe aí a *necessidade* da presença de todos os interessados reunidos (*necessariedade*).

Aliás, temos ainda como *exemplos de litisconsórcio unitário facultativo*: (a) *ação de anulação de casamento* que pode ser promovida por qualquer interessado ou pelo MP (art. 1.549 do CC/2002); (b) *ação reivindicatória de coisa comum* que pode se ajuizada por quaisquer dos condôminos (art. 1.314 do CC/2002); (c) *ação de dissolução de sociedade* que pode ser aforada por qualquer acionista (art. 206 da Lei nº 6.404/1976); (d) *ação popular* que pode ser manejada por um único cidadão (art. 5º, LXXIII da CF/1988); e (e) *ação civil pública*, possuindo qualidade para agir o Ministério Público, a Defensoria Pública, pessoas jurídicas de direito público ou associação (art. 5º da LACP).

Além desses, temos os exemplos (a) dos *sucessores* na defesa de sua herança, (b) dos *condôminos* quanto à propriedade comum, bem como (c) dos *credores ou devedores solidários* quanto ao cumprimento da obrigação — arts. 267, 275, 1.314 e 1.791 do CC/2002.

Já no *processo trabalhista* poderíamos citar a hipótese em que o sindicato atua como *substituto processual* em defesa de direitos individuais homogêneos de trabalhadores da categoria (art. 8º, inc. III da CF/1988). Nesse caso, o trabalhador cujos direitos individuais são defendidos tem interesse jurídico para intervir no processo na qualidade de assistente litisconsorcial para não só *auxiliar a entidade sindical*, mas igualmente, *fiscalizar a lisura de sua atuação* no processo.<sup>47</sup>

Assim, o *assistente litisconsorcial* intervém numa relação processual em andamento, mas não apresenta *pedido próprio* com a sua respectiva *causa de pedir*. Aliás, com fulcro no *princípio da estabilização da demanda*, após citado o réu nem mesmo o autor pode

---

imutabilidade ao conteúdo da decisão. (In *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39-40.).

45 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., p. 149.

46 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. Vol. II. T. I. São Paulo: Saraiva, 2007, 479.

47 Teixeira Filho, Manoel Antonio. *Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*. Ob. cit., p. 142.





apresentar pedido novo sem a sua anuência e ainda assim isso só poderá ocorrer até a *fase de saneamento*.<sup>48, 49</sup>

Por sua vez, caso o *assistente litisconsorcial* pretendesse ajuizar *ação distinta* contra uma das partes, aí, sim, deduziria seu *próprio pedido* com a *causa de pedir* correspondente. Por outras palavras, o assistente litisconsorcial *não é um litisconsorte típico*, se assim fosse não haveria sentido em criar-se a figura do *assistente qualificado*, bastaria falar-se então no instituto do litisconsórcio.

A propósito, temos o exemplo clássico do *proprietário* de um veículo envolvido em acidente de trânsito, cuja ação de reparação foi voltada exclusivamente contra o *condutor* (que não era o dono do bem em questão). Ora, o *proprietário* não tem *legitimidade* para ingressar na relação processual como réu, uma vez que o seu nome não foi citado na ação nessa qualidade. Nada obstante, ele possui *interesse* em intervir na ação como *assistente qualificado* do réu, haja vista que poderá sofrer efeitos reflexos de uma eventual sentença condenatória.

Por outro lado, o *assistente litisconsorcial não é o titular do direito material discutido no processo*, daí por que *não pode desistir da ação, reconhecer a procedência do pedido, renunciar ao direito sobre o que se funda a ação nem transigir sobre direitos controvertidos*.

Nada obstante, o assistente qualificado *poderá apresentar alegações, produzir provas e recorrer mesmo contra a vontade do assistido*, porquanto aquele se encontra *mais próximo do objeto do processo* do que o assistente simples, defendendo direitos próprios que poderão sofrer efeitos reflexos da sentença.<sup>50</sup>

Alfim, lembre-se que na qualidade de litisconsorte o assistente litisconsorcial arcará com as custas, proporcionalmente, caso o assistido seja vencido (art. 87 do CPC/2015).

#### 4.4 Do procedimento comum do pedido de assistência

Reza o CPC/2015:

Art. 120 - Não havendo impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, o pedido do assistente será deferido, salvo se for caso de rejeição liminar.

Parágrafo único. Se qualquer parte alegar que falta ao requerente interesse jurídico para intervir, o juiz decidirá o incidente, sem suspensão do processo.

<sup>48</sup> A propósito, reza o CPC/2015: “Art. 329 - O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar...”

<sup>49</sup> No processo trabalhista tem-se dado temperamento ao correspondente art. 264 do CPC/1973, porém, sem maiores reflexões, haja vista que o aditamento após a notificação inicial pode implicar interrupção da prescrição em detrimento da parte reclamada, como alerta José Augusto Rodrigues Pinto, in *Processo trabalhista de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 379.

<sup>50</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. Ob. cit., p. 48-54.

Não houve aí qualquer alteração relevante no que toca ao dispositivo correspondente no CPC/1973, quanto ao incidente em comento, exceto a *ampliação do prazo para impugnação do pedido*, a *inexigência de autos apartados* e a exclusão do prazo para a resolução do incidente.<sup>51</sup> Além disso, andou bem o legislador ao deixar explícito que o incidente em tela será o mesmo para ambas as espécies de assistência, colocando-o na Seção I - Disposições comuns do Capítulo I - Da assistência.<sup>52</sup>

O assistente deverá demonstrar que a futura sentença a ser proferida em um determinado processo poderá atingir reflexamente um direito seu. Daí o seu interesse em auxiliar uma das partes a vencer sua demanda. Caso contrário, seu pedido deverá ser *liminarmente rejeitado*, sob pena de se criar um tumulto processual ao arrepio do *princípio da duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII da CF/1988). Se o juiz, no entanto, não vislumbrar aí falta de interesse, abrirá vista às partes para que se manifestem sobre o pedido de assistência, no prazo de quinze dias, e, ato contínuo, resolverá o incidente, *mas sem suspensão do processo*.

Dessa decisão caberá o recurso de *agravo de instrumento*, o qual, pelas mesmas razões, *não deverá ser recebido pelo relator com efeito suspensivo* — arts. 1.015, IX e 1.019, I e 1.012, § 4º do CPC/2015. Por seu turno, no *processo trabalhista* contra a *decisão interlocutória* em comento caberá tão-somente a reclamação correicional ou o mandado de segurança, forte no art. 893, § 1º da CLT e na SUM-214/TST ou, conforme o caso, poderá ser revista em recurso ordinário (art. 893, § 1º da CLT).

## Considerações finais

Sob o pálio do CPC/1973 a assistência era tratada juntamente com o *litisconsórcio* no mesmo capítulo, isto é, não era considerada como *espécie de intervenção de terceiro*. O CPC/2015 retificou essa errônea, porquanto a assistência se caracteriza pela *voluntariedade*, ao contrário do *litisconsórcio*.

Noutro giro, impende deixar claro para uma perfeita compreensão do instituto da assistência, que as *partes da relação jurídica processual* são o *sujeito ativo* e o *passivo* do referido liame, bem como os demais *sujeitos que atuam sob a dialética do contraditório*, presidido pelo juiz. Além disso, temos os *terceiros juridicamente interessados*, que *adquirem a qualidade de parte* dès que sua intervenção no processo tenha sido aceita pelo juiz.

Por outro lado, considerando que o *assistente simples atua no processo qualidade de mero colaborador da parte principal*, não participando eficazmente do contraditório, não poderá ser submetido incondicionalmente à *autoridade da coisa julgada material*. Já o

<sup>51</sup> “Art. 51 - Não havendo impugnação dentro de 5 (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz: I - determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a fim de serem autuadas em apenso; II - autorizará a produção de provas; III - decidirá, dentro de 5 (cinco) dias, o incidente”.

<sup>52</sup> Por sua vez, o CPC/1973 dizia: “Art. 54 - [...] Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51”.



assistente litisconsorcial é equiparado ao *litisconsorte facultativo unitário ulterior*, sujeito, por conseguinte, à coisa julgada material.

Alfim, defendemos que a principal inovação trazida pelo CPC/2015 é a transmutação do *assistente simples* em *substituto processual* quando o *assistido* for *revel* ou *omisso*. Afinal, como é dito na epígrafe deste trabalho, “nenhum homem é uma ilha isolada”, ou seja, a atuação da parte principal terá repercussão nos interesses do assistente e, *mutatis mutandis*, a recíproca é verdadeira, daí a enorme importância do instituto da assistência.

## Referências

- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. Vol. II. T. I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- . *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- . **Manual de direito processual civil**. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: primeira série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- Pinto, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- Teixeira Filho, Manoel Antonio. **Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.
- Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# Mudanças no Processo Trabalho com o novo CPC?

Murilo C. S. Oliveira

**Resumo:** O texto debate, em termos gerais, as polêmicas sobre a aplicação do Novo Código de Processo 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 NCPC numa classificação em grupos, a fim de cogitar a aplicabilidade pela natureza da modificação. Ao final, formula algumas conclusões. **Palavras-chave:** Novo CPC e Processo do Trabalho; Aplicação Supletiva e Subsidiária; efetividade do Direito Processual do Trabalho

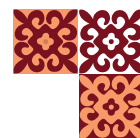
**Abstract:** The article discusses, in general terms, the controversies on the implementation of the New Procedure Code in procedural labor law. Discusses the application of concepts subsidiary and supplementary emphasizing the ontological and axiological gap of ideas. It indicates the main characteristics of the Procedural Law of Labor and its purpose as compatibility of the the new rules of the CPC. 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. **Keywords:** New Procedure Code and procedural labor law; application of concepts subsidiary and supplementary; effectiveness of the Law of Labor Procedure.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Aplicação subsidiária e supletiva. 3. As características do Direito Processual do Trabalho! 4. Inovações do novo CPC. 5. Conclusões.

## Introdução

No âmbito do processo civil, a ideia de modernidade e efetividade relaciona-se com o caractere da simplicidade. Cândido Rangel Dinamarco sintetiza: “O processo civil moderno quer um processo de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas” (2001, p. 22). Nesta perspectiva, o Direito Processual do Trabalho (DPT) serviu, durante muito tempo, como o modelo de “processo de resultados”, justamente porque, fugindo do preciosismo teórico-conceitual e da mentalidade formalista tradicional, sempre foi demarcado pela simplicidade, oralidade e celeridade, daí alcançando a efetividade.

Na contemporaneidade, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), iniciado com a Lei 13.105/2015 e já alterado pela Lei 13.256/2016, se impõe no plano legislativo com uma série de inovações, sobretudo com mudanças no modelo processual, inclusive com a consagração de novos princípios. O advento deste novo modelo processual – agora “colaborativo” – se confronta dramaticamente com o modelo processual trabalhista que é historicamente inquisitivo. Surgem, então, uma série de dúvidas e perplexidades sobre as mudanças que o novo CPC provocaria no Processo do Trabalho.



Em verdade, trata-se do recorrente dilema entre um ramo jurídico especializado perante as profundas mudanças na legislação que lhe complementa. Dilema justamente porque dois caminhos extremados logo se apresentam: a tradicional misogenia de repúdio às inovações e a conseqüente 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 NCPC mesmo naquilo já regulado pela CLT.

Decidir os caminhos do DPT diante do NCPC 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 texto se propõe.

### **Aplicação subsidiária e supletiva**

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 e 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).

A relação entre Processo do Trabalho e Processo Civil era mediada com exclusividade pela regra disposta no art. 769 da CLT<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup> que tornam mais complexo a compreensão do que seria omissão.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Carlos Henrique Bezerra Leite apresenta a seguinte definição e exemplificação das citadas lacunas: “a) lacuna ontológica, pois não há 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 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).

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<sup>3</sup>.

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 mencionada “peritos compromissados”, contudo cuida-se de típica lacuna ontológica no sentido de dispensar o “inócua” compromisso previsto na CLT, adotando-se a regra do art. 422 do antigo CPC (art. 466 do NCPC). 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, NCPC), a aplicação do art. 475 do antigo CPC em detrimento da literalidade do art. 1º, V, do Decreto-Lei nº 779/ 1969, nos termos da Súmula nº 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 aplicação do art. 475-J do CPC (atual art. 523, §1º do NCPC) 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<sup>4</sup>. Por outro lado, a mesma dimensão valorativa faz com 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 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 adjetivação 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”

<sup>3</sup> 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 que 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).

<sup>4</sup> 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 6.830/80 conforme art. 889 da CLT. Em posição contrária, a da Jornada da Anamatra de 2007 aprovou o seguinte Enunciado: “71. ARTIGO 475-J DO CPC. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária do artigo 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista”



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 artigos 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 NCPC, uma nova regra de ligação entre o Processo do Trabalho e o Processo Civil foi criada. Trata-se do teor do art. 15 do NCPC<sup>5</sup>. A primeira leitura deste artigo pode levar a conclusão pouco inovou o NCPC na sua aplicação supletiva na área trabalhista, haja vista que ali consta que há aplicação subsidiária do NCPC na lacuna da CLT. Entretanto, uma segunda e mais atenta leitura constata que a aplicação do NCPC 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 NCPC e o art. 769 da CLT.

Na etimologia trazida por Houaiss (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<sup>6</sup>, 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).

<sup>5</sup> Art. 15 do NCPC. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

<sup>6</sup> 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 (artigo 802, da CLT), ônus da prova previsto no CPC, pois o artigo 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 (artigo 848, da CLT), sendo os institutos são 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).

Esboçada a distinção entre supletivo (complemento mesmo sem omissão) e subsidiário (suplemento com omissão), uma terceira leitura – ainda mais problematizante – do art. 15 do NCPC 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 à 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 NCPC, diferentemente do anterior, deseja “avançar” nos outros ramos processuais, a partir da “aplicação supletiva” do seu art. 15.

Ainda no cotejo do art. 15 do NCPC, é preciso uma pequena nota remissiva aos outros “processos”. No caso paradigmático dos Juizados Especiais, os quais adotaram um modelo processual à semelhança ou irmandade<sup>7</sup> com o processo trabalhista, a aplicação do NCPC tem sido vista como “problemática”, o que justificaria uma resistência a uma série de inovações, especialmente àquelas com se colidem com a simplicidade e celeridade dos Juizados. Depara-se, assim, com um típico problema do diálogo de fontes jurídicas, que, a despeito da pretensão expansionista do art. 15 do NCPC, indica que as mudanças do NCPC aplicáveis aos demais processos precisam ser coerentes e compatíveis com os caracteres especiais daqueles ramos.

Diante do novel art. 15 do NCPC 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<sup>8</sup>. 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 microssistemas 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 NCPC ao condicionar as transposições das regras pro-

<sup>7</sup> Fernando Gajardoni anota que, nos Juizados, adotou-se “um modelo processual para as causas de menor valor (40 s.m. no JEC e 60 s.m. no JEF e JEFP) fundado na oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação. Algo admissível e recomendável em virtude da pequena complexidade ou do diminuto valor da controvérsia” (2016).

<sup>8</sup> 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. 2ª 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).





cessuais 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 que com o entendimento de que o art. 769 da CLT foi revogado pelo NCPC.

Numa tentativa exegética de coexistência destas regras, pode-se afirmar que o art. 15 almeja a aplicação das regras do NCPC 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 NCPC. Numa ilustração gráfica, o art. 15 do NCPC seria um primeiro e mais largo portal de acesso do Novo Processo Civil ao Processo do Trabalho, entretanto, há, felizmente, um segundo e menor portal: o art. 769 da CLT com a sua cortina-rede da “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 NCPC 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, pois somente se pode entender o “encaixe” sabendo bem de que “caixa” se trata. 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 funcionamento da Justiça do Trabalho, sem prejuízo de uma outra definição analítica e de matiz constitucionalista<sup>9</sup>. 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 fosse 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.

---

9 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 compõe a Justiça do Trabalho” (2015, p.105).

Na construção histórica legislativa, é perceptível que a CLT, inclusive em matéria processual, adotou cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Contra essa vagueza do texto legal, algumas críticas consideraram que a CLT é repleta de imprecisões terminológicas, embora se olvide que, à época da vigência da norma consolidada, tinha-se o CPC de 1939<sup>10</sup> com muitas destas terminologias “imprecisas” e “pouco técnicas”, valendo o melhor exemplo do genérico conceito “notificação” que adveio do art. 138 do CPC de 1939. Haveria, enfim, na construção da CLT menos uma preocupação com categorias e formais do processo comum, mas sim com o resultado final de efetividade do processo trabalhista, o que até justificaria denominar este ramo como “Direito Judiciário do Trabalho, como fazia Coqueijo Costa (1986).

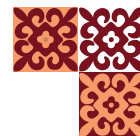
A primeira característica do Direito Processual do Trabalho surge com evidência: confirmar no âmbito processual o caráter protetivo do Direito Material do Trabalho. Era preciso ter uma justiça apropriada, especializada e familiarizada com as singularidades e urgências para uma solução justa do conflito 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 concretização 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 jus postulandi das partes) ou com

<sup>10</sup> Registre-se a opinião contrária de Bruno Gomes Borges Fonseca, o qual afirma que a CLT teve sua parte processual inspirada no Decreto-Lei nº 1.237/1939 do que no CPC de 1939. O jurista destaca esse antecedente normativo para “[...] demonstrar que o compromisso histórico do processo do trabalho sempre foi diferente do processo comum” (2015, p. 370).



menos requisitos de validade nos atos processuais<sup>11</sup>, a exemplo da simplicidade da petição inicial e/ou permissão da defesa oral. A simplicidade é, deste modo, a segunda principal característica do Direito Processual do Trabalho.

Neste ponto, uma ressalva advinda da atualidade de implantação do processo judicial eletrônico (PJE) se impõe: um novo sistema e meio processual não deve servir de pretexto para a retomada de concepções excessivamente formalistas, ainda que a exigência de certas formas otimize o funcionamento do sistema. A mentalidade que acompanha o PJE não pode legitimar práticas similares a uma jurisprudência “defensiva”, inclusive combatida no NCCP, que culminam de plano em decisões de não admissibilidade (sem exame de mérito). Há que se exigir a observância das formas, sobretudo às eletrônicas, mas sem recair num formalismo exagerado.

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<sup>12</sup>.

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 5.584/70.

Tais características do processo trabalhista sustentam sua autonomia enquanto ramo especializado, mas com uma relação de interdependência com o processual comum.

---

<sup>11</sup> 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).

<sup>12</sup> Vale conferir a notícia do CNJ de 15/09/2015: “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 [...]”. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80430-justica-do-trabalho-aumenta-produtividade-e-tem-alto-grau-de-virtualizacao>

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-e-fetividade, afora a 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 NCPC e 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<sup>13</sup>. Registre-se que há tempos Coqueijo Costa já conciliava as ideias de autonomia e unidade<sup>14</sup>.

A noção de “compatibilidade” com o “Processo Judiciário do Trabalho” se revela como relação de pertinência e coerência<sup>15</sup> com as características e com a ontologia protetiva do Direito Processual do Trabalho. Por conseguinte, as diversas inovações trazidas no NCPC 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 NCPC 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).

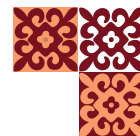
## Inovações do NCPC

No contexto de infindáveis debates sobre o NCPC, 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

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> “Finalmente, autonomia não se opõe a unidade. O que se 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).

<sup>15</sup> Tal entendimento poderia vir a constar expressamente da CLT, por força do Projeto de Lei N. 7152/2006 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



o NCPC esquizofrênico<sup>16</sup>. Do mesmo modo que o adesionismo irrestrito ao NCPC foi recusado pelas razões supra, é mister também se distanciar deste repúdio total ao NCPC, 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 NCPC, a crítica também se dirige à quantidade e qualidade das mudanças. Estima-se que 80% do texto do NCPC reproduziu os mesmos conceitos e institutos do CPC de 1973<sup>17</sup>, 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 inseridas nos “20%” de novos textos. Apesar da quantidade de repetição de regras, acredita-se que o NCPC é qualitativamente diferente do antigo, porque suas alterações foram na estrutura, princípios e nos modelos de procedimentos.

