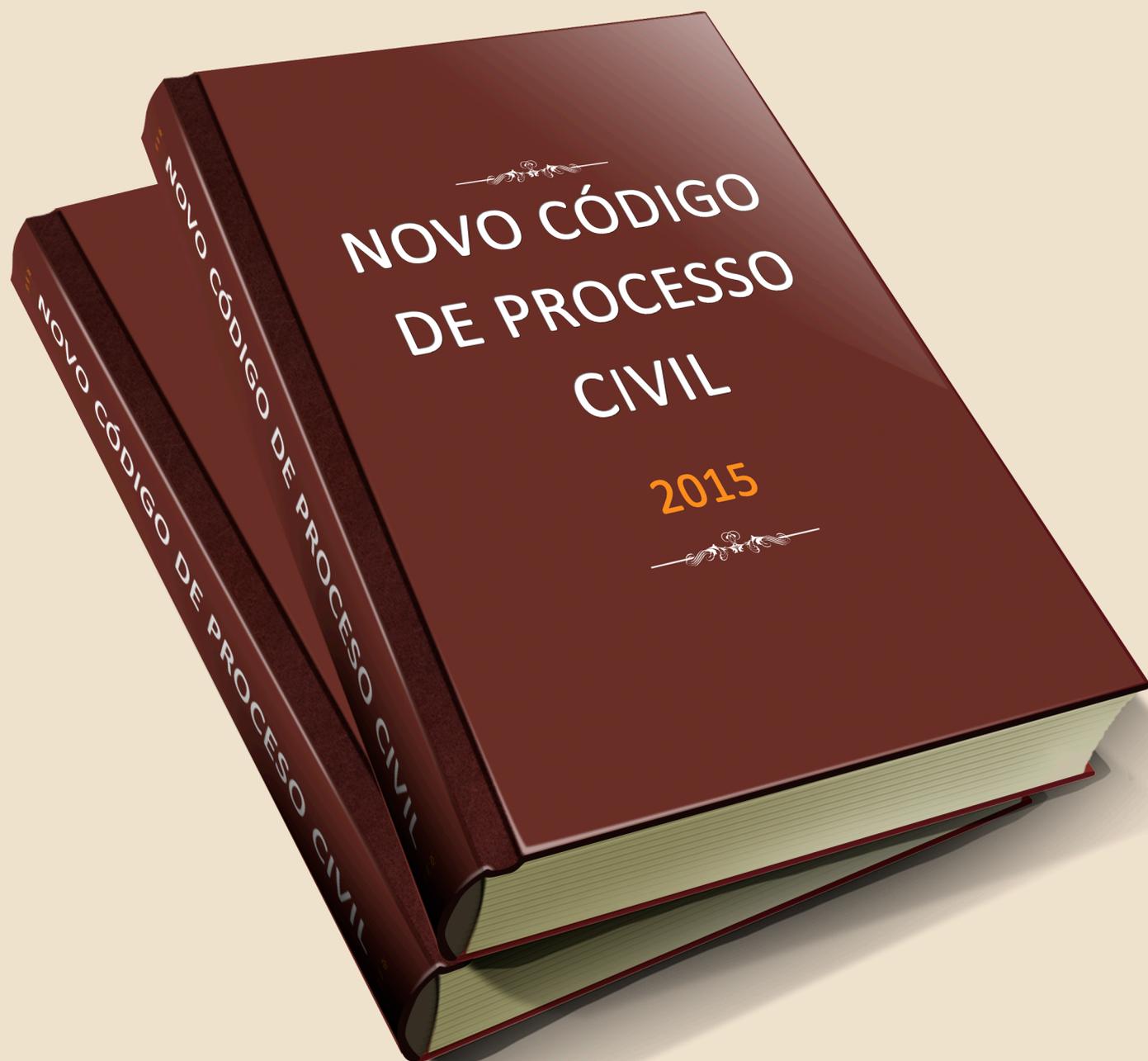


# REVISTA ELETRÔNICA



## O NOVO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região  
V.4 - n.44 - Setembro de 2015

# Expediente

## **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO**

CURITIBA - PARANÁ  
ESCOLA JUDICIAL

### **PRESIDENTE**

Desembargador ALTINO PEDROZO DOS SANTOS

### **VICE-PRESIDENTE**

Desembargadora ANA CAROLINA ZAINA

### **CORREGEDORA REGIONAL**

**Desembargadora** FÁTIMA TERESINHA LORO LEDRA  
MACHADO

### **CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2014/2015**

Desembargador Célio Horst Waldraff (Diretor)  
Desembargador Cássio Colombo Filho (Vice-Diretor)  
Juiz Titular Lourival Barão Marques Filho  
(Coordenador)  
Juiz Titular Fernando Hoffmann (Vice-Cordenador)  
Desembargador Arion Mazurkevic  
Desembargador Francisco Roberto Ermel  
Juíza Titular Suely Filippetto  
Juiz Titular Paulo Henrique Kretschmar e Conti  
Juíza Substituta Fernanda Hilzendeger Marcon  
Juíza Substituta Camila Gabriela Greber Caldas  
Juiz José Aparecido dos Santos (Presidente da  
AMATRA IX)