Numa tentativa de classificação das mudanças do NCPC, 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, NCPC); a simplificação do conceito de prevenção (art 59, NCPC) 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”<sup>18</sup>, visto que seria este um dos principais caracteres responsáveis pela efetividade do processo. Se o processo civil conseguiu se tornar, em alguns aspectos, ainda

<sup>16</sup> “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) (MAIOR, 2015, p. 16).

<sup>17</sup> É a opinião de Guilherme Guimarães Feliciano: “Diz-se dele, por exemplo, ser de duvidosa necessidade, na medida em que simplesmente revisita, em variegadas 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).

<sup>18</sup> 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).

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 NCPC 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 ser concentrar na defesa.

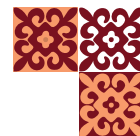
Num segundo grupo de inovações, depara-se com “regras de eficiência” processual. O NCPC redimensiona a ideia de economia processual, agregando-se a perspectiva da gestão processual eficiente e efetiva, permitindo que o magistrado adote outros itinerários procedimentos mais eficientes para o processo. São exemplos marcantes da ideia de eficiência: julgamento preferencialmente de mérito (arts. 4º e 488 do NCPC); a criação do julgamento parcial (art. 356, NCPC), o direito a escolha do meio executório mais eficiente (art. 139, IV, NCPC); as “conexões probatórias” entre processos com os mesmos fatos, como medida de eficiência (§3º do art. 55 do NCPC); a indicação e substituição da parte ilegítima pela legítima (arts. 338 e 339 do NCPC); 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, NCPC). Visam positivar a dimensão substancial do princípio do contraditório enquanto poder de influenciar<sup>19</sup>. A necessidade de uma fundamentação exaurente (art. 489 do NCPC) pode ser entendida também como decorrência de uma dimensão mais 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 NCPC), o parágrafo único do art. 493 do NCPC e o teor do art. 933 do NCPC impõe 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 NCPC) 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 caráter 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.

<sup>19</sup> 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).



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. Ademais, a matéria de prazos e interstícios, ou melhor, a matéria de procedimento no conceito estrito, está bem definida na CLT, não havendo também a lacuna.

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 efetividade do processo, valendo observar a possibilidade de contraditório diferido como medida de efetividade processual. Como ilustração desta colmatação e compatibilização, é possível sustentar que o contraditório no caso da descon sideração da personalidade jurídica no curso da execução deve ser posterior à medida de constrição patrimonial, sob pena, inclusive, da evidente inefetividade do aviso prévio da penhora.

Daí que o art. 10 do NCPC 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 NCPC) 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 isso signifique a reprodução da prolixia, a pragmática da transcrição desconexa de citações doutrinárias, jurisprudenciais e demais filigranas conceituais ou mesmo a necessidade de se rebater ponto a ponto as manifestações das partes.

Seguido nos grupos de inovações, têm-se regras as 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 NCPC 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 NCPC, em especial a mediação feita por um profissional especializado na matéria.

A negociação processual (arts. 190 e 191) com seu princípio do autoregramento processual se contrapõe ao essencial do modelo processual trabalhista: o perfil inquisitivo e o princípio da indisponibilidade. 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 § único do art. 190 do NCPC 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”<sup>20</sup>.

Não há muitas dúvidas de que um sistema de precedentes que conforma um padrão de coletivização dos julgamentos na perspectiva de uniformidade e segurança jurídica se coadna com o propósito do DPT. Ademais, o advento da Lei 13.015/2015 modificou expressamente a CLT nesta perspectiva, inclusive se antecipando ao NCPC. É digno de nota que, doravante, deve o Juiz observar as decisões precedentes do seu Tribunal (art. 489, VI, NCPC) 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 NCPC que dispõe 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; execução provisória; processo de execução de títulos extrajudiciais; execução de obrigações de fazer e não-fazer, 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, cabendo o aguardo da direção da jurisprudência.

<sup>20</sup> 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 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).





Uma vez compreendido o perfil inquisitório do DPT, conclui-se, sem muita dúvida, que todas as alterações que retiraram a atuação *ex officio* do magistrado são incompatíveis com o processo trabalhista. O modelo colaborativo do NCPC não prepondera sobre o modelo inquisitivo da CLT, visto que o juiz do trabalho continua, por força dos arts. 765 e 878 da CLT, com o dever de impulsionar o processo com vistas a alcançar a sua efetividade. Como exemplificação o juiz do trabalho continua podendo, de ofício, desconsiderar a pessoa jurídica, caso seja este o meio de viabilização de uma execução, não cabendo a aplicação da regra do *caput* do art. 133 do NCPC que, doravante, veda tal atuação *ex officio*.

## Perspectivas

Neste panorâmico texto, tentou-se discutir as mudanças no Direito Processual do Trabalho a partir das inovações do NCPC, no intuito confrontar as opiniões antagonistas para tentar formular critérios de aplicabilidade destas alterações. 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. Os critérios mostraram-se igualmente vagos, mas, ao menos, foram identificadas as seguintes diretrizes:

1. O Direito Processual do Trabalho, autônomo mas interdependente, foi (e deve continuar sendo) um instrumento de realização do Direito Material do Trabalho, afirmando-se diferente do Processo Civil pela tríade marcante da simplicidade-celeridade-efetividade;
2. Para tanto, este modelo processual é de índole inquisitiva, como consta no art. 765 da CLT. No particular, esse artigo 765 ascende e ganha relevo na aplicação supletiva, pois freia a transposição do modelo colaborativo do NCPC e suas dilações demasidadas 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) em matéria processual;
3. A dimensão da aplicação supletiva permitirá mais importação das regras do NCPC 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 NCPC, 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 NCPC. Daí a necessidade urgente da revisão da Instrução Normativa n 27/2005 do TST.

Numa perspectiva mais otimista, é possível afirmar que a ideia de aplicação supletiva veio convalidar a tese das correntes hermenêuticas da lacuna ontológica e axiológica. Célio Waldraff, autor que refuta o adesionismo ao NCPC, arremata: “Constata-se, com entusiasmo, que a distinção terminológica encampada para a subsidiariedade e supletividade serviu para legitimar o que fazia a melhor e mais arejada doutrina e jurisprudência. Deve ser o oxigênio para mergulhos ainda mais profundos” (p. 92, 2014).

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 garantidoras de um DPT caracterizado pela instrumentalidade protetiva, pela simplicidade, celeridade e eficiência.

## Referências

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: Editora Jus Podivm: 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 NCPC, Ano IV – 2015 – n. 39. Curitiba, abril de 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: 17. ed.** Salvador: Jus Podivm, 2015. (Volume 1).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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: Podivm, 2015, p.111-128.

FONSECA, Bruno. **Reflexos do novo Código de Processo Civil na atuação do Ministério Público do Trabalho**. In: **Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, p.367-384.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A problemática compatibilização do novo CPC com os juizados especiais**. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-problematica-compatibilizacao-do-novo-cpc-com-os-juizados-especiais>>. Acesso em: 15 jan. 016.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. Versão 1. [CD-ROM]. 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). **Novo CPC Repercussões no Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015.



\_\_\_\_\_. **Curso Direito Processual do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **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.

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: Podivm, 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: Podivm, 2015, p.55-64.

SILVA, Bruno Freire. **O novo CPC e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

WALDRAFF, Célio Horst. **A Aplicação Supletiva e Subsidiária do NCPC ao Processo do Trabalho**. Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região: Edição especial sobre o NCPC, Ano IV – 2015 – n. 39. Curitiba, abril de 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

# O Novo Código de Processo Civil, a concretização do princípio constitucional do devido Processo Legal, e os reflexos no Processo Do Trabalho

Pedro de Souza Gomes Milioni<sup>1</sup>

Marcelo Marinho<sup>2</sup>

## 1. Introdução

A Constituição Federal, segundo Zeno Veloso é a “rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica”<sup>3</sup>.

A Constituição é suprema, sendo certo que qualquer norma deve a ela se adequar e não o contrário. Porém, não basta a mera adequação formal, é preciso garantir que a Constituição ao ser interpretada e aplicada tenha as suas normas potencializadas, é o denominado princípio da máxima efetividade<sup>4</sup>.

Apesar de toda a robustez da Carta Magna, de seu extenso e rico conteúdo, de suas bases principiológicas e regras claras, o Brasil ainda é um país que depende de inúmeras leis infraconstitucionais. É como se os operadores jurídicos ainda desconfiassem daquilo que está efetivamente previsto no texto constitucional, seja de maneira implícita ou explícita, bem como na real intenção do Legislador.

No caso, não se trata de ver para crer, mas sim crer para ver, conforme velho ditado. Ou seja, raramente a resposta a determinado questionamento jurídico não estará prevista na Constituição Federal através de suas normas (regras e princípios). Contudo, é preciso que o operador do direito creia naquilo que o texto prega, para que possa ver com exatidão a resposta pretendida.

Talvez ciente do quão difícil seja disseminar a cultura de olhar primeiro para a Constituição, é que o legislador tenha optado por trazer a lume um novo diploma legal impregnado de postulados constitucionais.

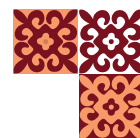
---

<sup>1</sup> Advogado – sócio do escritório Milioni & Milioni Advogados LL.M. em Direito Corporativo pelo IBMEC/RJ. Especialista em Direito Empresarial do Trabalho pela FGV/RJ.

<sup>2</sup> Advogado – associado ao escritório Barbosa, Müssnich Aragão LL.M. em Direito Corporativo pelo IBMEC/RJ.

<sup>3</sup> VELOSO, Zeno. Controle de Constitucionalidade, 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.17

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.



Aliás, é de bom alvitre transcrever trecho da exposição de motivos do NCPC que aparenta ir de encontro com o que estamos a dizer:

1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República[9] fez com que se incluíssem no Código, expressamente, 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”<sup>5</sup>.

Vale ainda transcrever a nota de rodapé contida na aludida exposição:

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais<sup>6</sup>.

Não há dúvidas de que às vezes o óbvio precisa ser dito.

Neste rumo, será analisado no presente estudo o contorno elementar do princípio constitucional do devido processo legal, bem como a intenção do legislador em garantir a máxima eficácia ao aludido princípio e seus reflexos nos muros do processo do trabalho, sem, contudo, qualquer pretensão de esgotamento do assunto ante a objetividade do artigo.

## 2. O Devido Processo Legal:

### 2.1. Resumo Histórico:

O professor Fredie Didier Jr., trazendo um dado pouco conhecido e explorado pela doutrina, sinaliza que no direito alemão, já em 1037, portanto bem antes de 1215, haveria menção ao que posteriormente seria denominado de devido processo legal<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p.381.

<sup>6</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p.381, nota de rodapé nº 9.

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 17ª ed. Salvador: JusPodivm, p. 64.

De toda sorte, a história do princípio em análise, segundo a doutrina dominante, teve início com a Magna Charta do rei João Sem Terra, no ano de 1215, especificamente em seu artigo 39, in verbis:

39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país<sup>8</sup>.

É oportuno observar que no texto da Magna Charta não há nenhuma menção à consagrada locução inglesa *due process of law*, pois, segundo afirma Nelson Nery Jr<sup>9</sup>, a expressão somente foi utilizada pela primeira vez em determina lei inglesa que data de 1354.

Ainda segundo o festejado doutrinador<sup>10</sup>, posteriormente, antes mesmo de a Constituição Federal americana tratar do tema, algumas constituições estaduais daquele país fizeram menção ao aludido princípio constitucional.

## 2.2. Conceito e Conteúdo:

Conceituar um princípio é tarefa por si só complexa, justamente porque os princípios, ao contrário das regras, tendem a ser flexíveis, escorregadios, de conteúdo mais amplo e aberto.

O devido processo legal, enquanto princípio-chave, mãe, em sua versão formal ou processual - sim, pois como sabido há também a versão material ou substantiva (princípios da razoabilidade e proporcionalidade) - pode ser conceituado como: o direito que os litigantes possuem em processo judicial, administrativo ou mesmo arbitral de terem assegurado que o seu caso será julgado de forma justa, por juiz imparcial, com a observância da mais ampla defesa e o contraditório, em tempo razoável (art. 5º, inciso LIV da CRFB).

O conceito acima, vago e propositalmente impreciso, demonstra com clareza solar que bastaria a mera menção no texto constitucional ao aludido princípio para que os litigantes tivessem assegurados todos os direitos e garantias fundamentais de índole processual, sem precisar fazer menção a qualquer outro princípio (contraditório; motivação das decisões judiciais; ampla defesa; juiz natural etc.).

O princípio do *due process of law* é a maior garantia que o cidadão possui de que não será preso, condenado ao pagamento de determinada importância, ou mesmo obrigado a fazer isso ou aquilo sem um processo justo, presidido por uma autoridade imparcial, com direito, via de regra, a defesa técnica, bem como ciente dos motivos que levaram o juiz a tomar determinada decisão.

<sup>8</sup> Magna Carta do Rei João Sem Terra, do ano de ano 1215 disponível em: <[http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf)>. Acesso em 30.07.2015.

<sup>9</sup> NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61 a 63.

<sup>10</sup> Ibid.



### 3. O Novo CPC:

#### 3.1. UM CÓDIGO “CONSTITUCIONAL”:

O artigo 1º do NCPC à primeira vista soa como algo óbvio e desnecessário, por repetir textualmente aquilo que todos sabem ou deveriam saber, nos seguintes termos:

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.

Não há nada de desnecessário no aludido artigo.

O código foi pedagógico e claro: o NCPC é uma legislação que implícita ou expressamente jamais abandona ou desrespeita a Constituição Federal, devendo os operadores do direito sempre ter em mira os valores e as normas da Constituição.

Como já exposto, não há dúvidas de que às vezes o óbvio precisa ser dito, até mesmo para vencermos definitivamente a crítica bem elaborada de Nelson Nery Jr.<sup>11</sup>:

Entre nós, quando se fala por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria... caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe...

Por esse motivo afirmamos que o NCPC é um código “constitucional”, paradigmático, pensado, concebido e estruturado para concretizar os valores e as normas constitucionais.

#### 3.2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O NCPC:

##### 3.2.1. Art. 9º. Por um contraditório efetivo:

É cediço que o princípio do devido processo legal impõe que os litigantes tenham direito ao contraditório real, substancial, verdadeiro, ou seja, possam contradizer aquilo que foi dito, influenciar na decisão judicial.

Se o juiz ignora o que as partes têm a dizer, não quer ouvir as partes ou simplesmente “finge” que as ouve, diz-se que o contraditório foi meramente formal e, logicamente, inválido.

Além disso, se o juiz primeiro toma a decisão para somente depois ouvir as partes, ressalvado, obviamente, os casos excepcionais onde a mitigação ao contraditório é aceitável, também resta esvaziado o aludido princípio constitucional.

O interessante do artigo em comento é que com exceção daqueles casos em que o contraditório é mitigado, postergado para o futuro, como, por exemplo, no caso de uma

---

<sup>11</sup> Ibid.

tutela de urgência (parágrafo único, inciso I), agora há previsão legal expressa para que a parte contra quem seja tomada a decisão, prejudicada, portanto, seja previamente ouvida.

A oitiva prévia antes da tomada da decisão judicial desfavorável, contrária aos interesses da parte, reflete a concretização do princípio do devido processo legal e de seu princípio derivado, o contraditório.

Nada mais justo. Se não há exceção que justifique (incisos I, II, III), a regra é que a parte prejudicada seja ouvida previamente, sob pena de nulidade da decisão.

### **3.2.2. Art. 10º. O processo é um jogo de cartas na mesa:**

Reza o art. 10 do NCPC:

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.

O artigo ora examinado também representa inovação em relação ao código de 1973.

Agora, pelo NCPC, resta vedado expressamente que o juiz decida com base em fundamento que não restou ventilado nos autos e, portanto, que as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente, ainda que o fundamento seja matéria de ordem pública, analisável de ofício.

Exemplifique-se:

O Juiz verifica, de ofício, que há prescrição, contudo, a prejudicial não foi ventilada pela defesa, por qualquer motivo. Neste caso, considerando que em tese o juiz poderá acolher a aludida prejudicial, antes do acolhimento da prescrição e da extinção do feito com a análise de mérito, o juiz deverá abrir vista as partes para que se manifestem sobre a possível prescrição, em tese. Feito isso, o contraditório será preservado e lei devidamente cumprida, pois as partes tiveram a oportunidade de influenciar na decisão judicial.

O artigo veda a surpresa.

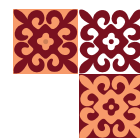
Por isso se diz que o processo é um jogo de cartas na mesa. Seja um fundamento novo, seja fundamento omitido não tratado nos autos, o juiz deverá permitir que as partes se manifestem sobre o tema de maneira prévia e específica, antes da decisão judicial.

Perceba que norma é destinada a qualquer juiz (primeira instância, desembargador ou ministro). Aliás, em relação ao processo nos tribunais há previsão expressa (art. 933).

### **3.2.3. Art. 489. A revolução que se avizinha:**

Não há advogado que não tenha recebido o art. 489 do NCPC com alegria e esperança.





Inegavelmente parcela da jurisprudência a partir de regras meramente práticas, sempre com a escusa do volume de trabalho e outras teses absolutamente menores, culminou por esvaziar o disposto no art. 93, IX da CRFB.

A expressão “o juiz não é obrigado a dialogar com as partes”; o “juiz não é obrigado a rebater teses sucessivas” etc. demonstram o desprezo, a diminuição de um postulado absurdamente importante que é a motivação das decisões judiciais, princípio que deriva diretamente do devido processo legal.

Nos dias atuais, por ora, felizmente, vivemos uma verdadeira epidemia de decisões judiciais sem motivação. Linhas, parágrafos e folhas que se reunidos nada dizem. As decisões de embargos declaratórios, por exemplo, foram resumidas a um “copia e cola” inadmissível.

A decisão judicial, notadamente a sentença, é momento em que o juiz demonstra toda a sua grandiosidade, mostra para a sociedade que a toga está sob seus ombros e que a ela ele faz jus, não por ser uma autoridade, mas por ser juiz.

Naquelas laudas onde vidas são decididas ele precisa mostrar para as partes que leu todas as folhas, analisou todas as provas e concluiu por esse ou aquele caminho, ainda que seja trabalhoso, cansativo, exaustivo, pois, repita-se, ele é juiz.

E como ele o faz?

Através dos fundamentos da decisão judicial.

Ali, naquelas folhas, ele precisa transmitir confiança as partes.

A confiança de que certo ou errado, com base em todos os elementos dos autos, ele concluiu pelo melhor caminho possível. Isso é fazer justiça.

Não é o que vemos nos dias atuais.

Prova disso é o artigo 489 do NCPC, verdadeiro sopro de esperança de que dias melhores virão e a prova concreta de que as coisas estão andando de maneira torta.

Não fosse isso o NCPC não desceria as minúcias, não fulminaria velhas e absurdas práticas judiciais, não emprestaria 1 (um) artigo, 6 (seis) incisos e 3 (três) parágrafos ao tema – motivação das decisões judiciais.

O NCPC apenas destacou que o legislador infraconstitucional, em tempo, se curvou à importância e grandeza do velho conteúdo constitucional (art. 93, IX da CRFB), concedendo efetividade ao princípio da motivação das decisões judiciais.

Algumas distorções práticas precisavam mesmo ser corrigidas.

A mera citação de ato normativo (lei, por exemplo), dissociado de fundamentos que o liguem ao caso concreto, de forma prática, é imprestável; a mera menção a conceitos

jurídicos indeterminados (vício formal “grave”), que justamente por sua indeterminabilidade são vagos, imprecisos, também não servirá mais.

Aquelas velhas práticas de simplesmente dizer que “não há obscuridade, contradição e omissão e, por isso, rejeita-se os embargos declaratórios” ou “ausentes os pressupostos legais indefiro a liminar” estão marcadas de morte, pois o inciso III, do parágrafo 1º, do art. 489 não aceitará tamanha covardia.

O inciso IV, por representar uma verdadeira quebra de paradigma, merece ser transcrito:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Acabou a tese de que o juiz não é obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pelas partes. Agora a obrigação decorre de lei, desde que as teses sejam capazes de influenciar no resultado no julgado.

O julgador, nos termos da lei, agora terá que analisar e responder a todas as teses sucessivas, por exemplo, sempre que capazes de influir no resultado da decisão.

O NCPC aboliu também a recorrente prática de mera transcrição de súmula como razão de decidir, obrigando que o juiz, sob pena de nulidade da decisão, identifique o liame entre o enunciado da súmula e a solução por ele proposta, sempre através da exposição dos fundamentos (vide inciso V).

Na hipótese de o juiz pretender afastar tese sumulada, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deverá demonstrar a patente diferença entre o caso em julgamento e o entendimento por ele superado, sob pena de nulidade. Ou seja, o juiz não poderá, por exemplo, simplesmente ignorar determinada súmula, ainda que sem efeito vinculante. Se quiser fazê-lo deverá expor especificamente o motivo de deixar de aplicar o enunciado, caso contrário nula será a sua decisão (inciso VI).

#### **4. O Processo do Trabalho:**

O Processo do Trabalho, felizmente, também é um servo da Constituição. Contudo, como já expusemos, não há dúvidas de que às vezes o óbvio precisa ser dito.

No caso, é inegável que todos os avanços exemplificativamente acima expostos, assim como diversos outros que o NCPC nos trouxe, são plenamente aplicáveis ao Processo do Trabalho, seja pelo que já dispõe a própria CRFB; o art. 15 do NCPC ou mesmo pelo velho art. 769 da CLT.

É hora do Processo do Trabalho entender que autonomia ou independência não são sinônimos de isolamento. Não à toa o NCPC em seu artigo 15 trouxe simultaneamente



as palavras “supletiva” e “subsidiária”, o que denota que o NCPC não será mais aplicado somente na omissão normativa (subsidiariedade), mas também quando necessário se fizer a modernização e atualização da legislação através de nova leitura (supletividade).

Vale a pena transcrever abalizada doutrina acerca do art. 15 do NCPC, em que pese não concordemos com o sentido empregado às palavras, pois, para nós, subsidiário implica em omissão e supletiva em “releitura”:

O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata<sup>12</sup>.

## 5. Conclusão:

O devido processo legal é um dos principais princípios que tem como objetivo equilibrar a tensão entre a autoridade do Estado e a liberdade dos indivíduos, assegurando aos jurisdicionados o direito a um processo justo, impedindo que estes venham a perder a liberdade ou seus bens sem a oportunidade de participar da formação do convencimento do juiz.

Ao vedar a ausência de contraditório, de decisões fundamentadas e da chamada “decisão-surpresa” ao longo de todo o processo, as normas contidas nos artigos 9, 10 e 489, do Novo Código de Processo Civil, asseguram às partes envolvidas, bem como aos terceiros, a chance de manifestação antes de eventual decisão judicial, devidamente fundamentada, que possa afetá-las.

Os avanços trazidos pelas normas processuais acima citadas, que são vertentes do princípio do devido processo legal, devem ser integralmente aplicados, ainda mais, ao Processo do Trabalho, não só porque o NCPC, através de seu artigo 15, autoriza a sua aplicação, mas principalmente porque tais avanços sempre estiveram presentes na Constituição Federal.

---

<sup>12</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo Por Artigo, São Paulo: RT, 2015, p. 75.

A bem da verdade cabe ao Processo do Trabalho, nesse momento histórico, se valer da regra contida no artigo 15 do NCPC, para encurtar, ainda mais, sua distância com processo civil e se aproveitar de todas as evoluções por este apresentadas.

### Referências Bibliográficas:

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil** – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p.381. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 30.07.2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil** – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p.381, nota de rodapé nº 9. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 30.07.2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 17ª ed. Salvador: JusPodivm, p. 64.

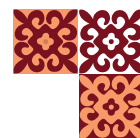
**Magna Carta do Rei João Sem Terra, do ano de ano 1215**. Disponível em: <[http://corvo-branco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvo-branco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf)>. Acesso em 30.07.2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25, 61, 62 e 63.

VELOSO, Zeno. **Controle de Constitucionalidade**, 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo Por Artigo, São Paulo: RT, 2015, p. 75.



# A proibição da Sentença de “Terceira Via” como direito fundamental associado ao contraditório

Rafael Flach<sup>1</sup>

**Resumo:** O texto pretende analisar o direito à proibição de sentença de terceira, suas implicações no âmbito do processo e demonstrar que seu fundamento tem assento constitucional. **Palavras-Chave:** sentença “surpresa” – sentença de “terceira via” – princípio do contraditório.

## 1. Introdução

Em tempos de alteração da legislação processual civil, novas perspectivas se avultam nesse cenário. E uma delas, que adquire relevo, em face de sua positivação, é aquela referente à proibição da “sentença surpresa” ou por “terceira via”.

O art. 10 do Novo Código de Processo Civil positivou a proibição de sentença “surpresa” ou sentença de “terceira via”, vedando ao juiz decidir com base em questão não discutida no processo sem antes oportunizar a manifestação das partes a respeito.

Disposição assim não havia no ordenamento processual civil anterior. Porém, há que pensar se tal imposição não é mera decorrência do direito fundamental ao contraditório.

O problema central deste artigo é, pois, analisar a regra em questão, as suas implicações no âmbito do processo e, por fim, se o seu fundamento é apenas legal ou tem assento na ordem constitucional.

## 2. A proibição da sentença de “terceira via”

Conforme a máxima atribuída a Bulgarus: “*judicium est actus trium personarum, judicis, actoris, rei*”. Se é verdadeiro o brocardo jurídico, de que o juízo se desenvolve com o diálogo entre as partes e o juiz, então é inexorável a ideia segundo a qual se deve vedar qualquer forma de solipsismo processual do magistrado, de modo que cada vez que ele decida conhecer *ex officio* uma questão pertinente ao processo, ou exercer os poderes instrutórios oficiosamente, deve ele conceder às partes a possibilidade de manifestar-se, em respeito ao princípio do contraditório.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Contato: rafael Flach@gmail.com.

<sup>2</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto*

É bem verdade que o formalismo processual ideal requer o modelo cooperativo de processo<sup>3</sup>, em que as partes cooperam com o juiz, assim como o juiz coopera com as partes, na busca do justo desfecho do caso submetido ao debate. Assim, segundo essa concepção, a qual se considera consentânea com o Estado Constitucional<sup>4</sup>, o processo deve se desenvolver mediante constante diálogo entre os sujeitos processuais, de modo a sempre observar o efetivo contraditório.

A colaboração processual impõe ao juiz o dever de submeter ao debate processual toda a questão pertinente e relevante ao julgamento da causa, pois, é bom lembrar, o modelo cooperativo é paritário no desenvolvimento do processo e assimétrico no momento da decisão.<sup>5</sup> Surge, desse modo, a questão pertinente à sentença surpresa ou “por terceira via”, que se verifica quando o magistrado decide com base em fundamento diverso daqueles discutidos no processo ou, ainda, decide de ofício questão de ordem pública ou inverte o ônus da prova, sem antes oportunizar às partes a manifestação a respeito dessas questões.

Desse modo, consentir às partes que desenvolvam suas próprias defesas não pode consistir no conteúdo de uma mera faculdade discricionária, mas numa verdadeira obrigação do magistrado, o qual não pode se considerar autorizado a prolatar sentenças “surpresa” ou sentenças de “terceira via”.

---

*processuale*, Padova: CEDAM, 2010. p. 826.

<sup>3</sup> A propósito, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 89-113; MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011; GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1966. p. 580-609; DIDIER JR., Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 198, ago. 2011. p. 213-25; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação, *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Ed. Dialética, n. 102, set. 2011. p. 62-74; SANTOS, Igor Ratz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil, *Revista de Processo*, n. 192, fev. 2011, p. 47-80; BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil, *Revista de Processo*, n. 198, ago. 2011, p. 455-62.

<sup>4</sup> O Estado Constitucional constitui-se em Estado Democrático de Direito. Entende-se por Estado Constitucional a junção de dois corações políticos: Estado de direito e Estado democrático (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98-100). Como sinteticamente resume Daniel Mitidiero, “para que exista Estado de Direito é preciso que exista *juridicidade, igualdade e segurança jurídica*. A juridicidade visa a constituir o Estado a partir do Direito, tornando-o como medida para sua organização político-social e colocando *todos abaixo* do seu império. A juridicidade do Estado – por conter em si a ideia de Direito – remete à ideia de *justiça*, que de seu turno impõe a necessidade de *igualdade* de todos perante a ordem jurídica. Mas não basta a *juridicidade* para que se conforme o Estado de Direito. Sem *segurança jurídica* esse também não se realiza. [...] Apenas quando esses três elementos se concretizam é que se pode falar em Estado de Direito e, pois, em Estado Constitucional. Para que exista Estado Democrático, impõe-se prestígio à *liberdade* da pessoa e à necessidade de sua *participação* na vida social e no exercício do poder estatal” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p. 60-1). É do valor da participação que se extrai o substrato para o modelo de processo cooperativo (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 269).

<sup>5</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 114.



Tal proibição encontra reconhecimento em sistemas processuais de diferentes outros países. Na Alemanha, por exemplo, existe o *Verbot von Überraschungsentscheidungen*, por força do § 139 ZPO<sup>6</sup>, que proíbe que o juiz possa fundar a própria decisão sobre questões ignoradas ou consideradas insignificantes pelas partes, ou sobre aquelas que o mesmo magistrado valora diversamente em relação a estas últimas, senão depois de ter indicado aos litigantes e depois de ter oferecido a eles a oportunidade de desenvolver suas próprias observações.<sup>7</sup> É o que se denomina, na Alemanha, de direção material do processo (*materielle Prozessleitung*).

Tendo plasmado a figura de um juiz ativo, cuja função não se limita a reconhecer o material fático, jurídico e probatório subministrados pelas partes, o ordenamento alemão impôs ao juiz, igualmente, o dever de advertir ou indicar às partes, oferecendo-lhes a oportunidade de manifestação, acerca de fundamentos ou pontos de vista claramente ignorados por elas, antes de proferir sua sentença. Visa-se a alcançar a justiça do caso concreto.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> “§ 139 Materielle Prozessleitung: (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”. Em vernáculo: “§ 139 – DIREÇÃO MATERIAL DO PROCESSO: (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo adequado suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica da qual a parte não tenha, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Contra o conteúdo dos autos, só é admitida prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder-lhe prazo para posterior esclarecimento por escrito” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 79).

<sup>7</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, p. 827.

<sup>8</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 26-7.

De forma similar, a ordenação francesa, no art. 16 da seção IV do *nouveau code de procédure civile*<sup>9</sup>, veda que o juiz funde sua decisão em fundamentos de direito apreciados de ofício sem haver oferecido previamente às partes a oportunidade de expor suas observações.<sup>10</sup> O ordenamento francês, reconhecendo a máxima *iura novit curia* (art. 12 do *nouveau code de procédure civile*), impõe ao juiz que, ao alterar a qualificação jurídica dos fatos da demanda, ative o contraditório, oportunizando às partes o respectivo diálogo acerca do novo ponto de vista jurídico introduzido na causa.

E, por fim, na legislação italiana, o art. 101, comma 2º, c.p.c.<sup>11</sup>, acolheu *ex positivo iure* tal aspecto do contraditório, cominando a sanção da nulidade à sentença que julgue “a surpresa”, ou seja, fundada sobre uma questão conhecida de ofício ou não indicada às partes para se manifestarem.<sup>12</sup>

No Brasil, norma desse jaez foi introduzida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

O art. 10 do Novo Código de Processo Civil estabelece: “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 regra encontra desdobramentos no art. 493, parágrafo único, e no art. 933 do NCPC.

O art. 493, par. único, prevê: “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 decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

O art. 933 estabelece: “Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias”.

Dessa forma, positivou-se a proibição de sentença “surpresa” ou sentença por “terceira via” no ordenamento processual civil brasileiro.

<sup>9</sup> “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”.

<sup>10</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 827.

<sup>11</sup> “Art. 101. Principio del contraddittorio. Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

<sup>12</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 827-8.





Porém, tal imposição é mera decorrência do direito fundamental ao contraditório, expressão do valor participação, extraído da própria noção de Estado Democrático de Direito. O juiz, pois, já estava obrigado, não só no processo civil como em qualquer sistema processual, em face do contraditório, a conceder às partes a oportunidade de manifestação a respeito de qualquer questão relevante à decisão do processo. O contraditório apresenta-se, portanto, como fundamento central da regra da proibição da sentença de “terceira via”.

### 3 O contraditório como fundamento central da regra da proibição da sentença de “terceira via”

A colaboração processual está assentada no direito de participação dos sujeitos processuais. E o contraditório, nessa linha, se apresenta como o valor positivado da participação. O contraditório revela-se, portanto, o fundamento central da regra da proibição de sentença de “terceira via”. Extrai-se do contraditório a regra segundo a qual ao juiz é vedado julgar com base em fundamento não discutido no processo. Adquire relevo o verdadeiro significado do contraditório: o da efetiva participação das partes no processo.

Essa visão dinâmica do contraditório é fruto de uma nova percepção do direito processual. O resgate da dialética como lógica jurídica<sup>13</sup> revitaliza o sentido problemático do direito.<sup>14</sup> Com efeito, esse novo movimento busca recuperar “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”.<sup>15</sup>

O juízo não se resume ao ato de julgar. Ele compreende a sua formação e esta pressupõe a participação dos sujeitos processuais e, obrigatoriamente, a sua colaboração, guiada pelo contraditório, verdadeiro “strumento di formazione del giudizio”.<sup>16</sup> Há, no processo, uma correspondência entre os seus participantes, que se concretiza mediante a distribuição isonômica de suas posições. E a função do contraditório não se exaure na bilateralidade da audiência. Na verdade, ele constitui a base da busca dialética, conduzida com a colaboração das partes. E essa busca se dirige ao provável e ao razoável, e não ao necessário e inevitável.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> A respeito, Alessandro Giuliani, em relevante ensaio sobre o tema, fixa como premissa a lógica dialética (GIULIANI, Alessandro. *Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25. p. 13-5).

<sup>14</sup> A respeito da temática, vale lembrar que foi Theodor Viehweg quem recuperou o pensamento tópico ou problemático do direito (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 33-5).

<sup>15</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 231.

<sup>16</sup> PICARDI, Nicola. *Lesame di coscienza del vecchio maestro*. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1986. p. 542.

<sup>17</sup> PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 2003. p. 21-2.

A consequência é que o juiz deve conduzir o processo mediante constante diálogo. Logo, o órgão jurisdicional se vê obrigado a debater e a dialogar. Deve, pois, dirigir o processo de forma isonômica, ou seja, colaborando com as partes, obrigando-se a observar deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio em relação aos contendores.<sup>18</sup> Em outras palavras, o direito ao contraditório é mais do que mera garantia de ouvir e ser ouvido, mas é compreendido também como direito de interferir na cognição do juiz e participar da formação da decisão.

A regra do contraditório, segundo essa concepção, opera-se sobretudo *ex ante*, ou seja, antes da decisão, e não, ao invés, *ex post*, isto é, após a definição do processo. Na verdade, conceber o contraditório apenas após a prolação da sentença distorce o verdadeiro sentido da garantia constitucional em uma inaceitável perspectiva reducionista.<sup>19</sup>

E a regra do contraditório impõe ao juiz o papel de garantir o efetivo contraditório. Isso porque apenas mediante o contraditório pode o juiz proferir uma sentença justa.<sup>20</sup> Uma sentença que se pronuncia sobre ponto em que não se deu o contraditório não pode ser considerada justa.<sup>21</sup> Assim, não há dúvida de que a participação das partes favorece a formação da decisão justa, tanto é que, pode-se dizer, onde não há contraditório, não há processo.<sup>22</sup>

Enfim, com o surgimento da proibição da sentença de “terceira via”, a partir do contraditório, nasce o dever judicial de oportunizá-lo em todos os casos em que estiver ameaçada a participação das partes no desenvolvimento do processo e na formação da decisão. Em virtude disso, o âmbito de aplicação da exigência de ativação do contraditório deve ser ampliado, a abranger todas as hipóteses possíveis de cognoscibilidade, compreendendo o inteiro espectro de poderes decisórios do juiz, de modo a possibilitar o contraditório das partes sempre que necessário. É dizer: sempre que o juiz considerar relevante algum

<sup>18</sup> MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 84. Esclarece Mitidiero do que se trata cada dever. O primeiro dever diz respeito ao esclarecimento acerca de dúvidas que tenha o juiz a respeito das alegações das partes. A prevenção concerne ao dever de o juiz prevenir as partes sobre os perigos do processo, como, por exemplo, a frustração do êxito dos pedidos pelo uso inadequado do processo. A consulta refere-se ao dever de o juiz consultar as partes antes de decidir sobre alguma questão do processo que não tenha sido debatida entre os litigantes. Por fim, o auxílio toca ao dever de auxiliar as partes quando diante de eventuais dificuldades que possam frustrar direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais (MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 85).

<sup>19</sup> FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 782. Ainda, afirma Ferri, “il reale significato della garanzia stessa deve essere valutato in una ottica precedente e non [...] posteriore alla decisione” (ibidem, p. 783).

<sup>20</sup> A propósito do tema da justa decisão, cf. ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1958. p. 844-60; CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1950. p. 1-22; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 112, out./dez. 2003. p. 159-76; TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1997. p. 315-28.

<sup>21</sup> FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 782-3 e 790.

<sup>22</sup> FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1989. p. 3. Segundo o autor, “il contraddittorio, ch'è il dire e contraddire, sul piede di simmetrica parità, in ordine a tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone, e dei cui risultati – del contraddittorio, intendo – l'autore dell'atto finale non può non tenere conto” (ibidem, p. 2-3).



elemento fático ou jurídico que não tenha sido objeto de prévio contraditório, deverá possibilitar aos litigantes que se manifestem sobre ele.<sup>23</sup>

### 3.1 Contraditório como limite da máxima *iura novit curia*

O juiz está adstrito ao material fático trazido pelo autor, em face do princípio da demanda.<sup>24</sup> Contudo, não se vincula ao fundamento jurídico invocado pelo demandante, haja vista o adágio *iura novit curia*.<sup>25</sup> Em razão disso, surge o problema de, por ocasião da requalificação do ponto de vista jurídico, o julgador surpreender as partes. Isso porque o fundamento jurídico utilizado pelo juiz como base de sua decisão não foi objeto de discussão entre as partes ao longo do processo.

Ora, tal situação esbarra frontalmente no princípio do contraditório.<sup>26</sup> Eis, então, o limite que encontra a máxima *iura novit curia*. Não pode, pois, o julgador requalificar os fatos da demanda sem permitir às partes que discutam sobre o novo ponto de vista jurídico invocado. É o que requer o ideal formalismo processual, que visa tanto à obtenção da justiça do caso concreto quanto à obtenção de um processo justo. É dizer: o juiz deve ser o diretor formal e material do processo.

Isso porque, em vários casos, a mudança da qualificação jurídica pelo juiz macula o direito de defesa.<sup>27</sup> Assim, afirma Grasso, “a tutela del diritto di difesa può (e, a nostro

<sup>23</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 837-8.

<sup>24</sup> Sobre o tema, conferir CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1. p. 303-38; CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2 p. 693-772; DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 46, jul. 1989. p. 97-115; ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

<sup>25</sup> Há, contudo, quem defenda que o juiz se vincule à qualificação jurídica, como como Isabel Tapia Fernández (TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 121). Contudo, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o juiz não se vincula aos fundamentos jurídicos do pedido. A propósito, cf. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 84-5. Ainda, segundo julgado do Supremo Tribunal Federal, “o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (*iura novit curia*)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 794.759/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 13 abr. 2011. DJ 12 mai. 2011).

<sup>26</sup> Como bem sustenta Eduardo Grasso, a máxima *iura novit curia* não entra em choque com o princípio dispositivo, mas com o princípio do contraditório (GRASSO, Eduardo. Dei poteri del giudice. In: ALLORIO, Enrico (coord.). *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: Utet, 1973. v. 1. p. 1263).