### **COMISSÃO DE EaD e PUBLICAÇÕES**

Desembargador Cássio Colombo Filho  
Juiz Titular Fernando Hoffmann  
Juiz Titular Lourival Barão Marques Filho

## **GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA**

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Coordenador  
Adriana Cavalcante de Souza Schio  
Angélica Maria Juste Camargo  
Eloina Ferreira Baltazar  
Joanna Vitória Crippa  
Juliana Cristina Busnardo  
Larissa Renata Kloss  
Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima  
Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio  
Willians Franklin Lira dos Santos

### **COLABORADORES**

Secretaria Geral da Presidência  
Serviço de Biblioteca  
Assessoria da Direção Geral  
Assessoria de Comunicação Social

### **FOTOGRAFIAS E IMAGENS**

Assessoria de Comunicação  
Acervos online (Creative Commons)

### **APOIO À PESQUISA**

Maria Ângela de Novaes Marques  
Daniel Rodney Weidman Junior

### **SEÇÃO DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS**

Patrícia Eliza Dvorak



Edição temática  
Periodicidade Mensal  
Ano IV – 2015 – n. 44

# Apresentação

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16-03-2015) cabe no processo do trabalho?

Em que medida?

Tal questão ainda vai ser muito debatida, mas agora, passados cerca de seis meses de sua publicação, e apesar de ainda estar no período de *vacatio legis*, com previsão para vigorar a partir de março de 2016 (até mesmo a data de início de vigência é controvertida!), começa a digestão do novo regramento, e apimentam-se as discussões sobre seu cabimento no Processo do Trabalho.

Como já esclarecido na edição da revista eletrônica de maio de 2015, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho vem se preparando para os “novos tempos”, tendo aprovado e apoiado a criação do **Grupo de Estudos Anteprojeto do CPC e seu Impacto no Processo do Trabalho**, coordenado por mim e pelo Juiz RODRIGO CLAZER.

Inicialmente focamo-nos no estudo dos temas sob a ótica do processo civil, e ainda longe de conhecê-los ou manejarlos totalmente, temos concentrado esforços para avaliar as repercussões no processo do trabalho. Por isto, dedicamos esta edição, em sua maioria, à adaptação ou não dos novos institutos na Justiça do Trabalho.

Para isto conseguiu-se a coletânea de excelentes artigos, dos mais renomados processualistas da área juslaboral, como os dos colegas dos bancos do Largo de São Francisco (USP/SP) JORGE LUIZ SOUTO MAIOR, JORGE PINHEIRO CASTELO, e SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO, além da minha incursão nas tutelas de urgência.

O Des. UBIRAJARA CARLOS MENDES – prata da casa – faz ótima digressão sobre os direitos fundamentais e o novo CPC, e os autores JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE e FRANCISCO JORGE FERREIRA NETO, tocam no delicado tema da desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda com o foco no processo civil, o prof. DANIEL MITIDIERO fala sobre as finalidades do direito processual, e o colega J.S. FAGUNDES DA CUNHA explora um pouco da nova ótica da conciliação, mediação e arbitragem.

MANOEL MATOS DE ARAÚJO CHAVES, Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de São Luís do Maranhão, analisa as principais inovações introduzidas, pela Lei 13105, de 16 de março de 2015, aos institutos processuais da Extinção do Processo e do Julgamento Antecipado do Mérito.

Utilizando os recursos da Internet inauguramos a comunicação por *hyperlink*, dando acesso à publicação da Escola Judicial da 15ª Região, que traz quatro ótimos artigos de JORGE SOUTO MAIOR, MANOEL CARLOS DE TOLEDO, e CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS.

Além dos artigos científicos damos acesso à vídeo/gravação da conferência “ANÁLISE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, no evento promovido pela Escola Judicial do TRT da 9ª Região no auditório do Fórum Trabalhista de Ponta Grossa, com aula inaugural daquele esplêndido espaço ministrada pelo Prof. Dr. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, e às vídeo/gravações do “Curso avançado do Novo CPC”, com ministração pelos professores VICENTE DE PAULA ATAÍDE JUNIOR, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, e SÉRGIO CRUZ ARENHART.

Esta edição do periódico eletrônico também elenca os enunciados aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM em relação ao novo Código de Processo Civil.

Portanto, esta memorável edição da Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região – PR, não só contém excelentes artigos de doutrina, como utiliza recursos de interligação pela internet e acesso às vídeo/gravações, ou seja, permite ler, navegar, assistir, e enfim dá acesso a “todos os gostos” sempre com importantes conteúdos da novidade legislativa.

O NCPC é bom ou ruim? Tal indagação permanecerá por longa data, e os atuais debates vão orientar as conclusões.

Mais uma vez arregacemos as mangas e vamos estudar com alegria e afinco!

Curitiba, 2º semestre de 2015.