<sup>27</sup> Nas palavras de Junior Alexandre Moreira Pinto, “ao se utilizar o julgador de enquadramento ao ordenamento jurídico de forma diversa ao exposto na inicial, e não discutido na causa, esta nova disposição pode trazer consequências diversas até mesmo na esfera processual, causando surpresa e prejuízo ao réu. A subsunção dos fatos ao plano jurídico representa passagem lógica do raciocínio do julgador para a conclusão e tomada de posição a respeito do assunto. Não pode o réu ser submetido a surpresa com novos argumentos jurídicos que não tenha combatido” (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 86).

avviso, deve) concepirsi il dovere del giudice di proporre alle parti, prima della decisione, la norma o le norme alle quali ritenga di poter riferire il caso concreto, suscitando una discussione sull'applicabilità delle medesime".<sup>28</sup>

Dentro de uma visão cooperativista de processo, embora ressaltada a liberdade do órgão judicial na valoração jurídica dos fatos, as partes podem e devem contribuir nesse mister.<sup>29</sup> Vale dizer: compete ao juiz a qualificação jurídica dos fatos, porém não é apátnio exclusivo dele. O juiz pode, sim, alterar a qualificação jurídica da demanda, desde que, considerado o modelo cooperativo, ative o contraditório, oportunizando às partes a respectiva manifestação.<sup>30</sup>

O que não se pode conceber é, na verdade, que as partes sejam surpreendidas. Nas palavras de Alvaro de Oliveira, o tribunal deve "dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo". Isso significa que a liberdade que o julgador detém na eleição da norma a aplicar, consubstanciada na máxima *iura novit curia*, não dispensa a prévia oitiva das partes acerca do novo ponto de vista imprimido ao processo. O que se pretende preservar é o princípio do contraditório.<sup>31</sup>

Concluindo este tópico, a problemática está muito mais ligada ao interesse público do que ao interesse das partes. Isso porque qualquer surpresa ou inesperado acontecimento só diminui a confiança do cidadão na administração da justiça, o que acaba deslegitimando o Poder Judiciário perante a sociedade civil.<sup>32</sup> A cooperação, portanto, sobreleva-se à "autêntica garantia de democratização do processo", impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação da máxima *iura novit curia* se transformem em "instrumento de opressão e autoritarismo", que podem servir, às vezes, "a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso".<sup>33</sup>

<sup>28</sup> GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967. p. 121.

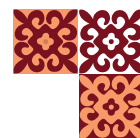
<sup>29</sup> E adverte Alvaro de Oliveira: "Investigação dessa espécie de modo nenhum pode constituir, hoje, labuta exclusiva do órgão judicial. Entendimento contrário significaria transformar o juiz numa máquina, pois, como já se ressaltou com agudeza, dentro de uma concepção puramente silogística o juiz diria às partes *date mihi factum* e às leis *date mihi jus* e, recebidos tais elementos, emitiria a decisão com mecânica indiferença, como um aparelho emissor de bilhetes a toda introdução de duas moedas" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 224).

<sup>30</sup> Ao contrário do que sustenta Junior Alexandre Moreira Pinto, a liberdade do juiz em alterar a qualificação jurídica decorre da máxima *iura novit curia*, mas encontra limites no contraditório, que impõe ao juiz o dever de propiciar às partes a discussão a respeito da nova perspectiva jurídica. De acordo com a linha de pensamento desenvolvida por Moreira Pinto, "a razão pela qual, em determinadas circunstâncias está o juiz autorizado a modificar o enquadramento jurídico da demanda, repousa na observância do direito ao contraditório, e não na regra *iura novit curia* (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 88).

<sup>31</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225-6.

<sup>32</sup> Sobre o tema, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei nº 9.784/99). *Revista de direito administrativo*, Porto Alegre, v. 237, n. jul./set. 2004. p. 271-315.

<sup>33</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.



### 3.2 Contraditório e as questões de ordem pública

Na Itália, o tema provocou certa discussão doutrinária, em torno da previsão do art. 183, 2º comma, do *Codice di Procedura Civile* italiano, que estabelece que o juiz indique às partes “le questioni rilevabili d’ufficio, delle quali ritiene opportuna la trattazione”. A doutrina divergiu em relação a ser um dever ou uma faculdade do juiz tal previsão legal.<sup>34</sup>

Essa última orientação foi rebatida, principalmente, por Andrioli e Denti, que defendiam a existência de uma vinculação no exercício dos poderes decisórios do juiz, cuja inobservância acarretaria a nulidade da sentença que violasse o contraditório, toda vez que o juiz não houvesse oportunizado às partes desenvolverem suas defesas em torno de questões prejudiciais referentes ao processo e questões preliminares de mérito conhecíveis de ofício.<sup>35</sup>

Juntou-se a eles, a partir de “ampla e documentada monografia” (*Contraddittorio e poteri decisorii del giudice*), Corrado Ferri, que, sintetizando a intermédia elaboração doutrinária e indicando, particularmente, as contribuições de Grasso, Montesano, Taruffo e Tarzia, alargou praticamente as hipóteses de nulidade, pela ausência do devido estímulo ao exercício de defesa, a toda sentença baseada em questões conhecidas de ofício.<sup>36</sup>

Partindo de outra perspectiva, embora visando ao mesmo resultado, defendeu Grasso que a obrigação de o juiz ativar o contraditório em relação a questões conhecíveis de ofício decorre do princípio da leal colaboração entre as partes e o juiz<sup>37</sup>, o que, na verdade, não parece de todo estranho à exigência de salvaguardar o correto desenvolvimento do contraditório no processo.<sup>38</sup>

Na verdade, não parece necessário demonstrar que o juiz deva ativar o contraditório em relação a qualquer questão conhecível de ofício que possa influenciar sua decisão final, pelo simples fato de que o contraditório e a participação das partes estariam violados, caso procedesse de forma contrária.

<sup>34</sup> DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1968. p. 217. Segundo Marco Gradi, antes da reforma que introduziu a atual redação do art. 101, comma 2º, do CPC italiano, e até o *revirement* de 2001, a Cassação Civil era contrária a pronunciar a nulidade da sentença “surpresa”, considerando irrelevante, ao final do rito da decisão, a falta de ativação do contraditório sobre questão tardiamente conhecida de ofício. Em particular, argumentando que o art. 183, comma 2º, do CPC italiano, previa simplesmente uma faculdade do juiz de sobrelevar à discussão as questões conhecíveis de ofício que entendesse oportunas ao debate, considerava-se que o juiz tivesse uma mera faculdade em tal sentido, e não uma obrigação censurável com o vício *in procedendo* (GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 828-9).

<sup>35</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 829.

<sup>36</sup> CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 572.

<sup>37</sup> GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1966. p. 608; *Idem*. *La pronuncia d’ufficio*. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967. p. 121.

<sup>38</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 830.

Por estarem latentes no processo, as questões de ordem pública também merecem ser salvaguardadas pelo contraditório. Mesmo podendo ser conhecidas de ofício, o juiz, em respeito ao contraditório, que consubstancia a participação inerente ao Estado Constitucional, deve oportunizar às partes a manifestação acerca das questões de ordem pública.

Isso porque o juiz, desenvolvendo o diálogo, coloca-se no mesmo nível das partes. Assim, à tradicional construção triangular se substitui uma perspectiva de posições paralelas. As atividades dos sujeitos processuais, em última análise, tendem a se identificar, transformando-se em uma única força de operação (*unus actus*) que penetra na matéria *sub judice* em busca da verdade alcançável.<sup>39</sup>

A consequência disso é que a decisão recebe maior legitimação, pois é construída não isoladamente, mas a partir do diálogo e da colaboração das partes. A reflexão do juiz é solidificada, pois ele decide considerando o ponto de vista de ambas as partes.

### 3.3 Contraditório e a inversão do ônus da prova

A extensão da proibição de surpreender as partes, por ocasião da decisão final, alcança, ainda, a disciplina do ônus da prova.

A distribuição do ônus da prova objetiva, primeiro, estruturar a atividade probatória das partes (função subjetiva) e, segundo, possibilitar que o juiz, na insuficiência de provas, decida a causa, na medida em que é defeso o *non liquet* (função subjetiva). A primeira constitui regra de instrução; a segunda, regra de julgamento.<sup>40</sup>

A distribuição do ônus da prova pode se dar de forma fixa ou dinâmica. A primeira ocorre quando a legislação estabelece o que as partes deverão provar. Assim, o art. 373 do NCPC define que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A legislação, ainda, de modo a facilitar a defesa de determinada posição jurídica da parte, pode possibilitar a inversão do ônus da prova em certas oportunidades. A inversão ocorre sempre *ope judicis*, pois, quando a lei distribui o ônus da prova de forma diversa da tradicional, o que se tem é simples atribuição de ônus da prova, e não inversão.<sup>41</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, por exemplo, permite essa inversão, “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, de forma a facilitar a defesa dos direitos básicos do consumidor.

O Novo Código de Processo Civil inova igualmente ao introduzir a regra do art. 373, § 1º, do CPC: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas

<sup>39</sup> GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1966. p. 609.

<sup>40</sup> CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

<sup>41</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 86.



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”.

Além de a decisão que inverte o ônus da prova dever ser motivada (art. 93, IX, da CRFB), outro requisito para a sua inversão é a possibilidade de prova pela parte onerada pela inversão. Vale dizer, a prova da alegação pela parte onerada não pode ser diabólica, ou seja, impossível ou de difícil produção.<sup>42</sup> A nova legislação, inclusive, no § 2º do art. 373 estabelece essa vedação: “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

A distribuição dinâmica do ônus da prova ou a dinamização do ônus probatório, por sua vez, constitui a delegação ao juiz do dever de estabelecer o encargo probatório em razão do caso concreto. O juiz, nesse caso, fixará o ônus da prova a quem detiver melhores condições e maior aptidão para produzi-la.<sup>43</sup>

Muitas vezes a prova se torna diabólica para uma das partes, pois apenas a parte contrária tem condições ou aptidão de produzi-la. Nesse caso, em virtude do direito fundamental ao processo justo, impõe-se a dinamização do ônus probatório, de modo que o encargo recaia sobre a parte que reúne condições de melhor produzi-la.

Por força da máxima *iura novit curia*, pode o juiz entender que se aplique qualificação jurídica diversa da invocada pela parte. É o caso, por exemplo em que se muda o título da responsabilidade, de contratual para extracontratual, ou vice-versa, com óbvia consequência em matéria de ônus da prova.<sup>44</sup>

Ainda, há situações em que se afigura necessária a inversão do ônus da prova ou a sua dinamização em virtude da especificidade do caso concreto. Nesses casos, o juiz se depara com uma situação especial em que uma das partes está em melhores condições e detém maior aptidão de produzir a prova.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 88.

<sup>43</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 89.

<sup>44</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 838.

<sup>45</sup> A respeito do tema da dinamização do ônus da prova, discorre Daniel Mitidiero: “Deveras, à vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar (tal como está no art. 333, CPC). Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo, ao nosso devido processo legal processual, implicar direito fundamental à prova, de dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Cumprirá o órgão judicial, dessarte, com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 127). Consultar, ainda, a importante obra de CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Assim, em todas essas situações, em respeito ao contraditório e, por consequência, em razão da proibição da sentença de “terceira via”, de modo a não surpreender as partes, deverá o julgador comunicá-las a respeito, oportunizando, desse modo, a efetiva manifestação das partes.

A decisão deverá ser motivada, em razão do art. 93, IX, da Constituição da República. Além disso, a decisão deverá ocorrer *ex ante*, ou seja, antes da instrução, porquanto constitui a inversão ou a dinamização do ônus da prova regra de instrução, e não regra de julgamento.

### 3.4 Contraditório e a regra da eventualidade

Em decorrência da necessária ativação do contraditório, poderá ocorrer de as partes necessitarem, em algumas hipóteses, precisar a própria demanda e defesas, ou ainda indicar novos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos. Talvez, ainda, surja a necessidade de produzir-se documentos novos, de realizar requerimentos instrutórios e assim por diante.<sup>46</sup>

O necessário respeito ao princípio do contraditório impõe que se consinta às partes a possibilidade de desenvolverem completamente as próprias defesas em consequência do surgimento de novas questões não antes colocadas no confronto dialético e, em particular, de permitir a elas alegarem novos fatos, produzirem posteriores documentos, deduzirem outros meios de prova, modificarem a demanda e exceções já formuladas.

Trata-se de decorrência lógica do princípio do contraditório, principalmente a partir do momento em que se torna obrigatório consentir às partes a possibilidade de se manifestarem inclusive sobre questões não discutidas no processo e que poderão influir ou fundar a decisão. Aliás, seria um contrassenso consentir às partes que reagissem ao “*rilievo officioso*” sem possibilitar que desenvolvessem completamente suas defesas. Nas palavras de Marco Gradi, “consentire soltanto una difesa ‘monca’ equivale, per lo meno in alcuni casi, a non consentire alcuna difesa”.<sup>47</sup>

Desse modo, sobreleva-se a necessidade de mitigar a regra da eventualidade no processo, possibilitando às partes exercerem efetivamente o contraditório.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 838.

<sup>47</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 834-6.

<sup>48</sup> A propósito da regra da eventualidade, afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, “na sua versão mais rigorosa a máxima importa a concentração de atos processuais e declarações de vontade tanto do autor quanto do réu, inclusive de natureza diversa e até incompatíveis entre si, a serem consideradas na eventualidade de não acolhida a anterior, determinando inclusive, independentemente da natureza da ação aforada, a precisa indicação na petição inicial da *causa petendi* remota e próxima”. Ainda, afirma o autor, “a concentração de atos processuais, decorrente da aplicação da regra da eventualidade, representa ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir da melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo. Constitui, não há dúvida, proteção contra a chicana, a demora e a ocultação da situação fática, acarretadas pelo transcurso do tempo. Todavia, implica também o risco da exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.





É de se observar, contudo, o óbice do 329 do Novo Código de Processo Civil, que estabelece marco definidor da estabilização da demanda, quando, após o saneamento do processo, o objeto litigioso do processo não mais poderá ser alterado. A regra é anacrônica frente ao contexto cultural do Estado Constitucional, pois ignora os direitos fundamentais da razoável duração do processo e do processo justo. Perdeu-se a oportunidade, com a edição do novo código, de alterar a velha regra do art. 264 do CPC de 1973. Impende, pois, sua alteração via reforma legislativa, de modo a possibilitar que a demanda e a defesa sejam modificadas, sempre que o contraditório for ativado.

#### 4 A nulidade da sentença de “terceira via”

A polêmica acerca da nulidade da sentença que se funda em questões não discutidas pelas partes no processo e, portanto, que violaria o contraditório, foi bastante discutida pela doutrina italiana.

Aliás, o principal opositor da tese da nulidade da sentença “supresa” foi Sergio Chiarloni, que a considerava um pernicioso caso de “*formalismo delle garanzie*”, fruto de uma verdadeira “*involuzione culturale*”. Dizia que as garantias constitucionais do processo estavam sendo vistas e celebradas por si mesmas, com indiferença soberana ao contexto e aos escopos principais do processo.<sup>49</sup>

Embora admita que o juiz não detenha ampla liberdade de usar seus poderes decisórios oficiosamente<sup>50</sup>, afirma que não é lícita a imposição de sanção de nulidade à sentença que se funde em questão conhecida de ofício não discutida anteriormente. Chiarloni vê, pois, o problema sob uma ótica posterior à decisão. E afirma:

se la sottoposizione alle parti ad opera del giudice non costituisce mai una condizione necessaria per l'esplicazione del diritto di difesa sulla questione rilevabile d'ufficio [...], mi sembra lecito affacciare la conclusione che la mancata sottoposizione non può indurre nullità della sentenza per trasgressione del principio del contraddittorio.<sup>51</sup>

230 e 232). Sobre o tema, cf., ainda, MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução por Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 96-7; RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SEGNI, Antonio. Il principio di eventualità. In: \_\_\_\_\_. *Scritti giuridici*. Torino: UTET, 1965. v. 1; TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

<sup>49</sup> CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 570.

<sup>50</sup> Afirma o autor que se o problema se coloca sob a ótica precedente à decisão, ou seja, antes de sua prolação, parece, sem dúvida, o momento de colocar, entre os deveres (não discricionários, mas obrigatórios) de um juiz que preside um processo bem ordenado e endereçado a emanção de provimentos justos, aquele de indicar às partes, a fim de aprofundarem, na mútua dialética processual, todas as questões conhecíveis de ofício, sejam atinentes a *quaestio facti*, sejam atinentes a *quaestio iuris*. É de fato claro, continua o autor, que também sobre tais questões, o contraditório pode ser de grandíssimo auxílio para que o juiz se encaminhe a dar a correta solução. Todavia, obtempera Chiarloni, as coisas mudam de figura se se coloca o problema sob uma ótica posterior à decisão. (CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 573-5).

<sup>51</sup> CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 578.

Chiarloni não considera, portanto, como condição necessária ao direito de defesa que o juiz submeta às partes as questões conhecíveis de ofício. Além disso, entende que a indicação pelo juiz dessas questões não é inerência direta do contraditório, vindo apenas em segundo lugar, ou seja, para remediar uma carência imediatamente imputável às partes. Na verdade, em se tratando do dever de solicitar a prévia discussão sobre questões que pertencem ao patrimônio do *comune sapere* de todos os sujeitos do processo, afirma Chiarloni, o princípio que vem em consideração é o da colaboração do juiz com as partes, cuja transgressão não comporta a nulidade da sentença.<sup>52</sup>

Ferri rebateu as críticas de Chiarloni e defendeu que a garantia ineliminável da efetividade do contraditório não pode ser entendida reduzidamente segundo uma ótica posterior à decisão, centrada exclusivamente sobre sua injustiça, enquanto o correto desenvolvimento do processo é, na realidade, necessário para se obter uma decisão justa.<sup>53</sup> Na verdade, afirma Ferri, a premissa pela qual se move Chiarloni deforma o verdadeiro significado da regra do contraditório, que opera e deve operar-se sobretudo *ex ante*, ou seja, antes da decisão; considerá-la, ao invés, *ex post*, acaba distorcendo o sentido da garantia constitucional em uma inaceitável perspectiva reducionista.<sup>54</sup>

Contudo, continua Ferri, nem toda violação ao contraditório relativa a qualquer fundamento de fato ou de direito comporta a nulidade da sentença, mas apenas aquela violação que efetivamente priva a parte da faculdade de se defender em relação a fundamento de fato ou de direito relevante para a decisão. Entendido o contraditório como aquele método realmente indispensável à formação dialética da decisão, a nulidade da sentença não subsiste se o contraditório se destina a discutir elementos irrelevantes para a sua formação. Portanto, o critério idôneo a delimitar a área da nulidade é aquele que diz com a relevância da questão ou do ponto decidido sem o respectivo contraditório. Enfim, a relevância subsiste se o ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou direito fundamental à decisão.<sup>55</sup>

Desse modo, a norma que impõe a sanção de invalidade contém, também, a enunciação de um dever positivo do juiz, ou seja, o de garantir o contraditório no processo. Realmente, ao limitar o exercício do poder de decidir, a norma configura o dever de ad-

<sup>52</sup> CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 578.

<sup>53</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 830. Ver, *supra*, nota 107.

<sup>54</sup> FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 782. Ainda, afirma Ferri, "il reale significato della garanzia stessa deve essere valutato in una ottica precedente e non [...] posteriore alla decisione" (*ibidem*, p. 783).

<sup>55</sup> FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 784. No mesmo sentido, afirma Marco Gradi que não haverá nulidade quando a questão conhecida de ofício não influenciar a decisão. Desse modo, não basta alegar a violação genérica ao direito de defesa, é necessário indicar em concreto qual atividade defensiva deixou de ser desenvolvida. Além disso, a parte deve ter interesse em que a nulidade seja declarada, ou seja, não é possível que seja decretada a nulidade da decisão "a sorpresa" se a parte não lamenta em concreto a falta do exercício de uma específica faculdade processual (GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, p. 840-2).



vertir as partes quanto ao específico objeto do contraditório e de provocá-lo ativamente. Sob esse aspecto, não parece exaustivo colocar o problema em termos de mera *utilidade* da sanção. Assim, se o juiz, em geral, observa o dever a ele imposto, a inobservância, que dá lugar à sanção de invalidade, deve se dar apenas em via de exceção.<sup>56</sup>

E cumpre destacar que o princípio da taxatividade não impede a invalidade da decisão, na medida em que a nulidade decorre da violação do contraditório, sendo considerada, pois, uma nulidade extraformal.<sup>57</sup> Nesse sentido, também, observam Edoardo F. Ricci<sup>58</sup> e Luigi Paolo Comoglio<sup>59</sup> que a nulidade decorrente da violação do contraditório é extraformal, prescindindo, portanto, de expressa previsão legal.

Assim, na ausência de norma que preveja a nulidade da sentença que não oportuniza o contraditório em relação à questão fundamental para a decisão do processo, a caracterizar um vício *in procedendo* e uma verdadeira e própria nulidade formal, constrói-se o entendimento de que a simples violação ao contraditório já é suficiente a invalidar a sentença dita “surpresa”, por consistir tal violação uma nulidade propriamente chamada de extraformal.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 789. Afirma, ainda, Corrado Ferri: “Ocorre ben distinguere tra il dovere del giudice di garantire il contraddittorio – ela correlativa affermazione di diritti delle parti – dalla conseguenza della sua violazione: non si può ridurre il significato della garanzia a quest'ultimo aspetto, poichè non è affatto *inutile*, se opera come sanzione deterrente ossia per indurre il giudice a rispettare il contraddittorio prima di decidere” (ibidem, p. 782). Em sentido contrário, defende Sergio Chiarloni: “Sul piano dell'appello, appare subito chiaro che la censura relativa alla mancata attivazione del contraddittorio non può essere di alcuna utilità per il soccombente, qualora costui non abbia motivo di lamentare la sostanziale ingiustizia della sentenza impugnata (CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 580).

<sup>57</sup> GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 836.

<sup>58</sup> RICCI, Edoardo F. La sentenza *della terza via* e il contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 750. Afirma o autor: “il principio della tassatività delle nullità riguarda le nullità così dette *formali*, non anche le nullità così dette *extraformali*; e le nullità discendente dall'avvenuta violazione del principio del contraddittorio come garanzia fondamentale è (almeno in linea di massima) *extraformale*. Il carattere di garanzia fondamentale, che è propria del principio del contraddittorio, per l'appunto a questo deve condurre: alla nullità della sentenza in caso di violazione, anche quando non siano ravvisabili vizi formali nella decisione stessa o nel corso del procedimento” (*loc. cit.*).

<sup>59</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Terza via* e processo giusto. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 755. Conforme o autor: “la violazione del principio del contraddittorio si inquadra fra le nullità c.d. *extraformali*, nei cui confronti i principi consacrati nel cit. art. 156 (eccezion fatta, forse, per quello di *chiasura*, sancito nel comma 2º) non sono direttamente invocabili. Possono, dunque, ben configurarsi – come si sostiene, pacificamente, anche in altri ordinamenti (tanto di *civil*, quando di *common law*) – nullità non testuali (o, se si preferisce, virtuali), geneticamente derivanti da garanzie costituzionali (quali sono, appunto, quelle a presidio della difesa e del contraddittorio), i cui effetti, a prescindere da qualsiasi sanzione testuale prevista da norme ordinarie, sono di per sé cogenti e inderogabile per tutti (ed, in particolare, per i giudice, funzionalmente sottoposti al principio di legalità)” (ibidem, p. 755-6).

<sup>60</sup> A propósito, afirma Marco Gradi que toda vez que não se oportunizar um contraditório efetivo, verificar-se-á um vício *in procedendo*, caracterizador de uma “vera e propria nulità ‘formale’ del procedimento”, pois, “secondo un'altra e più condivisibile prospettiva, alla regola di cui all'art. 156, comma 2º, c.p.c., che invero sancisce la nullità dell'atto processuale comunque privo dei ‘requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo’” (GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 836-7). Aliás, ressalta Comoglio que “laddove lo si legga *in positivo*, il divieto di pronunzia delle c.d. *sentenza a sorpresa*, basate como si diceva sull'opzione del giudice per una *terza via* (comunque diversa da quella che ciascuna delle parti ebbe a tracciare in contraddittorio con l'altra), si traduce – in alcuni sistemi di *civil law* a noi particolarmente vicini – in un preciso *dovere* del giudice (la cui inosservanza è deducibile) di provocare preventivamente il contraddittorio pieno delle parte su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d'ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronunzia”

## 5 A proibição da sentença de “terceira via” como direito fundamental associado

Na busca por critérios para definir o que faz uma disposição ser um direito fundamental, Robert Alexy afirma que são três os critérios capazes de defini-lo: material, estrutural e/ou formal. Um critério que associa aspectos materiais e estruturais, concebido por Carl Schmitt, define os direitos fundamentais como aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado. E mais, tem como estrutura a dos direitos individuais de liberdade. Segundo, ainda, Alexy, tal conceituação possui inconvenientes, pois pressupõe uma determinada concepção de Estado, sendo incerto que tal concepção seja a concepção de determinado país, como, no caso de Alexy, a Alemanha. Por isso, prefere o autor o critério formal, segundo o qual um direito fundamental é definido pela forma de sua positivação. É dizer: as disposições de direito fundamental são aquelas concebidas pela Constituição como normas de direito fundamental.<sup>61</sup>

Contudo, indaga-se Alexy se o conceito adotado não é um tanto estreito. Na verdade, demonstra Alexy que as normas de direito fundamental possuem, em geral, conteúdo indeterminado. E a indeterminação é de duas espécies: semântica e estrutural. É semântica em relação aos termos; e estrutural em relação à forma de implementação das disposições. Em razão disso e a partir de um processo de “refinamento”, é possível construir normas que precisam as normas de direito fundamental estabelecidas pelo texto constitucional, sendo, assim, a elas associadas. Logo, conclui Alexy que as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois tipos: normas de direito fundamental previstas no texto constitucional e normas de direito fundamental associadas.<sup>62</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, § 2º, estatui que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, “essa norma permite, por meio da aceitação da ideia de fundamentalidade material, que outros direitos, ainda que não expressamente previstos na Constituição e, por maior razão, não enumerados no Título II, sejam considerados direitos fundamentais”.<sup>63</sup>

Como se percebe, a Constituição “institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material”.<sup>64</sup> Com efeito, a “fundamentalidade material [...] decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. Essa noção permite, pois, “a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não

---

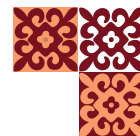
(COMOGLIO, Luigi Paolo. *Terza via e processo giusto. Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 758).

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 66-9.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 69-73.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 130.

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 130.



constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal”<sup>65</sup>

A par disso, o exercício que aqui se pretendeu engendrar é o de estabelecer, a partir das lições de Robert Alexy, que a proibição de o juiz surpreender as partes na decisão ou de prolatar sentença de “terceira via” decorre diretamente do direito fundamental ao contraditório e, portanto, a ele se associa. Isso porque a disposição constitucional que garante o contraditório tem em seu conteúdo certa indeterminação (tanto semântica quanto estrutural). Indaga-se: qual o significado do termo “contraditório”; como essa garantia se implementa? Essas indagações são respondidas (e procurou-se respondê-las ao longo do artigo) por meio do refinamento que a norma de direito fundamental recebe, cujo resultado parece ser o estabelecimento da regra da proibição da sentença de “terceira via” como direito fundamental associado.

## Conclusão

O contraditório apresenta-se como fundamento central da regra da proibição da sentença de “terceira via”, adquirindo relevo seu verdadeiro significado: de efetiva participação das partes no processo.

Amplia-se, assim, o campo de aplicação da exigência de ativação do contraditório ao inteiro espectro de poderes decisórios do juiz, de modo a possibilitar, sempre que necessário, o contraditório das partes no processo.

Pontualmente, a primeira manifestação da proibição da sentença de “terceira via” repousa na necessidade de ativação do contraditório, nas hipóteses de requalificação jurídica da demanda, em razão da máxima *iura novit curia*.

Além disso, deve o juiz possibilitar o exercício do contraditório, mesmo em relação às questões de ordem pública, não consistindo tal proceder mera faculdade do julgador.

A extensão da proibição de surpreender as partes alcança, ainda, a disciplina do ônus da prova. Assim, sempre que houver sua inversão ou dinamização, o contraditório deverá ser oportunizado.

Em decorrência da necessária ativação do contraditório, poderão as partes modificar a própria demanda e as defesas, flexibilizando, dessa forma, a regra da eventualidade, ressalvado o óbice do art. 329 do Novo Código de Processo Civil, que precisa ser revisto pelo legislador infraconstitucional, diante do contexto cultural do Estado Constitucional, que impõe, principalmente, a observância do direito à duração razoável do processo e do direito ao processo justo.

---

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75.

A sentença que viola o contraditório é nula. Porém, apenas comporta a nulidade da sentença aquela violação que efetivamente priva a parte de se defender em relação a fundamento relevante para a decisão.

Por fim, considerando o direito fundamental ao contraditório e a partir das lições de Robert Alexy, constrói-se regra da proibição da sentença de “terceira via” como verdadeiro direito fundamental associado ao contraditório.

A proibição de o juiz surpreender as partes ou de prolatar sentença de “terceira via” decorre, pois, diretamente do direito fundamental do contraditório e, portanto, a ele se associa.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 89-113.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil, **Revista de Processo**, n. 198, ago. 2011, p. 455-62.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. I.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: **Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2 p. 693-772.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle



- garanzie”. **Rivista di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 1987. p. 569-84.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Terza via e processo giusto**. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 2006. p. 755-62.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Porto Alegre, v. 237, n. jul./set. 2004. p. 271-315.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre: AJURIS, n. 46, jul. 1989. p. 97-115.
- DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1968. p. 217-31.
- DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- \_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**, São Paulo: RT, v. 198, ago. 2011. p. 213-25.
- FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1989. p. 1-11.
- FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 1988. p. 780-95.
- GIULIANI, Alessandro. Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25. p. 13-34.
- GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 2010. p. 826-48.
- \_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 186, ago. 2010. p. 109-60.
- GRASSO, Eduardo. Dei poteri del giudice. In: ALLORIO, Enrico (coord.). **Commentario del codice di procedura civile**. Torino: Utet, 1973. v. 1.
- \_\_\_\_\_. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1966. p. 580-609.
- \_\_\_\_\_. **La pronuncia d'ufficio**. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Pressupostos sociais, lógicos e étici-

cos. São Paulo: RT, 2009.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. **Iura novit curia**. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 2003. p. 7-22.

\_\_\_\_\_. L'esame di coscienza del vecchio maestro. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1986. p. 536-43.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: RT, 2007.

RICCI, Edoardo F. La sentenza **della terza via** e il contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, 2006. p. 750-4.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Igor Ratz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil, **Revista de Processo**, n. 192, fev. 2011, p. 47-80.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGNI, Antonio. Il principio di eventualità. In: \_\_\_\_\_. **Scritti giuridici**. Torino: UTET, 1965. v. 1.

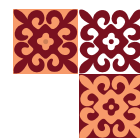
TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada**. Madrid: La Ley, 2000.

TESORIERE, Giovanni. **Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile**. Padova: CEDAM, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e Partes dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Ed. Dialética, n. 102, set. 2011. p. 62-74.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.





# Dos Negócios Processuais Previstos no Novo Código de Processo Civil e sua aplicabilidade ao processo do trabalho, à luz da dimensão participativa, da boa-fé objetiva e do princípio da proteção

Rafaella Souza Oliveira Costa\*

**Resumo:** O Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de as partes negociarem mudanças no procedimento legal, com o objetivo de melhor atenderem às suas necessidades e conveniências. Pauta-se na autocomposição, permitindo-se convenções de diversos âmbitos: com relação a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, quer seja em fases pré-processual ou processual. O mesmo dispositivo, em seu artigo 15, disciplina a possibilidade de aplicação subsidiária das regras insculpidas ao Processo do Trabalho, dentre elas, também as que envolvem os negócios processuais. Contudo, tendo em vista o caráter peculiar do Processo do Trabalho, que resta permeado pelas regras protetivas do Direito do Trabalho, a primeira dúvida que surge é a se seria possível – ou, até mesmo, compatível – a permissão de convenções de tal natureza, vez que os sujeitos da relação processual não se revestem de igualdade de posições. Para analisar esta questão, mister elucidar se a interveniência do Estado, na regulamentação processual, é necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e da preservação da dignidade da pessoa humana. Demais disso, não se pode fugir do relevante papel do princípio da proteção, como norteador das relações de trabalho e da boa-fé, como elemento sem o qual não se imprime validade aos negócios processuais. **Palavras-chave:** Negócio processual. Aplicação. Processo do Trabalho.

## 1 Introdução

O arcabouço da conjuntura processual ao longo dos tempos denota que o Estado não vem desempenhando o seu papel de pacificador social a contento e demonstra que o modelo processual, até então adotado, encontrava-se revestido de medidas deveras burocráticas, morosidade, falta de efetividade e eficácia, o que gerou uma cadeia de insegurança jurídica.

Como contraponto a tal cenário, o Novo Código de Processo Civil traz um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, normatizando ferramentas de fiscalização para o comportamento dos mesmos.

Demais disso, propõe que o processo ofereça o máximo de aproveitamento de sua atividade e viabiliza, por conseguinte, a formação do intitulado processo democrático

justo, através da elevação da influência das partes na preparação e formação do provimento judicial.<sup>1</sup>

Nesse desiderato, encampa a normatização do Modelo Multiportas (ou Comparticipativo/Cooperativo), com meios integrados de solução dos conflitos, bem como aprimoramento da conciliação e da mediação.

A previsão emana da base principiológica do processo cooperativo/coomparticipativo, sempre à luz da boa-fé objetiva e processual. E tal escopo veio a bom tempo, face o evidente asoberbamento da demanda do judiciário, proveniente da hiperjudicialização, reflexo de uma conduta notadamente litigiosa. Mas, tal modelo teria aplicação ao Processo do Trabalho, face o princípio basilar da proteção?

## **2 Negócios processuais. Princípio da proteção. Aplicabilidade ao processo do trabalho?**

Compreender a dimensão dos negócios processuais no ordenamento jurídico a partir da vigência do NCPC perpassa, inicialmente, pela análise de um elemento basilar: o autorregramento da vontade. Fredie Didier ensina que o autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico.

O referido autor sintetiza o autorregramento da vontade (ou autonomia privada) em quatro vertentes: liberdade de negociação (possibilidade de efetivar negociações prévias antes da consumação do negócio), liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos), liberdade de estipulação (possibilidade de estipular o conteúdo do negócio) e liberdade de vinculação (faculdade de subsunção ao negócio). E avança, defendendo que o autorregramento de vontade não se limita à atuação no campo da vida privada, sendo também elemento presente no âmbito processual.

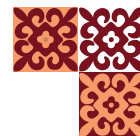
É sobre essa égide que o Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de coexistência entre a liberdade individual e o poder do Estado-Juiz, na formação de um ambiente processual que permita a autorregulação dos direitos das partes sem restrições.

Esta ideologia caracteriza o modelo de comparticipação (ou modelo cooperativo relido do processo), através de um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, como v.g. a boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões e o formalismo democrático. Construído está na premissa da otimização do funcionamento processual.

À medida em que, de um lado, cria ferramentas de fiscalização para o comportamento de todos os sujeitos, de outro, propõe que o processo ofereça o máximo de aproveitamento de sua atividade. Assim, viabiliza a formação do processo democrático justo,

---

\* Advogada. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC/MG. Pós-Graduada em Docência do Ensino Superior pela UNIFACS-LAUREATTE.



elevando o patamar de influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o litígio em juízo.

Com este sistema, tenta-se evitar que os conflitos fiquem sem solução, construindo-se a melhor e mais viável solução para as demandas. Deste modo, os negócios processuais surgem como um ideal que possibilita a ampliação do acesso à justiça em todos os seus aspectos, pois o seu modelo permite um aumento na resolução dos conflitos que afligem e abalam a sociedade, além de aplicar o direito da melhor forma para todas as partes envolvidas e para o caso concreto.

A convenção processual aplicada no âmbito laboral pode efetivar o direito ao acesso à justiça, haja vista que, ao preconizar a busca pela construção da solução para os envolvidos, possibilita uma aproximação dos cidadãos com o judiciário e a consecução da justiça.

Crucial compreender de que maneira haverá incidência do instituto dos negócios processuais ao Processo do Trabalho, vez que, notadamente, tal instituto, fomentado no Novo Código de Processo Civil, pauta-se na ampliação da autonomia da vontade das partes em relação ao procedimento processual.

Apenas a existência da regra insculpida no art. 15 do Novo Código de Processo Civil, a qual aborda a aplicabilidade subsidiária dos seus dispositivos ao Processo do Trabalho, não possui o condão de tornar aplicável ao Processo do Trabalho as negociações processuais. Desse modo, mister estudar o modelo de gerenciamento processual insculpido e seus reflexos e aplicabilidades no Processo do Trabalho, à luz do sistema participativo, da boa-fé e do princípio da proteção.

É cediço que o Processo do Trabalho é regido por peculiaridades, vez que lida com a tutela de direitos sociais que envolvem o trabalho humano e a própria dignidade da pessoa humana, revestidas pela sua força motriz: o labor.

Mario de La Cueva ensina que a finalidade imediata do Direito do Trabalho é elevar os níveis de vida dos homens para que possam desfrutar do espetáculo da natureza dos bens produzidos pelo trabalho material e intelectual de nossos antepassados e pela ação criadora daqueles que convivem conosco. (1965, p.9)

Com efeito, tal ramo do Direito possui regramentos e princípios impositivos e limitadores, dirigidos não ao apenas ao Estado, mas também aos particulares. Ingo Wolfgang Sarlet elucida: cumpre aceitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade). Tal consideração justifica-se pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude jus-

tamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores.

Nessa perspectiva, o Direito Laboral possui como ontologia originária a proteção ao trabalhador, cuja acepção não se limita à hipossuficiência, assentando-se de maneira primordial sobre o patamar da dignidade da pessoa humana.

Para Plá Rodriguez (2000, p.83), o princípio da proteção é critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho, de modo que o seu objetivo corresponde na produção de uma igualdade material por meio de leis protecionistas para com o mais fracos, revelando o compromisso com a igualdade substancial.

É nesse perfilar que se deve analisar a aplicabilidade dos negócios processuais no Processo do Trabalho, tema este que reflete debruçamento especial, posto que a visão anterior à nova sistematização do NCPC trazia um paradigma mitigado e sob o viés mais recorrente da mediação e da arbitragem.

Conforme ensinam Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra, há claramente uma mudança de perspectiva: o que antes era exceção, passa a ser regra e a intervenção publicista do julgador se torna excepcional. Especialmente no que toca ao domínio das relações de trabalho operar-se-ia a desconstrução de uma sistemática de funcionamento do rito processual, marcado pela intervenção principal do juiz compensando a hipossuficiência do trabalhador – o que é potencializado pelo fato de ainda hoje ser admitido o jus postulandi na justiça do trabalho -, para que fosse implantado o novo modelo.

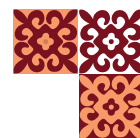
Inobstante os negócios jurídicos perpassem também por estes meios de autocomposição, constituem-se em vias de amplitude e dimensões macro, que não se podem limitar a apenas tais técnicas alternativas.

Os negócios processuais possibilitam a construção de uma gestão participativa do processo, sendo propulsores de eficiência e economia, tanto no processo individual, como numa visão macro de gestão judiciária. Atribuem, pois, previsibilidade, uma programação e administração do Judiciário, as quais podem ser adotadas em vários segmentos, como alocação de recursos, controle de custos, fixação de metas.

Havendo-se a possibilidade de coadunar tudo isto com a informatização do processo, pode-se incrementar a própria programação administrativa do Judiciário. E, principalmente, ao contrário de representarem uma renúncia de acesso à justiça, as convenções processuais representam um reforço do acesso à justiça.

Não se pode tecer o prejuízo de que todo acordo processual será feito para prejudicar o trabalhador. É possível, por exemplo, que se construam convenções para ampliar prazos processuais em favor do trabalhador ou que se possa atribuir a competência a um foro mais benéfico ao trabalhador.

Neste paradigma, soa razoável que, mesmo na Justiça do Trabalho, que tem um grau de indisponibilidade superior à seara civilista, assegure-se a admissibilidade genérica dos



negócios processuais, cabendo ao juiz a verificação casuística da sua compatibilidade com a ideologia protetiva, ínsita ao processo do trabalho.

As diferentes circunstâncias que abarcam o acesso à justiça revestem-se nitidamente de fatores econômicos, culturais, sociais e justificam as posições diferenciadas entre empregado e empregador nos processos.

Dessa forma, na seara laboral, o papel que o Estado desempenha é o de regulação social, com o objetivo de compelir a mercantilização do trabalho humano. Por regulação social do trabalho, Krein entende o conjunto de normas e instituições que foram criadas num determinado país no sentido de reduzir o desequilíbrio presente na relação capital-trabalho.