**CASSIO COLOMBO FILHO**

Desembargador Vice-diretor da Escola Judicial

Coordenador do Grupo de Estudos

# Sumário

## ARTIGOS

O conflito entre o Novo CPC e o Processo do Trabalho - Jorge Luiz Souto Maior .....	7
Da Conciliação, da Mediação e da Arbitragem Endoprocessual e o Novo Código de Processo Civil - J. S. Fagundes Cunha.....	50
A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional - Daniel Mitidiero.....	71
O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no NCPC e o Processo do Trabalho - Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante E Francisco Ferreira Jorge Neto.....	92
Os Recursos no Novo CPC e Reflexos no Processo do Trabalho - Jorge Pinheiro Castelo .....	99
Síndromes Processuais Trabalhistas - Manoel Carlos Toledo Filho.....	145
O artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho - Salvador Franco de Lima Laurino .....	148
Tutela de Urgência no Novo CPC e atuação ex officio do Juiz do Trabalho - Cassio Colombo Filho .....	168
Direitos Fundamentais a Prestações e Intervenção do Poder Judiciário à luz da Hermenêutica Principlológica do Novo Código de Processo Civil - Ubirajara Carlos Mendes .....	182
Dos prazos Processuais no Novo CPC, inclusive sua contagem contínua em dias úteis – Da aplicação Subsidiária e Supletiva ao Processo do Trabalho – Comentários Iniciais - Jorge Pinheiro Castelo .....	194
Da Extinção do Processo e do Julgamento Antecipado do Mérito no NCPC - Manoel Matos de Araujo Chaves .....	204

**Enunciados Aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ..... 223**

**Os impactos do Novo CPC no Processo do Trabalho - Estudos Jurídicos 2015 - Escola Judicial do TRT 15ª Região - Campinas ..... 229**

## **VÍDEOS**

Curso Avançado no Novo CPC - Módulo III - Professor Vicente de Paula Ataíde, Teresa Arruda Alvim Wambier e Sérgio Cruz Arenhart - 20-21/08/2015 ..... 230

Conferência Análise do Novo Código de Processo Civil - Professor Luiz Rodrigues Wambier - 02/07/2015 ..... 232

**BIBLIOGRAFIA ..... 236**

**EDIÇÕES PUBLICADAS ..... 237**

**PRÓXIMAS EDIÇÕES ..... 239**

# O CONFLITO ENTRE O NOVO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO

Jorge Luiz Souto Maior

Sempre que há alterações no processo civil indaga-se sobre os efeitos dessas mudanças no processo do trabalho. Os títulos dos textos escritos a respeito, por consequência, geralmente são “impactos (ou reflexos) das alterações do CPC no processo do trabalho”.

Proponho desta feita, no entanto, o título acima por considerar que o que se apresenta, de fato, entre o novo CPC e o processo do trabalho é um conflito incontornável, que vai exigir da Justiça do Trabalho uma firme postura de resistir à aplicação das regras do novo Código, sob pena de sofrer abalos muito graves que poriam em questão a sua própria sobrevivência enquanto instituição especializada no âmbito do Judiciário.

Mais do que nunca, portanto, é preciso situar de forma mais consistente o processo do trabalho na aludida enciclopédia jurídica, vez que os estudos na área tem se mostrado bastante deficientes, conferindo ao conhecimento do processo do trabalho uma indevida dependência do processo civil.

## I- O processo do trabalho

As regras de proteção aos trabalhadores surgiram como forma de tentar salvaguardar

o capitalismo em um momento em que se reconheceram os efeitos nefastos da regulação de índole liberal do conflito capital x trabalho. As regras trabalhistas, em sentido amplo, abalaram a compreensão jurídica, atingindo, inclusive, a própria concepção de Estado, que deixa de ser Estado Liberal para se tornar Estado Social.

Nesse contexto, o próprio Direito Civil se transformou, falando-se, à época, em “novo Direito Civil”. A resistência à nova ideia ainda assim foi grande e os interesses econômicos se fizeram presentes para tentar preservar a liberdade ilimitada dos negócios, mantendo inabalável o Direito Civil.

De todo modo, sendo impossível negar a emergência dos direitos sociais, a nova racionalidade foi integrada aos “novos direitos”, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, que seriam, para muitos, uma espécie de “tercius genius” do direito, ao lado dos direitos público e privado.

Esse conflito metodológico no Direito, fazendo coabitar uma racionalidade social em paralelo com uma racionalidade social, gerou, e ainda tem gerado, vários problemas de afirmação e de efetividade para os direitos sociais



Jorge Luiz Souto Maior

Juiz do Trabalho, titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí/SP. Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP.

Nesta linha dos complicadores à aplicação concreta dos direitos sociais está precisamente a integração dos estudos do processo do trabalho à linha dos estudos do processo civil. Ora, o processo é instrumento de efetivação do direito material e se o direito material ao qual o processo civil está voltado é o direito civil, com uma lógica pretensamente liberal, é óbvio que o processo civil reflete esse sentimento. Estudar o processo do trabalho a partir dessa raiz é desconsiderar a própria razão de afastar o direito do trabalho do direito civil, negando vida concreta aos direitos trabalhistas.

Se o modelo capitalista concedeu a possibilidade do advento do direito do trabalho, é mais que evidente que a instrumentalização desse direito não pode ser feita pela lógica liberal que invade o processo civil.

Há, portanto, um enorme equívoco histórico e de metodologia em buscar compreender o processo do trabalho a partir do processo civil. Mesmo partindo da questionável divisão do Direito por ramos que não se comunicam a partir de dois grandes grupos, o público e o privado, e, pior ainda, integrando o Direito do Trabalho ao campo do direito privado (o que é um total absurdo, mas enfim), o que se teria por consequência é o alinhamento do processo ao ramo do direito material que lhe é correspondente de forma específica. Assim, mesmo com tais pressupostos extremamente reduzidos do alcance da atual fase do Direito o processo do trabalho seria derivado do direito do trabalho e não do processo civil.

Claro que os estudos do processo evoluíram para a construção de um ramo específico do Direito, o Direito Processual, mas se isso representou em uma época um passo importante para construção de uma

teoria voltada à melhor compreensão da atuação processual, desvinculada do direito material, essa preocupação deixou de ser importante quando foram percebidos os riscos da consideração do processo como ciência autônoma, compreendido como um fim em si mesmo, retomando-se, então, o caráter instrumental do processo.

É importante não se perder a visão plena da relevância do processo como instrumento de efetivação do direito material. Neste sentido, o processo do trabalho só pode ser concebido como uma via de acesso à consagração das promessas do Estado Social e, mais propriamente, do direito material do trabalho.

Claro que existem conquistas processuais importantes, para proteção dos cidadãos do autoritarismo de Estado, estando entre elas, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural etc. Mas não se pode perder de vista que o conflito subjacente no processo do trabalho não se estabelece entre o cidadão e o Estado e sim entre o capital e o trabalho que é assimétrico, em detrimento do trabalhador, cumprindo ao Estado, precisamente, interferir nessa relação para impedir que o poder econômico subjugue a condição humana dos trabalhadores.

A desigualdade da relação material, ademais, permite que o empregador tenha aquilo que, na teoria processual, se denomina “autotutela”. Ou seja, o empregador tem o poder de tutelar, por ato unilateral, o seu interesse, impondo ao empregado determinados resultados fático-jurídicos. Se o empregado não comparece ao trabalho, o empregador desconta seu salário; se atrasa, mesma coisa. Se o empregado age de modo que não atenda à expectativa do empregador este, mesmo que o direito, em tese, não lhe permita fazê-lo, multa,

adverte e até dispensa o empregado...

O empregador, portanto, não precisa da tutela do Estado para a satisfação de seu interesse.

O mesmo, no entanto, não ocorre com o empregado, que diante da supressão de seus direitos, por ato do empregador, precisa, geralmente, se socorrer da via processual.

Se os direitos trabalhistas são essencialmente direitos dos trabalhadores e se o processo serve à efetivação desses direitos, resta evidenciado que o processo do trabalho é muito mais facilmente visualizado como um instrumento a serviço da classe trabalhadora. Trata-se de um instrumento pelo qual os trabalhadores tentam fazer valer os direitos que entendem tenham sido suprimidos pelo empregador.

E se o processo do trabalho tem essa finalidade real, é evidente que os institutos processuais trabalhistas não podem se constituir em empecilho ao propósito do processo. Como facilitadores do acesso à ordem jurídica justa, e não como obstáculos, os institutos processuais trabalhistas (petição inicial; distribuição do ônus da prova; recursos; execução – hoje, cumprimento da sentença), devem ser analisados e aplicados de modo a garantir a eficácia do Direito do Trabalho.

Para cumprimento dessa instrumentalidade não se pode ter resistência em aplicar no processo do trabalho os princípios do Direito do Trabalho, que partindo do reconhecimento da desigualdade material entre as partes, conferem ao trabalhador uma racionalidade protetiva. Ora, se o Direito do Trabalho é protetivo para conferir eficácia aos direitos e se os direitos trabalhistas, quando resistidos pelo empregador, só se tornam efetivos pela

via processual, é mais que evidente que esta via, a do processo, deve se guiar pelos mesmos princípios extraídos da racionalidade protetiva, pois do contrário seria o mesmo que negar aos direitos trabalhistas a possibilidade de realização concreta.

Por exemplo, se por incidência do princípio da irrenunciabilidade, o trabalhador não pode renunciar aos seus direitos, vez que um permissivo neste sentido representaria a ineficácia plena dos direitos trabalhistas, dado o estado de dependência e de submissão econômica do empregado frente ao poder do empregador, caso se assumisse que no processo, porque ligado à lógica principiológica do processo civil, o empregado, transformado em reclamante, pode renunciar aos seus direitos, seria o mesmo que dizer que, de fato, o princípio da irrenunciabilidade do Direito do Trabalho não é mais que uma solerte mentira.

O certo é que o processo do trabalho deve se guiar pelos mesmos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, cabendo ao juiz, como responsável pela direção do processo, imbuir-se dessa racionalidade, até porque não terá como separar, mental e praticamente, as atuações no campo material e processual.

O processo do trabalho será tão eficiente, como instrumento de efetivação do direito do trabalho, quanto for diligente o juiz no exercício de sua função de aplicador e construtor de um direito voltado à correção das injustiças e à promoção da justiça social, sendo que a tanto está obrigado por determinação legal (vide, a propósito, os artigos 8º, 9º e 765, da CLT).