#### 4 Conclusão

Pode-se concluir que os negócios processuais, como previstos no Novo Código de Processo Civil, ao passo que potencializam a autonomia da vontade das partes sobre o procedimento, acabam por minimizar a intervenção do julgador.

Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2012, p. 167) defende que, ao Poder Judiciário Trabalhista fora atribuídos importantes papéis na regulação social do trabalho, notadamente “solucionar conflitos surgidos no âmbito da sociedade civil e do Estado” e também “fixar parâmetros relativamente claros acerca do sentido da ordem jurídica imperante nessas realidades sociais institucionais”.

Através do processo, tal função civilizatória e agregadora é expressa, interferindo na forma de condução para o procedimento judicial trabalhista. Através do processo, também se possibilitará a conquista de meios relativos à dignidade da pessoa humana do trabalhador na solução dos conflitos trabalhistas.

A CLT destaca regras que reverberam a atuação mais destacada dos magistrados, retirando a validade de manifestações de vontade das partes, quando representarem violações ou ameaças a direitos. Isto para compensar a hipossuficiência do trabalhador.

Isto quer dizer que a utilização dos institutos que permeiam os negócios processuais no processo do trabalho deve estar imbuída pela lógica do princípio da proteção, bem como da boa-fé.

Assim, a dinâmica dos negócios processuais, no Processo do Trabalho, perpassará pelo crivo da concretização dos princípios basilares do Direito do Trabalho, na perspectiva da promoção e manutenção o trabalho digno.

#### 5 Referências

MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um Processo Civil Cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo.** Tese (Doutora-

do em Direito). Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Justiça do Trabalho e sistema trabalhista: elementos para a efetividade do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves e DUTRA, Renata Queiroz. **A Aplicação das Convenções Processuais do Novo CPC ao Processo do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**, in O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GRAVATÁ, Isabelli. **A aplicação da conciliação e da mediação do novo código de processo civil no processo do trabalho, à luz do acesso à justiça**, in O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FILHO, Manoel Carlos Toledo. **OS PODERES DO JUIZ DO TRABALHO FACE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, em O Novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho, Elisson Miessa (org.). Salvador: JusPodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

CUEVA, Mario de La. **Panorama de Direito do Trabalho.** Porto Alegre: Sulina, 1965.

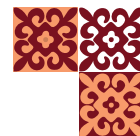
NOVO CPC – Fundamentos e Sistematização/ Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron – Rio de Janeiro, Forense, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acessado em: 24 de agosto de 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html)

MENEGATTI, Christiano Augusto. **O Jus Postulandi e o Direito Fundamental de Acesso à Justiça.** São Paulo: LTr, 2011.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.



# Reflexões Filosóficas sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar e o Projeto do Novo Código de Processo Civil

Rodolfo Pamplona Filho<sup>1\*</sup>

Charles Barbosa<sup>2\*\*</sup>

**Resumo:** A proposta do presente artigo é tecer considerações sobre o ato de julgar, dando ênfase à distinção necessária entre neutralidade e imparcialidade, com base em marcos teóricos da filosofia contemporânea, bem como desmistificando a concepção cotidiana de neutralidade como um elemento do papel social do magistrado.  
**Palavras-Chaves:** Filosofia do Processo. Ato de Julgar. Neutralidade e Imparcialidade

**Abstract:** The purpose of this paper is to comment the act of judging, emphasizing the necessary distinction between neutrality and impartiality, based on theoretical frameworks of contemporary philosophy, as well as demystifying the concept of neutrality as an everyday element of the social role of the magistrate.  
**Keywords:** Process Philosophy. Judging Act. Neutrality and Impartiality.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Sobre a essência humana do processo. 3. Neutralidade e Imparcialidade – distinção necessária. 3.1. Os signos “Neutralidade” e “Imparcialidade”. 3.2. “Neutralidade” – a perspectiva filosófica. 4. Independência e imparcialidade como imperativos categóricos da garantia da ampla defesa e do contraditório. 5. Os desvios de imparcialidade. 6. A neutralidade como um mito necessário ao papel social do juiz.

## 1. Introdução

A proposta do presente artigo é tecer considerações filosóficas sobre o ato humano de julgar.

---

<sup>1</sup> Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho do Curso JusPodivm. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

<sup>2</sup> Assessor Jurídico do Ministério Público Federal. Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutorando na Pós-Graduação em Direito Público da UFBA (matricula especial). Especialista em Direito Constitucional com formação para o magistério superior pela UNISUL/IBDP. Especialista em Sistemas de Informação com formação pela Carl Duisberg Gesellschaft-Alemanha. Professor da Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências.

Todavia, o objetivo não é fazer uma reflexão dogmática com base na normatização positiva, mas, sim, enfatizar a distinção necessária entre neutralidade e imparcialidade, com base em marcos teóricos da filosofia contemporânea.

Nessa linha, buscar-se-á desmistificar a concepção cotidiana de neutralidade, identificando-a mais como um mito necessário do papel social do magistrado do que como uma realidade fática.

Para isso, porém, será necessário relembrar a essência humana do processo, que é o primeiro tópico a ser enfrentado.

## 2. Sobre a essência humana do processo

A reflexão sobre qualquer tema que envolva o devido processo legal demanda, *prima facie*, compreender que as regras e princípios que lhe são subjacentes direcionam-se a garantir a prestação jurisdicional hígida, tendente a solucionar problemas que impedem ou dificultam a convivência social, desenvolvida, como cediço, por meio de relações intersubjetivas.

As questões que atingem o Judiciário são deflagradas a partir da disputa por determinado bem da vida, seja por sua negação ou violação. Protagonizam tais disputas espíritos que, dominados por sentimentos, vêm-se incapazes para a composição social do conflito, notadamente em uma sociedade que, cada vez mais, subalterniza o respeito pelo outro.

Tal conjunto de sentimentos contrapostos se transmuda na demanda que é submetida à apreciação de outro espírito que, também sente e vive a mesma sociedade e, por conseguinte, desenvolve sentimentos em relação a ela.

Trata-se de debate humano, em cujo âmbito, por muitas vezes, se revelam inumanas<sup>3</sup> as razões de desejar, demandar e, até mesmo, decidir.

Quanto mais relevante para a sociedade o bem em disputa, exsurge com maior intensidade a chama das paixões que aquece os argumentos, os quais, lançados nas peças processuais, revelam-se, por muitas vezes, incapazes de transmitir com fidedignidade elementos aptos a sustentar as teses vertidas.

---

<sup>3</sup> Inumanidade não no primeiro sentido destacado por Lyotard, ao indagar: “é se, por um lado, os humanos, no sentido do humanismo, estão em vias de, constringidos, se tornarem inumanos?”, mas sim na perspectiva da inumanidade “infinitamente secreta, de que a alma é refém”. E confessa Lyotard: “Acreditar, como aconteceu comigo, que a primeira possa substituir a última, dar-lhe expressão, é cair no engano. A consequência maior do sistema é a de fazer esquecer tudo o que lhe escapa. Mas a angústia, o estado de um espírito assombrado por um hóspede familiar e desconhecido que o agita, fá-lo delirar mas também pensar – se pretendemos excluí-lo, se não lhe damos uma saída, agravamo-lo. O mal-estar aumenta com esta civilização, a exclusão com a informação”. (Lyotard, Jean-François. O Inumano: Considerações sobre o tempo. [Tradução: Ana Cristina Seabra / Elisabete Alexandre]. Coleção Novos Rumos., 2ª. ed., Lisboa/Portugal. Editorial Estampa, 1997, p. 10.).





É que não é dado ao ser humano a capacidade de impedir o sentimento, mas tão somente a frágil habilidade de camuflar a manifestação do sentir, sobretudo porque o ato de não sentir é, em si, um sentimento.

Assim, o que se capta do mundo pode trazer alegria, tristeza ou indiferença, mas sempre deslocará o espírito em relação ao seu centro, local onde, ademais, jamais esteve e jamais estará, sobretudo porque não existe vida sem sentimento, ainda que não se tenha consciência alguma do que seja o sentir.

O simples fato de não se incomodar ou de ignorar representa deslocamento em relação ao “marco zero”. E não existem humanos no marco zero, considerada a sua acepção de *locus* vazio de sentimentos e emoções, em que habita uma espécie de lógica que não produz qualquer sentido apto a ser captado pelas razões humanas.

O processo, de outra sorte, é um *locus* humano, marcado por sentimentos, sensações e desejos, construído com o desiderato de resolver o movimento das paixões, afastar os interesses distanciados da moral, por fim, preservar ou restaurar, na medida do possível, a integridade das relações intersubjetivas em jogo.

Cada ato processual praticado pelas partes corresponde a golpes desferidos em uma batalha<sup>4</sup>, cuja destinação não é outra senão a de ferir o adversário, decerto que em sua razão, seus argumentos e em seu desejo.

A atuação do juiz, de igual sorte, não ocorre no campo da suspensão absoluta dos sentimentos, em que a pura lógica opera implacável; antes desenvolve-se em meio a sensações de poder e impotência, conhecimento e ignorância, certeza e dúvida, exatamente coerente com a falibilidade humana, nos exatos termos do pensamento de Calamandrei, *verbis*:

Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e conseqüências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?<sup>5</sup>

<sup>4</sup> “Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o “contraditório”, e é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida; a propósito disto é interessante notar que também duelo, como dúvida, vem de “duo”. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de duas estradas, dois bravos se combatessem para puxar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente” (CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias Do Processo Penal* [Tradução, JOSÉ ANTONIO CARDINALLI], 1995, CONAN, disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/04092007/doctri06.pdf>. Acesso em 25.jan.2010).

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 175-176.

Há ainda que se considerar que na era da liberdade o mister de julgar é ainda mais susceptível a influências:

Dá vontade de dizer que, para um magistrado, é mais difícil manter sua independência em tempos de liberdade do que em tempos de tirania.

Num regime tirânico, o juiz, se estiver disposto a se dobrar, só poderá se dobrar numa direção – a escolha é sempre simples, entre servilismo e consciência.

Mas em tempos de liberdade, quando as correntes políticas sopram em oposição de todos os lados, o juiz se vê exposto como a árvore no alto do morro; se não tem tronco bem sólido, a cada vento que sopra corre o risco de se curvar para um lado.<sup>6</sup>

Dessa forma, é possível que o Juiz se mantenha afastado das influências políticas e decida não as considerar na sua atividade judicante. Trata-se, pois, de elementos externos, que o ser humano, ainda que seja alto o preço a pagar, possui a capacidade de neutralizar.

Por outro lado, as influências internas, decorrentes das convicções do magistrado, da tradição, dos preconceitos etc. traduzem-se em sentimentos, que não se colocam à disposição da racionalidade humana para fins de sua neutralização. Assim como a tristeza e a alegria, os preconceitos e as convicções, hauridas na vivência familiar e social, integram o próprio ser humano, como componentes indissociáveis da sua estrutura.

O que há, portanto, no campo do processo, são seres humanos que, com seus medos e frustrações, delegam a decisão acerca de suas incompatibilidades a outro ser humano ou, a um colégio de homens, que, também com seus medos e frustrações, possuem sobre si a difícil missão de produzir, sob a luz do ordenamento jurídico e dos valores presentes na sociedade, uma solução marcada pelas influências internas que atuam sobre a própria falibilidade humana.

O mister de julgar o próximo somente pode ser considerado algo fácil por aqueles que ainda não deram conta da missão que paira sob suas cabeças e, por conseguinte, não se importam com os destinos da sociedade. Como Carnelutti advertiu: “nenhum ser humano que refletisse sobre o que seria necessário para poder julgar um outro aceitaria ser juiz. Mas encontrar juízes é preciso, e este é o drama do direito. Isto deveria estar sempre presente na mente de todos os juízes e jurisdicionados no transcurso do ato em que se resume o processo”.<sup>7</sup>

Portanto, o processo é um campo de sentimentos, onde não há qualquer possibilidade de neutralidade humana, no sentido amplo do vocábulo.

---

6 Idem. p. 248.

7 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010. p. 49. Aduz, ainda, “Os cruxifixos que, graças a Deus, ainda se inclinam sobre as cabeças dos juízes nas sessões das Cortes Judiciárias estariam bem melhor à sua frente, porque assim teriam, diante de si, a imagem da vítima mais insigne da justiça humana a lhes pedir contas das próprias iniquidades. Somente a consciência das suas próprias injustiças pode ajudar a um juiz a ser mais justo”.



### 3. Neutralidade e Imparcialidade – distinção necessária

Cumprida essa rápida análise do humano no campo de processo, é preciso examinar os traços distintivos entre “neutralidade” e “imparcialidade”, com vistas a verificar se a “neutralidade”, muitas vezes referida como algo ao alcance do magistrado, relaciona-se em alguma medida – ou até mesmo confunde-se em algum ponto – com a imparcialidade que lhe é exigida.

#### 3.1 Os signos “Neutralidade” e “Imparcialidade”

O exame distintivo que se pretende desenvolver restaria comprometido caso não se promovesse incursão semiótica, sobretudo porque aos signos lingüísticos e verbais “neutralidade” e “imparcialidade” são atribuídas pelos dicionaristas correspondências, que, acaso transportadas ao plano do processo, implicariam significativa desvirtuação da significação pretendida.

Tal exame não pretende - até porque os limites deste escrito não permitem - o estudo da teoria dos signos. Todavia, importa referir à dicotomia de sistemas de signos desenvolvida por Ferdinand de Saussure, segundo a qual a língua e a escrita consubstanciam dois sistemas distintos, entre os quais se estabelece uma relação de dependência caracterizada pela função deste último de representar o primeiro. Porém, para Saussure, o que ocorre, em verdade, é a usurpação do papel principal pela representação, o que enseja a atribuição de maior importância à representação do signo vocal do que ao próprio signo, com a crença de que, para se conhecer alguém, melhor seria contemplar a fotografia do que o rosto.<sup>8</sup>

No particular, são elucidativas as palavras de Jacques Fontanille, ao cotejar o signo saussuriano com o signo peirciano:

Enquanto Saussure concebia o signo como pressuposição recíproca entre duas faces distintas, Peirce o definia, desde o princípio, por uma relação assimétrica: *aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém*. Geralmente se diz que o o signo saussuriano é diádico (duas faces, um significante e um significado) e o signo peirciano, triádico. Contudo, examinando atentamente a definição proposta pelo próprio Peirce, constata-se que ela contém, de fato, *quatro elementos*: (1) “aquilo” que representa (2) “algo” (3) “para alguém” e (4) sob “certo modo”, ou “aspecto”.<sup>9</sup>

Fontanille esclarece, outrossim, acerca da exclusão do “referente” da definição do signo empreendida por Saussure, em contraponto com a importância atribuída por Peirce

<sup>8</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de Linguistique Générale*. Paris: Payot, 1955. p. 44. Esclarece Saussure que “Langue et écriture sont deux systèmes de signes distincts ; l’unique raison d’être du second est de représenter le premier ; l’objet linguistique n’est pas défini par la combinaison du mot écrit et du mot parlé ; ce dernier constitue à lui seul cet objet. Mais le mot écrit se mêle si intimement au mot parlé dont il est l’image, qu’il finit par usurper le rôle principal ; on représentation du signe vocal qu’à ce signe lui-même. C’est comme si l’on croyait que, pour connaître quelqu’un, il vaut mieux regarder sa photographie que son visage”.

<sup>9</sup> FONTANILLE, Jacques. *Semiótica do Discurso*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 39.

ao atribuí-lo um papel essencial, conforme, de fato, verifica-se do seguinte excerto da obra de Charles Sanders Peirce, destacada por Fontanille <sup>10</sup>:

Um signo, ou representâmen, é aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria, na mente dessa pessoa, um signo equivalente, ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado, denominado *interpretante* do primeiro signo. O signo representa alguma coisa, seu *objeto*. Representa esse objeto não em todos os seus aspectos, mas com referência a um tipo de idéia que eu, por vezes, denominei *fundamento* do *representâmen*.

Nesse contexto, importa examinar algumas definições localizadas nos léxicos, em cujo âmbito se verifica, em certa medida, relação de coincidência ou sinonímia entre o conteúdo do signo “neutralidade” e o conteúdo do signo “imparcialidade”, circunstância que influencia sobremaneira a nossa percepção, na construção dos significantes e dos significados.

Inicia-se, de logo, com crítica desenvolvida acerca da definição lançada no dicionário organizado por Aurélio Buarque de Holanda.

Veja-se a definição de neutro naquele léxico:

**neutro.** [Do lat. *neutru*] Adj. 1. Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; neutral. 2. Que julga sem paixão; imparcial, neutral. 3. Diz-se de nação cujo território as potências se comprometem a respeitar em caso de guerra entre elas. 4. Não distintamente marcado ou colorido. 5. Indefinido, vago, distinto, indeterminado. 6. Que se mostra indiferente, insensível, neutral. 7. *Gram.* Diz-se do gênero das palavras ou nomes que, em certas línguas, designam os seres concebidos como não animados, em oposição aos animados, masculinos ou femininos. ~ V. cor -a, elemento -, ponto -, pressão -a, rocha -a e verbo. *S. m.* 8. *Eletr.* Num circuito de corrente alternada, condutor permanentemente ligado à terra e que tem potencial constantemente igual a zero. [Cf. *nêutron.*]<sup>11</sup>

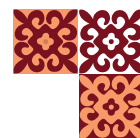
Em recorte das duas primeiras conceituações, quais sejam: (“1. Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; neutral. 2. Que julga sem paixão; imparcial, neutral.”), sustentou-se que:

[...] as diversas acepções gramaticais do termo já seriam suficientes para demonstrar a enorme complexidade da discussão acerca da neutralidade, notadamente se encarada sob uma ótica leiga. [...] *Data venia* do ilustre dicionarista, ousamos discordar do seu entendimento de que neutro e imparcial sejam sinônimos, pelo menos do ponto de vista jurídico-político. <sup>12</sup>

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1853. p. 1399.

<sup>12</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social* in “O



Ao relacionar a neutralidade com o julgamento “sem paixão” e “neutro” tem-se que o ilustre dicionarista não se distanciou em importante monta da essência dos signos envolvidos, porquanto a ausência de paixão é, de fato, uma forma de neutralidade – o que se pode discutir, no particular, é se é possível ao humano despojar-se de suas paixões, de modo a providenciar um julgamento neutro; todavia, tal reflexão situa-se fora do alcance epistemológico que aqui se busca atingir.

Por sua vez, o estabelecimento de correspondência entre os signos “neutro” e “imparcial” merece, ainda que não evidente, a referida crítica lançada no sentido de se discordar que “neutro e imparcial sejam sinônimos, pelo menos do ponto de vista jurídico-político”. (grifou-se).

É que, de fato, não é tão somente do ponto de vista jurídico-político que a imparcialidade afasta-se da correspondência à neutralidade. Basta que se compulse o próprio dicionário referido na busca pelo conceito de “imparcial”, *verbis*: “Imparcial. [De im-2 + parcial.]. Adjetivo de dois gêneros. 1. Que julga desapaixonadamente; reto, justo. 2. Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem. ~ V. estimador —”<sup>13</sup>. (grifou-se).

Percebe-se, pois, que basta a mera alteração de perspectiva e os signos do sistema escrito deixam de representar o mesmo signo, para passarem a corresponder a distintos conteúdos, o que, a toda evidência, provoca percepções e, conseqüentemente, significações diversas. Vale dizer, na linha desse raciocínio, ao se buscar pelo “neutro” é-se conduzido ao “imparcial”, todavia, ao se buscar pelo “imparcial”, não se encontraria o “neutro”.

E não se está aqui a defender que a estrada semiótica que parte de um signo e conduz ao outro é inexoravelmente idêntica àquela que parte deste último até o primeiro. Todavia, ao se estabelecer uma sinonímia, não se pode afastar tal correspondência, sobretudo porque “sinônimo” “diz-se de palavra ou locução que tem a mesma ou quase a mesma significação que outra.”<sup>14</sup>

Assim, não se revela indicado, salvo em situações que sugiram pretensões específicas, que ao se buscar criar na mente de alguém um signo equivalente à idéia de “imparcialidade”, possa-se lhe transmitir o signo escrito “neutralidade” e que ao se objetivar a formação da imagem de neutro, não se possa representar o que pensamos ser “imparcial”.