Nesse contexto, o processo do trabalho não se volta apenas à solução do conflito no caso concreto, aplicando a norma ao fato. Impingilhe a obrigação de implementar uma política

judiciária destinada à correção da realidade, de modo a impedir que novas agressões jurídicas, com mesmo potencial ofensivo, se realizem, valendo lembrar que o Direito do Trabalho não é um direito individual (ainda que a doutrina, de forma inadvertida lhe tenha cunhado esse título), constituindo, isto sim, um arcabouço de regulação do modo de produção capitalista. O descumprimento reiterado dos direitos trabalhistas desestabiliza toda a sociedade em detrimento da própria economia.

Assim, impõe-se ao processo do trabalho não apenas conferir ao trabalhador o que é seu por direito, na perspectiva individual, mas também gerar desestímulo às práticas ilícitas (reincidentes) que promovam desajuste na concorrência, geram vantagem econômica indevida ao agressor, agridam a dignidade humana do trabalhador e tenham o potencial de provocar o rebaixamento da relevância social da classe trabalhadora. Neste sentido, aliás, são expressos os artigos 832, § 1º. e 652, “d”, da CLT.

A existência de princípios próprios do direito processual do trabalho é sustentada por Wagner Giglio<sup>1</sup> com base na teoria da instrumentalidade do processo: “Ora, o Direito Material do Trabalho tem natureza profundamente diversa da dos demais ramos do direito, porque imbuído de idealismo, não se limita a regular a realidade da vida em sociedade, mas busca transformá-la, visando uma distribuição da renda nacional mais equânime e a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores e de seus dependentes; por que os conflitos coletivos do trabalho interessam

a uma grande parcela da sociedade, e têm aspectos e repercussões sociais, econômicos e políticos não alcançados, nem de longe, pelos litígios de outra natureza; porque pressupõe a desigualdade das partes e, na tentativa de equipará-las, outorga superioridade jurídica ao trabalhador, para compensar sua inferioridade econômica e social diante do empregador; e porque diz respeito, é aplicado e vivido pela maioria da população. O Direito Civil aproveita aos proprietários de bens; o Direito Comercial, aos comerciantes; o Penal se aplica aos criminosos. Mas se nem todos possuem bens, são comerciantes ou criminosos, praticamente todos trabalham, e a maioria flagrante trabalha sob vínculo de subordinação.”

Cristóvão Piragibe Tostes Malta<sup>2</sup> assevera que “O direito processual do trabalho é autônomo, pois tem campo, fundamentos e princípios que não se confundem, ao menos em parte, com os princípios etc., pertinentes ao processo comum. O princípio segundo o qual o empregado goza de mais privilégios no processo que o empregador, como se verifica, por exemplo, pela circunstância de fazer jus ao benefício da gratuidade processual sempre que perceber até duas vezes o salário mínimo (não tendo outras fontes de renda substanciais), de estar o empregador sujeito a depósito para efeito de recurso e o empregado não, de poder este receber diferenças de salários oriundas de sentenças, acordo ou convenções coletivas mediante iniciativa de seu sindicato de classe, que pode ajuizar a reclamação até mesmo sem consultar previamente a propósito o associado,

1 . GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, pp. 105-106.

2 . MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. *Prática do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 36.

são peculiaridades do processo trabalhista. Outros princípios, já consagrados pelo processo civil, apresentam características próprias no processo trabalhista. Este parte, inclusive, de uma premissa estranha ao processo civil, ou seja, de que devem ser introduzidas facilidades e simplificações no processo para atender-se à condição de economicamente fraco do empregado, de sua inferioridade prática diante do empregador”<sup>3</sup>.

Trueba Urbina<sup>4</sup> nega qualquer relação do processo do trabalho com o processo civil, demonstrando, precisamente, como o processo é influenciado pela lógica do direito material, atribuindo a origem da desigualdade desses processos, principalmente, ao fato de que o processo do trabalho, ao contrário do processo civil, foi sensível à necessidade de transportar para o processo a desigualdade existente na relação de direito material<sup>5</sup>.

3 . MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. *Prática do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 40.

4 . “El ideario de los Códigos Civiles sobre libertad de contratación y autonomía de la voluntad, se trasplanta a los Códigos de Procedimientos, en que quedaron establecidos, como principios fundamentales de derecho público la jurisdicción, la acción, la prueba, el procedimiento, la sentencia, que se conjugan en dos ideais tradicionales: la *igualdad de las partes en el proceso y la imparcialidad del juzgador*; pero tan falsos son estos principios como el que los inspiró, de igualdad de los hombres ante la propia ley, y la verdad de las cosas es que el derecho procesal fue dominado por el individualismo y el liberalismo, en perjuicio de los débiles. Todo lo cual constituyen los elementos de la *teoría general del proceso*.” (URBINA, Trueba. *Nuevo Derecho procesal del trabajo*. México: Porruá, 1975, p. 328).

5 . “Desde mediados del siglo pasado se empezó a operar en el proceso civil una verdadera crisis que estremeció sus principios esenciales. Esta crisis fue originada precisamente porque las mismas desigualdades que existían en la vida, también aparecían y en forma más cruel en el proceso. Precisamente le crisis más aguda del derecho procesal

E advierte Trueba Urbina<sup>6</sup>:

...al correr del tiempo hemos llegado a la convicción de que el proceso es más bien un instrumento de lucha de los trabajadores en defensa de sus derechos, pues generalmente son los trabajadores los que intentan las acciones procesales por violaciones al contrato o relación de trabajo y a las leyes y en pocas ocasiones ocurren los empresarios planteando conflictos.

## II- O procedimento oral trabalhista e o art. 769, da CLT

O artigo 769 da CLT prevê que o processo comum será fonte subsidiária do processo do trabalho. Na prática, diante de inovações ocorridas no processo civil, recorre-se ao artigo

.....  
individualista la originó la condición del obrero frente al patrón, cuya desigualdad económica en sus relaciones es evidente; en el proceso tampoco podía haber igualdad entre trabajador y el industrial, Otra de las crisis del derecho procesal individualista se contempla cuando litiga la mujer frente al marido, el menor frente al padre que lo abandona, el individuo frente al Estado, y consiguientemente aparecen preceptos procesales de excepción con objeto de compensar y reparar esas desigualdades, porque tuvo que reconocerse que una desigualdad sólo se compensa con otra, de modo que los sujetos débiles en el proceso tenían necesariamente que ser tutelados por leyes que los compensaram frente a los fuertes. Y lo mismo que ocurrió en el derecho civil, también sucedió en el derecho procesal: la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad se quebraron y el principio teórico de igualdad de las partes en el proceso se fue substituyendo por nuevas normas de excepción en favor de los débiles para acercarse más al ideal de igualdad en la vida y en el proceso. Entonces las dificultades o pleitos que surgían entre los trabajadores y sus patrones se dirimían ante los tribunales judiciales, con sujeición a los principios del proceso civil. La justicia civil era proteccionista del patrón. Y la revolución en el derecho y en la vida eram inminentes.» (URBINA, Trueba. *Nuevo Derecho procesal del trabajo*. México: Porruá, 1975, p. 328).

6 . URBINA, Trueba. *Nuevo Derecho procesal del trabajo*. México: Porruá, 1975, p. 329.

769 da CLT, para atrair essas inovações ao processo do trabalho. Esquece-se, no entanto, que o procedimento trabalhista, inscrito na CLT, tem uma lógica e que primeiro esta deva ser entendida, para somente depois vislumbrar a aplicação subsidiária em questão, o que requer, também, uma contextualização histórica.

O procedimento adotado na CLT é o procedimento oral, cujas bases foram formadas a partir da necessidade de corrigir os defeitos do procedimento escrito que imperava na Idade Média. Na Idade Média o processo era sigiloso; complicado (a cada escrito correspondia um contra-escrito); formalista (“o que não está nos autos não está no mundo”); coisa das partes (só se desenvolvia por iniciativa das partes); e fragmentado (toda decisão era recorrível, e as provas eram colhidas por um juiz instrutor). Além disso, a atuação do juiz era limitada, imperando o sistema da prova legal (cada tipo de prova tinha um valor prévio determinado e o resultado da lide era baseado na quantificação das provas produzidas pelas partes).

O procedimento que se originou do princípio da oralidade, conhecido, por isso mesmo, por procedimento oral, fixou-se, por conseguinte, com as seguintes características: busca da simplicidade e da celeridade; prevalência da palavra sobre o escrito; provas produzidas perante o juiz julgador; juiz que instrui o processo é o juiz que julga; atos realizados em uma única audiência ou em poucas, umas próximas das outras; decisões interlocutórias irrecorríveis; impulso do processo por iniciativa do juiz; julgamento com base no sistema da persuasão racional.

O procedimento oral, portanto, não ocasionalmente, possui como características: a) a primazia da palavra; b) a imediatidade;

c) identidade física do juiz; d) a concentração dos atos; f) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias; g) a participação ativa do juiz.

A CLT foi publicada em 1943. Nessa época era vigente o Código de Processo Civil de 1939. Este Código, o de 39, foi formulado com base nos postulados da oralidade. A oralidade, por influência da obra de Chiovenda, era a coqueluche do momento. Aliás, não eram poucos os apologistas da oralidade. Quem se der ao trabalho de ler os exemplares da Revista Forense dos anos de 1938 e 1939 terá a perfeita noção do que se está falando.

A CLT foi naturalmente impregnada por essas idéias. Há, por isso, um fundamento para as regras procedimentais trabalhistas. Não se trata, a CLT, portanto, de um amontoado de regras sem sentido, criadas por um legislador maluco. Verifiquem-se, a propósito, a Exposição de Motivos do Anteprojeto da Justiça do Trabalho, de 11 de novembro de 1936<sup>7</sup>, e a Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora do Projecto de Organização da Justiça do Trabalho, em 30 de março de 1938<sup>8</sup>.

A CLT, expressamente, privilegiou os princípios basilares do procedimento oral: a) primazia da palavra (arts. 791 e 839, “a” — apresentação de reclamação diretamente pelo interessado; artigo 840 — reclamação verbal; artigos 843 e 845 — presença obrigatória das partes à audiência; artigo 847 — apresentação de defesa oral, em audiência; artigo 848 — interrogatório das partes;

7 . In Waldemar Ferreira, *A Justiça do Trabalho: pareceres proferidos na Comissão de Constituição da Camara dos Deputados*. Rio de Janeiro: 1937, p. 243.