Tal incongruência conduz à distorção do sistema de valores, decorrente da interação das percepções do mundo “interior” e do mundo “exterior”, responsáveis por, respectivamente, produzir os significantes e os significados.<sup>15</sup>

---

Trabalho. O Trabalho, Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

<sup>13</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op cit.* p. 1853.

<sup>14</sup> Idem. p. 1853.

<sup>15</sup> FONTANILLE, Jacques. *Semiótica do Discurso*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 38. Refere o autor que “a questão tratada por Saussure pode ser reduzida a dois pontos essenciais: (1) a relação entre a percepção e a significação. A partir de nossas percepções emergem significações; nossas percepções do mundo ‘exterior’, de suas formas físicas e biológicas, produzem significantes. A partir de nossas percepções do mundo

Nada obstante, é preciso observar que nem sempre essa distorção do sistema de valores produz reflexos negativos na sociedade.

### “Neutralidade” – a perspectiva filosófica

Diante do que até aqui se examinou, faz-se necessário recorrer a reflexões filosóficas, para que se possa desprender as amarras que, na conceituação geral, conectam o que é “neutro” ao “imparcial”, mas não o que é “imparcial” ao “neutro”.

Veja-se, a propósito, a conceituação apresentada por Japiassú & Marcondes:

Neutralidade (do lat. Medieval *neutralitas*);

1. Em um sentido geral, isenção, imparcialidade, recusa a tomar partido em relação a posições opostas ou em conflito. (grifou-se).

Em um sentido mais específico, as concepções que defendem a neutralidade das teorias científicas defendem a idéia de que essas teorias devem ser neutras quanto à constituição da realidade em si mesma, ou seja, não devem partir de nenhum pressuposto ontológico.

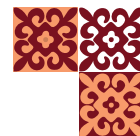
Em epistemologia, discute-se contemporaneamente a pretensa neutralidade do conhecimento científico. A ciência seria neutra na medida em que é factual, descritiva, isto é, preocupa-se com a descrição e a explicação dos fenômenos, sem emitir juízos de valor, sem fazer prescrições. Porém, deve-se reconhecer que o conhecimento científico, situado em um contexto histórico-social, corresponde a interesses, valores, preconceitos, dos próprios indivíduos e grupos que produzem esse conhecimento e da sociedade que os aplica e utiliza. A ciência não estaria assim imune a elementos ideológicos, não poderia ser neutra. (grifou-se).

O princípio da neutralidade científica é o princípio segundo o qual os cientistas estariam isentos e imunes, em nome de sua racionalidade objetiva, de formular todo e qualquer juízo de valor, de manifestar toda e qualquer preferência pessoal e, conseqüentemente, de ser responsáveis pelas decisões políticas relativas ao uso de suas descobertas.<sup>16</sup>

Verifica-se, pois, que Japiassú & Marcondes também estabelecem, no campo das generalidades, a correspondência entre o “neutro” e o “imparcial”. No particular, não será

‘interior’, conceitos, afetos, sensações e impressões formam-se os significados; (2) a formação de um sistema de valores. Os dois tipos de percepções entram em interação, e essa interação define um sistema de posições diferenciais, sendo cada posição caracterizada segundo dois regimes de percepção: o conjunto é chamado, então, sistema de valores.” E aduz: “Paralelamente à teoria do signo, uma teoria da significação vem à tona em Saussure. Essa teoria, especialmente por meio da noção de ‘imagem’ (imagens acústicas, visuais, mentais e os[íquicas]), está enraizada na percepção. O percurso que vai da substância à forma, do qual se reteve apenas o resultado final, é, de fato, o percurso que vai do mundo sensível ao mundo significante”

<sup>16</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 200



possível empreender o exame na perspectiva de retorno, realizado no âmbito da obra de Holanda, já que não consta do referido dicionário de filosofia o verbete “imparcialidade” ou “imparcial”.

Todavia, até pela natureza do léxico filosófico, observa-se que os autores situam o neutro no campo da epistemologia e sustentam a total influência do contexto-social, dos valores, preconceitos etc., que afastam a possibilidade de neutralidade científica, sobretudo pela impossibilidade de imunização em relação aos elementos ideológicos. Indaga-se: Há humano em ação racional, que não esteja sob a influência de alguma ideologia?

Emprega-se o vocábulo “ideologia” no sentido de sistemas crenças de grupos sociais, a significar um conjunto de idéias, princípios e valores que refletem uma determinada visão de mundo, orientando uma forma de ação, sobretudo uma prática política.<sup>17</sup>

Com essa perspectiva, sem desejar realizar digressão a respeito das identidades, realidades e valores, desenvolvida por Saussure, impõe-se destacar a possibilidade de ser tratar coisas idênticas como diferentes e coisas diferentes como idênticas, sempre considerada a carga valorativa que se atribui ao signo. E assim revela-se possível afirmar que a “imparcialidade” é “neutralidade”, caso ao primeiro signo seja atribuída a carga valorativa do segundo, máxime porque as significações dependem do contexto em que o signo é empregado.

Nessa perspectiva é que Saussure utiliza a representação do “cavalo” no Jogo de Xadrez e sustenta que, na sua materialidade pura, deslocado de sua casa e das demais condições do jogo, não representa nada para o jogador, não se tornando elemento real e concreto, senão quando estiver revestido de seu valor e fazendo corpo com ele. De igual sorte, outro objeto, sem qualquer semelhança com a peça “cavalo”, uma vez colocada na respectiva casa e a ela atribuída o valor do “cavalo”, será tratada como idêntica ao cavalo.<sup>18</sup>

Tais reflexões aplicam-se, em toda a sua extensão, ao que se busca delinear no presente escrito, porquanto, ainda que as distinções já se façam mostrar no campo da generalidade, o *locus* de aplicação da neutralidade e da imparcialidade aqui considerado é aquele afeto às decisões judiciais, ambiente em que só é possível afirmar que o magistrado pode ser neutro se, com isso, esteja-se desejando atribuir à neutralidade a carga valorativa da imparcialidade, operação que, ademais, pode, a uma primeira vista, relevar-se por demais despicienda e inapropriada, todavia, em contexto específico poderá representar significativo agregado à teoria e à *praxis* processual, especialmente no que concerne à atuação do magistrado e à imagem do Poder Judiciário.

<sup>17</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 141.

<sup>18</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de Linguistique Générale*. Paris: Payot, 1955. pp. 154-155. “Enfin, toutes les notions touchées dans ce paragraphe ne diffèrent pas essentiellement de ce que nous avons appelé ailleurs des valeurs. Une nouvelle comparaison avec le jeu d'échecs nous le fera comprendre (voir p. 125 sv.). Prenons un cavalier : est-il lui seul un élément de jeu ? Assurément non, puisque dans sa matérialité pure, hors de sa case et des autres conditions du jeu, il ne représente rien pour le joueur et ne devient élément réel et concret qu'une fois revêtu de sa valeur et faisant corps avec elle. Supposons qu'au cours d'une partie cette pièce vienne à être détruite ou égarée : Peut-on la remplacer par une autre équivalente ? Certainement: non seulement un autre cavalier, mais même une figure dépourvue de toute ressemblance avec celle-ci sera déclarée identique, pourvu qu'on lui attribue la même valeur. [...]”.

Impõe-se considerar, pois, a necessidade de se invocar o pensamento de Edmund Husserl para sustentar a possibilidade de neutralidade humana diante de uma situação de conflito, importando, todavia, advertir que a suspensão de juízos (epoché, epokhé ou εποχή) é uma ação que pode se afirmar impossível de ser atingida em toda a sua extensão, sobretudo porque o objetivo do pensar fenomenológico é o alcançar da essência (*eidós*), limite da redução eidética.

Dessa forma, a essência, que se localiza no Ser (*Sein*) próprio de determinado indivíduo como o que (*Was*) ele é, resta conduzida ao mundo das idéias (*in Ideen gesetzt*). A intuição empírica (*Erfarrende Anschauung*) ou individual (*individuelle*) pode ser transformada em visão de essência (*Wesensschauung*) ou ideação (*Ideation*).<sup>19</sup>

Assim, essa “suspensão de juízo” no campo fenomenológico não implica a neutralidade no sentido amplo e irrestrito, mas sim pretende a “contemplação desinteressada”, alusivas aos interesses naturais na existência, abstendo-se de emitir juízos sobre ela, sem, todavia, pô-la em dúvida. Trata-se da neutralidade filosófica, não transportável ao plano empírico da decisão.

Na verdade, como adverte Jose Ferrater Mora, a “ausência de pressupostos” não se refere à constituição da realidade, mas às doutrinas ou idéias sobre ela. Para o filósofo, seria este o sentido atribuído por Husserl e, por isso mesmo, não se pode afirmar que tal neutralização seria impraticável, já que é necessário considerar a que se refere a “*actitud neutral*” implicada en la neutralización de referencia. Si dicha actitud es una actitud ante ideas, nociones, “posiciones”, etc., no parece inconveniente admitir la posibilidad de una neutralización. Si, en cambio, se refiere a “situaciones básicas”, la neutralización parece difícil, si no imposible.<sup>20</sup> (grifou-se).

<sup>19</sup> HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Hamburg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009. p. 13. “Zunächst bezeichnete ‘Wesen’ das im selbsteigenen Sein eines Individuum als sei Was Vorfindliche. Jedes solches Was kann aber ‘in Idee gesetzt’ werden. Erfahrende oder individuelle Anschauung kann in Wesensschauung (Ideation) umgewandelt werden – eine Möglichkeit, die selbst nicht als empirische, sondern als Wesensmöglichkeit zu verstehen ist. Das Erschaute ist dann das entsprechende reine Wesen oder Eidos, sei es die oberste Kategorie, sei es Besonderung derselben, bis herab zur vollen Konkretion”.

<sup>20</sup> FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964. p. 277. “El concepto de neutralidad, y el “neutralismo” resultante, puede usarse también en otro sentido: en el de la “ausencia de supuestos” (la Voraussetzunglosigkeit a que se han referido muchos filósofos alemanes). En este caso la neutralidad se refiere no a la constitución de la realidad, sino a las doctrinas o ideas sobre la misma. En este sentido Husserl ha hablado de neutralidad en cuanto neutralización (Neutralisierung), o sea em cuanto “modificación de neutralidad” (Neutralitätsmodifikation). Consiste ésta en el acto de “desconectar” toda tesis relativa al mundo natural y colocarla entre paréntesis (VÉASE), haciéndola de esta manera “neutral” con respecto a cualquier supuesto y hasta con respecto a cualquier afirmación (Ideen, § 31). La “modificación de neutralidad” es, según Husserl, aquel tipo de modalidad que descarta toda “modalidad doxal” a la cual se refiere, pero en forma completamente distinta de la mera negación, la cual es positiva y no “neutralizante”. La modificación en cuestión no suprime nada ni “hace nada”: es sólo, dice Husserl, la contraparte consciente de toda ejecución o acto, es decir, su “neutralización” (ibid., § 109). Se ha discutido a este respecto (y en otros respectos) hasta qué punto es posible una completa neutralización frente a toda “posición” o “negación”. Es común estimar que tal neutralización es impracticable, pero hay que tener en cuenta a qué se refiere la “actitud neutral” implicada en la neutralización de referencia. Si dicha actitud es una actitud ante ideas, nociones, “posiciones”, etc., no parece inconveniente admitir la posibilidad de una neutralización. Si, en cambio, se refiere a “situaciones básicas”, la neutralización parece difícil, si no imposible.”





Sustenta, pois, que a neutralidade alusiva a todo o suposto de caráter ontológico não é só possível, “*sino que es indispensable para que se ponga en marcha el pensamiento filosófico. En efecto, éste no sería filosófico si no comenzara desde las “raíces”, es decir, si no descartara todo supuesto (ontológico) que se presenta ante él con pretensión de verdad.*”

Adverte, todavia, que:

[...] *la “neutralidad ontológica” en cuestión es sólo la condición indispensable para que haya un verdadero punto de partida ontológico, el cual de este modo no será simplemente dado, sino “asumido” en la forma de “ser radicalmente pensado”. En otros términos, el pensamiento filosófico es neutral sólo en cuanto que, al empezar a funcionar, deja de serlo. Ello distingue el pensamiento filosófico del científico, en el cual es en principio imposible la neutralidad en el sentido aquí indicado.*<sup>21</sup>

Nesses termos, a neutralidade possível ao Juiz é aquela que representa a “suspensão do juízo” e o encontro com a essência, ação que o desloca de sua posição de poder e o auxilia a perceber o calor das angustias das partes, subjacente à frieza dos autos. Viabiliza-se, assim, a percepção do magistrado no sentido de que aqueles que submetem suas demandas são seres humanos como ele e como tal devem ser tratados. Traz, enfim, o Juiz ao campo do humano simples, para que perceba que a única coisa que o diferencia do homem do povo é a investidura no poder, que, um dia, haverá de lhe faltar.

Enfim, a essência do humano que deve buscar o juiz no campo do processo – cuja compreensão constitui condição de qualidade na apreciação da demanda – relaciona-se com a denominada neutralidade subjetiva, consubstanciada no tratamento igual das partes, sem que se empreenda discriminação negativa de qualquer sorte. Exigir, por sua vez, a neutralidade em relação aos princípios que decidiu abraçar para a condução de sua vida, bem como das influências que, de forma consciente ou inconsciente, incidem sobre seu modo de pensar e agir, equivale a pedir-lhe que elimine os seus próprios caracteres humanos, a sua própria essência.<sup>22</sup>

#### **4. Independência e imparcialidade como imperativos categóricos da garantia da ampla defesa e do contraditório**

No cenário do processo, o espírito do Juiz deve se orientar pelo princípio do dever, em linha com o imperativo categórico kantiano, pelo simples fato de que sua ação deve ser boa em si, desprezando, pois, motivos, interesses ou fins. Todavia, as regras do devido processo

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Nesse sentido posiciona-se Nery Junior ao invocar a doutrina de Clkaus Dieter Classes e César de Souza: “[...] não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, neutralidade quanto às coisas da vida (neutralidade objetiva), pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advidos de sua formação como pessoa. A neutralidade que se lhe impõe é relativa às partes do processo (neutralidade subjetiva) e não às teses, *in abstracto*, que se discutem no processo. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 137.)

legal são imperativos hipotéticos a serem observados pelo Juiz, não porque são boas ou ruins em si, mas porque servem de meio para a tentativa de promoção do justo possível.<sup>23</sup>

A fruição isonômica do direito ao contraditório e à ampla defesa representa uma das vigas mestras do processo, que permite às partes declinar elementos de convicção idôneos, ou não, a suportar a pretensão judicializada.

Nessa perspectiva é que se desenvolve a imparcialidade do Juiz, que, vinculado ao arcabouço normativo, submete-se ao dever de promover a paridade de armas e a igualdade de oportunidades, com o objetivo de viabilizar ambiente de equilíbrio na construção dos argumentos e do corpo probatório; vigilante, contudo, em relação às manobras imorais e antijurídicas, desnecessárias e protelatórias, absolutamente indesejáveis na formação do seu livre convencimento.

Como reflete Carnelutti ao delinear a função das partes no processo: “a parcialidade deles é o preço que se deve pagar pela imparcialidade no juiz durante o processo; é o milagre de o homem e superar a sua própria parcialidade, conseguindo não ser parte, não tomando partido.”<sup>24</sup> Reflexão que se alinha com o pensamento de Calamandrei:

Imparcial deve ser o juiz, que está acima dos contendores; mas os advogados são feitos para serem parciais, não apenas porque a verdade é mais facilmente alcançada se escalada de dois lados, mas porque a parcialidade de um é o impulso que gera o contra-impulso do adversário, o estímulo que suscita a reação do contraditor e que, através de uma série de oscilações quase pendulares de um extremo a outro, permite ao juiz apreender, no ponto de equilíbrio, o justo.<sup>25</sup> (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 126.)

É preciso advertir, a propósito, que a imparcialidade do Juiz, malgrado também de-flua de dever moral, da dinâmica do processo e de disposições legais, encontra a sua fonte primeira em uma das dimensões do princípio constitucional do juiz natural, qual seja aquela que determina que “o juiz competente tem de ser imparcial”<sup>26</sup>

23 KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2008. p. 44. „Alle Imperativen nun gebieten entweder hypothetisch, oder kategorisch. Jene stelken die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch mögliche ist, dass man es wolle), zu gelangen vor. Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf ainen andern Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte.“

24 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Op. cit. p. 58-59.

25 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Op. cit. p. 126.

26 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. Op. cit. p. 126. Explica o autor que “O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do estado de direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que se presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral. É adotado no Brasil desde a Constituição Imperial de 1824.” Aduz, ainda, que “A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm direito de se submeter a julgamento (civil e penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”



A independência do magistrado, por sua vez, constitui pressuposto inexorável da imparcialidade, porquanto jamais se pode falar em juiz imparcial acaso existam amarras externas que forcem o juiz a projetar sobre os autos elementos que deles não emanam, justamente para favorecer a interesses outros, que não a consecução da justiça.

Decorre, pois, do princípio do juiz natural o reconhecimento de regras éticas que objetivam a garantir o lastro de independência necessário à imparcialidade, conforme se verifica do Capítulo III, do Código de Ética da Magistratura Nacional, de onde se extraem vedações expressas que tratam da interferência entre os juízes, de influências externas indevidas, do dever de denunciar as interferências e da participação em atividades político-partidárias.<sup>27</sup>

Com tais fundamentos, exige-se dos juízes postura imparcial, cujo conteúdo é expressamente determinado pelo aludido Normativo, que chega, inclusive, a delimitar um conceito, conforme se verificam dos seguintes dispositivos:

**Art. 8º** O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

**Art. 9º** Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

A imparcialidade é tão crucial à consecução da justiça que a doutrina chega a se debruçar de forma intensa sobre questões que envolvem a possibilidade de se reconhecer a quebra de imparcialidade decorrente de atividades do juiz extra processo, como, por exemplo, a emissão de opiniões científicas em livros e periódicos, a realização de palestras, o posicionamento em aulas e no desenvolvimento de teses acadêmicas etc.

<sup>27</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional: “CAPÍTULO II – INDEPENDÊNCIA - Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais. Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos. Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência. Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.” No particular, as reflexões de Nelson Nery Junior acerca do tema demonstram a dimensão que assume a independência do magistrado: “Independente é o juiz que julga de acordo com a livre convicção, mas fundado no direito, na lei e na prova dos autos. Julgará apreciando livremente as provas, mas sua decisão tem de ser fundamentada (CPC 131). Decisão não fundamentada é nula, conforme expressa determinação da CF 93 IX. Decisão que afirma indeferir determinado requerimento “por falta de amparo legal” é inconstitucional por dois motivos: a) essa alegação não constitui fundamento, de modo que a decisão é não fundamentada, nula ex CF 93 IX; b) o juiz não pode eximir-se de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade na lei, porque isso é negativa de prestação jurisdicional, em ofensa à CF 5º XXXV. Havendo lacuna na lei, o juiz deve decidir aplicando a analogia, costumes e princípios gerais do direito (CPC 126). Essa possibilidade de o juiz julgar de acordo com o seu livre convencimento denomina-se independência jurídica ou independência funcional (CodÉticaMN 1.º, 4.º s 7.º e 17; LOMN 351 e 40).”

Decerto que revelaria exagero deprender-se, de forma abstrata, a imparcialidade da atuação acadêmica do juiz<sup>28</sup>, todavia faz-se necessário o exame do caso concreto, de modo a afastar qualquer conexão direta a envolver as partes ou o conteúdo de determinado processo, com determinado propósito.

Não se trata aqui de examinar o acerto ou equívoco de se afastar ou não a imparcialidade no particular, até porque de acerto e de equívoco não se trataria, mas se objetiva com a discussão é a garantia da preservação da paridade de armas, de modo que as partes não sejam, de forma alguma, prejudicadas no seu direito às devidas oportunidades para apresentar seus elementos de sustentação, de travarem o diálogo processual isonômico e de terem suas teses examinadas por um juiz assim dito imparcial.

Em palavras outras, que se deixem as contradições<sup>29</sup> fluir à luz dos princípios do *due process of Law*, no curso de uma dialética processual, que privilegie, sobretudo, a entrega de cada um, aquilo que, de fato, lhe pertence.