8 . In Oliveira Vianna, *Problemas de Direito Corporativo*, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1938, p. 287.

artigo 850 — razões finais orais; artigo 850, parágrafo único — sentença após o término da instrução); b) imediatidade (arts. 843, 845 e 848); c) identidade física do juiz (corolário da concentração dos atos determinada nos artigos 843 a 852); d) concentração dos atos (arts. 843 a 852); e) irrecorribilidade das interlocutórias (parágrafo 1º do art. 893); f) maiores poderes instrutórios ao juiz (arts. 765, 766, 827 e 848); e g) possibilitar a solução conciliada em razão de uma maior interação entre o juiz e as partes (arts. 764, parágrafos 2º e 3º, 846 e 850).

Assim, muitas das lacunas apontadas do procedimento trabalhista não são propriamente lacunas, mas um reflexo natural do fato de ser este oral. Em outras palavras, por que o procedimento oral prescinde de certas formalidades, visto que os incidentes processuais devem ser resolvidos em audiência de forma imediata, seguidos dos necessários esclarecimentos das partes, presentes à audiência, o procedimento trabalhista não apresenta formas específicas para solução de certos incidentes processuais, que devem ser, por isso, como regra, resolvidos informalmente em audiência e por isto a lei processual trabalhista transparece incorrer em lacunas, o que, muitas vezes, de fato não se dá<sup>9</sup>.

Destaque-se que o atendimento da oralidade em um grau mais elevado no procedimento trabalhista, com relação ao procedimento ordinário civil, foi sensivelmente favorecido pela especialização do órgão judicial à solução de conflitos oriundos de uma

única relação de direito material, a relação de emprego, regida por regras trabalhistas específicas. Daí porque a não observância dessa peculiaridade leva a uma aplicação muitas vezes indevida, porque desnecessária, de regras procedimentais comuns.

Conforme observa Antônio Álvares da Silva: “O processo trabalhista de primeira instância, cujo procedimento é dos mais simples e eficientes que se conhece no direito comparado, foi deturpado pela recorribilidade, irracional e ilógica, com que a CLT foi adotada. Quebrou-se a objetividade do processo e, em nome de uma falsa segurança, que não resiste a qualquer raciocínio com base na realidade que vivemos, a controvérsia trabalhista foi submetida a intoleráveis protelações. Organizou-se a estrutura da jurisdição nos moldes da comum, sem se atentar para a natureza do crédito a que serve de instrumento. A forma tomou o lugar da essência e a realidade deu lugar à abstração”<sup>10</sup>.

Lembre-se, ademais, que o CPC foi alterado em 1973, e, em termos de procedimento adotou um critério misto, escrito até o momento do saneamento e oral a partir da audiência, quando necessária. Nestes termos, a aplicação subsidiária de regras do procedimento ordinário do CPC à CLT mostra-se, naturalmente, equivocada e equívoco aumenta ainda mais quando vislumbramos o novo Código de Processo Civil de 2015, cuja lógica é totalmente distinta daquela que inspira o processo do trabalho, como veremos.

9 .....  
 Vide exemplo do indeferimento da inicial, da intervenção de terceiros, da oitiva de testemunha por carta precatória, etc, que, via de regra, não devem ocorrer no procedimento trabalhista.

10 .....  
 SILVA, Antônio Álvares da. “Modernização da Justiça do Trabalho no Brasil”. In: *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk*. Coordenação de José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1995, p. 61.

Na tentativa de melhor instrumentalizar a atividade do juiz neste sentido, já sustentei que:

E como a regra do artigo 769, da CLT, deve ser vista como uma regra de proteção da CLT frente às ameaças do CPC, não é possível utilizar a mesma regra para impedir a aplicação de normas do CPC que, na evolução legislativa, tornam-se mais efetivas do que aquelas previstas na CLT. Ou seja, mesmo que a CLT não seja omissa, não se pode recusar a incidência do CPC, quando este esteja mais avançado no aspecto específico.<sup>11</sup>

Mas, pensando melhor, após análise detida de cada um dos artigos, parágrafos e incisos do novo CPC, que se apresenta como um organismo doente, vez que tentou abraçar valores contraditórios para satisfação de interesses não completamente revelados, tornando-se um instrumento complexo, desprovido de efetividade e alimento de incidentes processuais de toda ordem, não vejo como a aplicação subsidiária do novo CPC possa ser benéfica aos objetivos do processo do trabalho, até porque essa aplicação teria que ser extremamente cindida, seletiva, dando margens a discussões que apenas inibem a efetividade do processo, de modo, inclusive, a abrir a porta para a incidência de institutos extremamente danosos ao processo do trabalho como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

11 . SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação entre o processo civil e o processo do trabalho*. In: O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho. Org. Elisson Miessa. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 164.

Aliás, o próprio art. 769 é expresso no sentido de que a aplicação de normas do processo civil está condicionada a uma dupla condição: omissão e compatibilidade com as normas da CLT.