## 5. Os desvios de imparcialidade

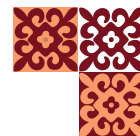
Para além das reflexões essenciais, a absoluta ausência de correspondência entre o neutro objetivo e o imparcial no campo processual-filosófico também se revela no plano processual-empírico, ainda que o empirismo não se deixe explicar pelo próprio empirismo.<sup>30</sup>

Como visto, o que se exige é a observância dos princípios constitucionais no campo processual, de modo a se garantir a prestação jurisdicional hígida. Com essa perspectiva é que a ordem jurídica contempla as disposições que pretendem obstar a parcialidade do magistrado, de modo a preservar a sua equidistância e, por conseguinte, o tratamento isonômico das partes em conflito.

<sup>28</sup> Esclarece Nelson Nery Junior que “A questão da imparcialidade ou parcialidade do juiz que emite opiniões científicas em livros, artigos doutrinários, palestras, entrevistas e teses acadêmicas, para julgar ações nas quais essas opiniões são discutidas, não é nova. Entre nós, Pontes de Miranda e Celso Agrícola Barbi, de escolas processuais diametralmente opostas, já se manifestaram no sentido de que isso não torna no juiz suspeito para julgar ações. [...] O afastamento da parcialidade do juiz pode ocorrer se o magistrado defender determinada tese jurídica como *parte* em outro processo judicial ou administrativo, o que demonstra seu interesse concreto no deslinde da causa em favor da tese favorável a seus interesses subjetivos” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*. Op. cit. p. 137).

<sup>29</sup> Na lógica dialética de Hegel, a contradição constitui o motor ao mesmo tempo do pensamento e do real, toda afirmação de verdade sendo apenas um momento provisório da posse do real espírito, devendo ser ultrapassada (*Aufhebung*); ela se realiza em três fases: *tese, antítese e síntese*, que marcam o progresso da consciência e o movimento da história até o *espírito absoluto*. Assim, a filosofia hegeliana se caracteriza pela integração da contradição, da qual faz um momento necessário da dialética, que é a resolução de todas as contradições. Ainda para Hegel, o real não é o concreto nem tampouco o imediato, o ponto de partida, mas o resultado do pensamento que gera a realidade. (JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Op. cit. p. 56)

<sup>30</sup> LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie*. França: Presses Universitaires de France, 1954. p. 13. “Or expérience, ne fournissant jamais que du contingent et du singulier, ne peut offrir à la science le principe universel et nécessaire d’une affirmation semblable”.



Os institutos do impedimento e da suspeição, regulados nos artigos 114 a 118, do Projeto do Novo Estatuto Processual Civil, consubstanciam arcabouço normativo que delimitam a zona de atuação do magistrado e representam verdadeiro instrumental de proteção à higidez processual e, conseqüentemente, à produção de uma prestação jurisdicional que privilegie o valor justiça possível.

A análise mais detida do referidos dispositivos faz emergir a verdadeira essência de cada um dos impedimentos/suspeição objetivados na norma, de maneira a oferecer a todos os interessados na lide a possibilidade a aferir a presença de possível desvio de imparcialidade, ainda que o próprio magistrado não se sinta deslocado deste centro, por força do fundamento invocado.

O inciso IV do artigo 114 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que impede o Juiz de exercer suas funções em processo de que for parte, encerra a nítida representação do extremo da parcialidade, já que a “parte” em determinado processo não possui outro objetivo que não o de empreender todos os esforços para que a solução lhe seja favorável, o que, a toda evidência, rivaliza com a função de decidir a lide de forma imparcial, considerada quase que exclusivamente os elementos constantes dos autos.

Considerando que exorbita os limites do presente escrito o exame individualizado das hipóteses previstas nos referidos dispositivos, basta que se consigne que o impedimento é depreendido a partir da situação objetiva que revela a possibilidade de decisão viciada por eventual interesse ilegítimo daquele, cujo único interesse deve ser à persecução do justo.

Tal situação, pois, deve ser excepcionada para que o magistrado seja afastado e substituído, sem que possa ele – sobretudo diante da objetiva possibilidade de lesão – atuar no sentido de ultrapassar o óbice que o impede de funcionar no processo.

De igual sorte, assim como a hipótese de impedimento pode ser identificada como evento violador da imparcialidade, a fabricação de uma hipótese de impedimento representa a busca do afastamento de magistrado que, obedecidos os princípios processuais, não se encontra, na verdade, impedido ou suspeito.

A norma adjetiva também contempla em sua *ratio* impedir tais manobras, já que absolutamente afrontosas ao princípio do juiz natural.

Nessa perspectiva, importa destacar que, ao mesmo tempo em que o artigo 134, inciso III, do Novo Código de Processo Civil, assinala a hipótese de impedimento do magistrado em processo, “quando nele estiver postulando, como defensor, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive”, preocupa-se em proscrever a construção de simulacros de impedimento, conforme se verifica dos §§ 1º e 2º, do mesmo dispositivo, *verbis*: “§ 1º No caso do inciso III, o impedimento só se verifica quando advogado, defensor e membro do Ministério Público já estavam exercendo o patrocínio da causa antes do início da atividade judicante do magistrado. § 2º É vedado criar fato superveniente a fim de caracterizar o impedimento do juiz”. (grifou-se).

No mesmo sentido, malgrado a maior força da subjetividade no particular, as hipóteses de suspeição do magistrado também se colocam ao alcance das normas e dos interessados no deslinde da questão *sub judice*, de modo a possibilitar - decerto que, em alguns casos, já não mais com a mesma precisão que caracteriza os impedimentos -, a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

No particular, sobretudo porque aqui interessa o confronto da neutralidade com a imparcialidade, cumpre examinar o inciso III, do artigo 115, que estabelece fundamento de suspeição no fato de que o magistrado possa ser identificado como “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.”

E aqui as dificuldades se multiplicam e já se iniciam a partir da inexorável indagação: o que seria o interesse?

Decerto que não se cuida de interesse fundado em convicções e ideologias positivas que orientam a pré-compreensão do magistrado e o conduz, de logo, a, ainda que de forma inconsciente, a se inclinar pela prevalência do direito em relação a uma das partes, especialmente quando a demanda comporta significativa carga axiológica, com relevante desproporção social e econômica entre os litigantes, em que se verifica subalternização da dignidade.

Nesses casos, antes mesmo de compulsar os autos, o magistrado, que é humano, há de se inclinar de acordo com suas convicções e formação. O interesse aqui é legítimo, pelo que não pode ser invocado para indicar subversão à ordem processual, em um caso, por exemplo, que, por desvio de formalidades, deva-se extinguir o feito sem apreciação do seu mérito, em desfavor do demandante fragilizado.

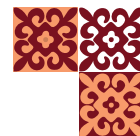
A dificuldade se mostra ainda mais intensa quando se reflete sobre o comando do parágrafo único do artigo 115, que estabelece que “poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões”.

Indaga-se: O que seria “motivo íntimo”?

Como garantir que este “motivo íntimo”, eventualmente invocado pelo Juiz, guardará coerência ao fim último da garantia da imparcialidade?

Não se pretende aqui investigar os contornos do fundamento da suspeição em exame, tampouco as diversas possibilidades de manipulação abusiva da norma no particular, todavia, cumpre registrar que a declaração de suspeição não se presta à salvaguarda de eventual interesse do magistrado, mas sim à preservação de incolumidade do processo, sob pena de configurar negativa ilegítima do exercício da função, sobretudo considerando o que dispõem os arts. 72 e 73 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 35/79. Art. 72 - Sem prejuízo do vencimento, remuneração ou de qualquer direito ou vantagem legal, o magistrado poderá afastar-se de suas funções até oito dias consecutivos por motivo de: I - casamento; II - falecimento de cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; Art. 73 - Conceder-se-á afastamento ao magistrado, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens: I - para frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, a critério do Tribunal ou de seu órgão especial, pelo prazo máximo de dois anos; II - para a prestação de serviços, exclusivamente à Justiça Eleitoral. III - para exercer a presidência de associação de classe. [...]



Importa advertir, ademais, acerca da natureza fechada do rol indicado no referido Diploma, conforme, inclusive, depreende-se do entendimento firmado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça <sup>32</sup>, órgão responsável pela edição da controvertida Resolução 82/09, cujo conteúdo, pela sua peculiaridade, merece destaque:

Art. 1º. No caso de suspeição por motivo íntimo, o magistrado de primeiro grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria local ou a órgão diverso designado pelo seu Tribunal.

Art. 2º. No caso de suspeição por motivo íntimo, o magistrado de segundo grau fará essa afirmação nos autos e, em ofício reservado, imediatamente exporá as razões desse ato à Corregedoria Nacional de Justiça.

Art. 3º. O órgão destinatário das informações manterá as razões em pasta própria, de forma a que o sigilo seja preservado, sem prejuízo do acesso às afirmações para fins correccionais.

Advirta-se, por oportuno, que um dos fundamentos invocados pelo CNJ, para editar tal Resolução foi justamente o “elevado número de declarações de suspeição por motivo de foro íntimo”, o que ensejava o desvirtuamento deste instrumento, em absoluto desfavor à função judicante.

É preciso considerar, enfim, que o óbice o argumento da imparcialidade não deve ser vir de instrumento de afastamento ilegítimo do magistrado de seu ofício em determinado processo

## 6. A neutralidade como um mito necessário ao papel social do juiz

Distintamente da utilização subalterna dos institutos que objetivam garantir a imparcialidade, a neutralidade objetiva é, como se observou, algo que não se presta a ser manipulada pela natureza humana.

Decerto que a neutralidade filosófica é possível de ser atingida, todavia, não se revela possível decidir sem abandonar o campo da filosofia. Depois da suspensão de juízos, da redução eidética e fenomenológica, do encontro da essência e do conseqüente retorno

---

<sup>32</sup> BRASIL. CNJ. PCA n. 200810000017431, do qual se extrai o seguinte excerto: “Como se sabe é da Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do caráter exaustivo a enumeração das vantagens conferidas aos magistrados pela Lei Complementar nº 35/79. Assim, quando a Lei federal de caráter geral, aduz, em números fechados, sobre a possibilidade de afastamento de Magistrados, não há justificativa possível para alargamento, especialmente se tratando de afastamento para tratar de “interesse pessoal”, cujo conceito, vago e impreciso, pode dar ensejo a interpretações as mais variadas possíveis. Normas desta jaez nunca são bem vistas pela sociedade, conferem caráter discricionário amplo à Administração, e podem ser utilizadas, até mesmo em detrimento ao interesse público. Neste ponto, exatamente quanto ao interesse público, é de se ressaltar que, o Constituinte derivado, quando da edição da emenda Constitucional nº 45, dispôs no inciso XII do artigo 93 que atividade jurisdicional será ininterrupta, e até por tal razão, a possibilidade do afastamento do Magistrado de suas funções, há de ser vista de forma absolutamente restritiva.”

às coisas mesmas, impõe-se regressar ao campo da experiência, porquanto é justamente neste domínio que se aguada a decisão do juiz.

Nada obstante, afirmar a neutralidade do juiz, antes de trazer qualquer mácula ao processo, cumpre o necessário papel de fortalecer a imagem do Poder Judiciário, sobretudo porque:

A credibilidade deste Poder está intimamente relacionada com o exercício de papéis sociais e a crença na figura da Justiça, pois, conforme comenta Luiz Antônio Nunes, é preciso ressaltar “a necessidade que a sociedade e as instituições têm de manutenção de seus valores fundamentais. Valores dentre os quais se encontra a Justiça, que não pode ser destruída pela mostra de suas fraquezas. Não que estas precisem ser escondidas, ao contrário, precisam ser tratadas e eliminadas.”<sup>33</sup>

Na verdade, não se deve confundir o juiz neutro com aquele que põe a neutralidade como um propósito, ainda que quimérico e inalcançável. Tal conduta representa a constante busca pelo desbasta dos preconceitos e, para além da imparcialidade objetiva, o perseguir do ponto de equilíbrio entre ideologias e influências.

A neutralidade deve ser sim uma figura de mitologia, no sentido antropológico, como explicação da própria razão de existir do Poder Judiciário e da Justiça; como um sinônimo para o equilíbrio e como modelo social de solução desprovida de influências indesejáveis.

Para a pessoa do povo, juiz neutro é juiz, mais que imparcial, impassível. E essa figura mitológica é necessária ao imaginário social, que pretende vislumbrar no Poder Judiciário não um Poder como os demais, mas o último reduto de armas contra a injustiça e a barbárie.

Esse paradoxo no qual se sustenta a sociedade de conflitos justifica-se na medida em que “enquanto exercente de um papel social, o juiz atua numa relação de autoridade, e não de liderança, pelo que funciona como um mero símbolo para a sociedade, símbolo este que deve refletir os ideais de justiça, dentro da organização social.”<sup>34</sup>

Ocorre que, como já se delineou a partir do exame dos desvirtuamentos dos instrumentos de imparcialidade, o Poder Judiciário é composto de seres humanos e, como tais, falíveis em sua totalidade, o que inexoravelmente conduz à existência de condutas – de certo que em grau pontual e reduzido – que em lugar de homenagear a justiça, antes a vilipêndia, o que culmina por macular toda a instituição, acaso não sejam adotadas medidas que desvinculem o ato transgressor da linha de ação institucional.

Empreendimento de difícil edificação, considerada a maneira como a sociedade costuma enxergar as condutas negativas e positivas:

Opera-se contra qualquer classe, e não é diferente no âmbito dos Profissionais Jurídicos, o modelo indutivo de imputação negativa e o modelo excepcionalis-

<sup>33</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social*. O Trabalho. Curitiba, n. 16, pp. 368-375, 1998.

<sup>34</sup> Idem.





ta da imputação positiva. Vale dizer, a sociedade lança mão do método indutivo para determinar a mácula profissional decorrente de conduta desviante, na mesma medida em que utiliza o método da exceção diante de fato que valorize o profissional e que, por conseguinte, deveria dignificar e valorizar a classe como um todo.

Essa situação decorre de característica nossa, seres humanos, na medida em que atribuímos maior desvalor às condutas negativas do que valor às condutas positivas, ainda que seja possível encontrar entre elas uma equivalência. Ademais, o homem possui inclinação natural ao desejo de conhecimento dos fatos negativos, da tragédia alheia e dos ilícitos. Constitui, enfim, elemento atávico ao ser humano e desta característica não podemos fugir.<sup>35</sup>

E o escape para tal cenário nos oferece Karl Popper, ao sustentar que:

Now it is far from obvious, from a logical point of view, that we are justified in inferring universal statements from singular ones, no matter how numerous; for any conclusion drawn in this way may always turn out to be false: no matter how many instances of white swans we may have observed, this does not justify the conclusion that all swans are white.<sup>36</sup>

E preciso ainda considerar que o consenso da sociedade centra-se em expectativas em relação às atitudes dos indivíduos, enquanto exercentes de papéis sociais. Entretanto, justamente por se tratarem de indivíduos, há a possibilidade de que seu comportamento não seja “aparentemente” o esperado, influenciando negativamente na instituição como um todo.<sup>37</sup>

Explica-se, portanto, o porque:

o discurso institucional do Poder Judiciário visa sempre reforçar esta ilusão da neutralidade do juiz, tendo em vista que, caso o indivíduo - investido na função de magistrado - se desvie de forma tão radical a ponto de que o jurisdicionado venha a questionar a legitimidade da autoridade, pode-se sempre taxá-lo com a pecha da falta de neutralidade, como se fosse um pecado a ser execrado para não se macular a Justiça.

Desta forma, resguarda-se o bom juiz, observador dos parâmetros e regras estabelecidas (notadamente, o princípio do contraditório), que mesmo trazendo para a sentença, ainda que de forma disfarçada ou inconsciente, todas as suas paixões e ideologias na interpretação, não poderá ser taxado de parcial, mesmo não sendo, na prática, neutro.

<sup>35</sup> BARBOSA, Charles S. *Em resgate à ética nas carreiras jurídicas – a necessária ruptura com o modelo acadêmico científico-positivista*. Diálogos & Ciências, ano III, n. 8. p. 85-95, mar. 2009.

<sup>36</sup> POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. England: Routledge, 1992. p. 4.

<sup>37</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social*. Op. cit.

Isto é o que efetivamente viabiliza a crença na atividade de julgar, pois satisfaz a sociedade não somente com a prestação jurisdicional, mas com a “doce e saudável ilusão” de que o juiz não se vale de suas paixões e ideologias na função que exerce.<sup>38</sup>

O paradoxo da neutralidade ou do terceiro-estado da essência, como descrito por Giles Deleuze, constitui exatamente um paradoxo do sentido, considerando-se que, “se o sentido como duplo da preposição é indiferente tanto à afirmação como à negação, se não é passivo nem ativo, nenhum modo da preposição é capaz de afetá-lo”.<sup>39</sup>

Referido paradoxo trasladado para o campo da atuação judicial quer significar a “esterilidade” ou a “neutralidade esplêndidas” como características do juiz que lhe conferiria idoneidade e legitimidade para julgar, sobretudo porque, na lógica do sentido, o terceiro estado da essência, que corresponde à neutralidade, representa a indiferença “ao universal e ao singular, ao geral e ao particular, ao pessoal e ao coletivo”, bem como “à afirmação e à negação”.<sup>40</sup>

Tal ser, algo entre o divino e o humano, por evidente, não existe, salvo no imaginário social, pelo bem da Justiça e pela preservação da imagem do Poder Judiciário.

## 7. Conclusão

Este ensaio foi uma tentativa de um esforço conjunto para a compreensão filosófica do ato de julgar, bem como do mito da neutralidade que envolve o papel social do magistrado.

Por isso, ao encerrá-lo, convida-se o ilustre leitor a refletir sobre o que aqui se defendeu, propugnando por novas idéias que ajudem a resolver velhas questões, no que encontrarão, nestes co-autores, seus mais sinceros aliados...

Afinal, lembrando ALMEIDA GARRET, na “Nota do Canto II” do “Retrato de Vênus”, declaramos, pois, “*que, se êrro encontrarem os professores, mui grata, e grande mercê me farão de me avisar; e conhecerão pela minha docilidade na emenda a pouca presumpção do auctor*”<sup>41</sup>.

## Referências

BARBOSA, Charles S. **Em resgate à ética nas carreiras jurídicas – a necessária ruptura com o modelo acadêmico científico-positivista.** Diálogos & Ciências, ano III, n. 8. p. 85-95, mar. 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado.** São Paulo: Martins

<sup>38</sup> Idem

<sup>39</sup> DELEUZE, Giles. *A Lógica do Sentido*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 35.

<sup>40</sup> Idem. p. 37.

<sup>41</sup> GARRETT, J. B. da Silva Leitão d’Almeida, O retrato de Venus : poemas. - [1ª ed.]. - Coimbra : Imp. da Universidade, 1821, p.46. Disponível em <http://purl.pt/19/1/> Acesso em 08.set.2010.



Fontes, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias Do Processo Penal** [Tradução, JOSÉ ANTONIO CARDINALLI], 1995, CONAN, disponível em <http://www.pensamientopenal.com.ar/04092007/doctri06.pdf>. Acesso em 25.jan.2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Servanda, 2010.

DELEUZE, Giles. **A Lógica do Sentido**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FONTANILLE, Jacques. **Semiótica do Discurso**. São Paulo: Contexto, 2008.

GARRETT, J. B. da Silva Leitão d'Almeida, **O retrato de Venus : poemas**. - [1ª ed.]. - Coimbra : Imp. da Universidade, 1821, p.46. Disponível em <http://purl.pt/19/1/> Acesso em 08.set.2010.

HUSSERL, Edmund. **Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie**. Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Stuttgart: Reclam, 2008.

LYOTARD, Jean-F. **La phénoménologie**. França: Presses Universitaires de France, 1954.

Liotard, Jean-François. **O Inumano: Considerações sobre o tempo**. [Tradução: Ana Cristina Seabra / Elisabete Alexandre]. Coleção Novos Rumos., 2ª. ed., Lisboa/Portugal. Editorial Estampa, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios de processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social**. O Trabalho, Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

POPPER, Karl. **The Logik of Scientific Discovery**. England: Routledge, 1992. p. 4.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de Linguistique Générale**. Paris: Payot, 1955

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.