Verdade que interpretação do artigo 769 sofreu evolução bastante considerável quando se passou a admitir, diante das constantes alterações que o CPC vinha sofrendo por meio de legislação esparsa, no sentido de que seria possível aplicar ao processo do trabalho toda regra da legislação processual civil que servisse à melhoria da prestação jurisdicional trabalhista, mesmo que houvesse no processo do trabalho dispositivo regulando a matéria (teoria da “lacuna axiológica”) e também no sentido de permitir a aplicação parcial da regra, de modo a “pinçar” dela tão somente o que servisse a esse objetivo, desprezando-se o restante.

Esse alcance atualmente dado ao artigo 769 da CLT poderia nos conferir a falsa ilusão de que bastaria, então, ver no CPC as regras que atendem a esse objetivo, aplicá-las e desprezar o restante. No entanto, a questão é bem mais profunda, como se procurará demonstrar, pois o novo CPC esconde um espírito anti-democrático, que seria legitimado por esse exercício de conveniência.

Fato é que não se pode compactuar com o autoritarismo em nenhum aspecto e por nenhuma razão. Além disso, as eventuais lacunas advindas de uma postura de negação completa do CPC, que não seriam nem tantas nem tão relevantes, supondo-se que se saibam utilizar as regras e os princípios do processo do trabalho, seria facilmente supridas com a incorporação das práticas processuais adotadas cotidianamente nas Varas como regras consuetudinárias e jurisprudenciais. Lembre-

se que a jurisprudência no próprio novo CPC é extremamente valorizada e não seria próprio que se negasse a sua legitimidade para regular o próprio processo do trabalho, ainda mais estando de acordo com seus princípios próprios.

Não se pode deixar de considerar que a atração para o processo do trabalho da lógica de mercado enaltecida nos fundamentos do novo CPC implicaria, sem a menor dúvida, na destruição da própria razão de ser de um ramo do Direito com racionalidade social, voltada à valoração da condição humana do trabalhador, implicando na destruição institucional da Justiça do Trabalho.

### III- Contexto do advento do novo CPC

Diz-se que o novo CPC surgiu para recuperar a imagem do Judiciário desgastada junto à opinião pública, em razão da morosidade.

Esse pressuposto, primeiro, não serve para a Justiça do Trabalho, cuja imagem perante à sociedade, ou mais propriamente perante os seus consumidores imediatos, os trabalhadores, não tem a sua imagem desgastada, muito pelo contrário, a não ser, de forma mais generalizada, no que se refere aos casos de julgamento dos dissídios de greve.

O propósito do legislador, portanto, não seria pertinente com a realidade da Justiça do Trabalho.

De todo modo, há de duvidar que tenha sido este, efetivamente, o propósito do legislador, sendo de se duvidar mais ainda que, pelas regras criadas, se conseguirá atingi-lo.

Do que não há dúvida é o advento do novo CPC, cujos debates se iniciaram em 2009, com instalação de comissão coordenada pelo atual Ministro do STF, Luiz Fux, se insere no contexto

da Reforma do Judiciário, preconizada e financiada pelo Banco Mundial, a partir de 1994 (e concluída do ponto de vista constitucional em 2004).

Essa reforma do Judiciário, inserida no contexto do projeto neoliberal, tinha como propósito impedir que o Direito, os juristas e os juízes constituíssem empecilhos à imposição da lógica de mercado.

Essa afirmação não é extraída de mera interpretação individual da história. Está consignada, com todas as letras, no Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial: “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para Reforma”, elaborado por Maria Dakolias, denominada “especialista no Setor Judiciário da Divisão do Setor Privado e Público de Modernização” (tradução de Sandro Eduardo Sardá, publicado em junho de 1996).

Ainda que no prefácio do Documento, elaborado por SriRam Aiyer, Diretor do Departamento Técnico para América Latina e Região do Caribe, haja a advertência de que “As interpretações e conclusões expressadas neste documento são de inteira responsabilidade dos autores e não devem de nenhuma forma serem atribuídas ao Banco Mundial, as suas organizações afiliadas ou aos membros de seu quadro de Diretores Executivos ou aos países que eles representam. O Banco Mundial não garante a exatidão dos dados incluídos nesta publicação e não se responsabiliza de nenhuma forma pelas consequências de seu uso”, é mais que evidente que a sua publicação representa uma forma de influenciar as políticas internas dos diversos países, sobretudo aqueles considerados “em desenvolvimento”, até porque o próprio prefaciador se revela quando diz ao final: “Esperamos que o presente trabalho

auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico o staff do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário.”<sup>12</sup>

Os objetivos da Reforma são claros,

12 . Os objetivos da Reforma são claros, conforme revelam as seguintes passagens do Documento:

“Estas recentes mudanças tem causado um repensar do papel do estado. Observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, com o estado atuando como um importante facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento do setor privado. Todavia, as instituições públicas na região tem se apresentado pouco eficientes em responder a estas mudanças.

...em muitos países da região, existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos.

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico.

Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados.

Devido ao atual estado de crise do Judiciário na América Latina, os objetivos e benefícios da reforma podem ser amplamente agrupados em duas estruturas globais: fortalecer e reforçar a democracia e promover o desenvolvimento econômico.”

Para concluir que:

“A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global.”

conforme revelam as seguintes passagens do Documento:

Estas recentes mudanças tem causado um repensar do papel do estado. Observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, com o estado atuando como um importante facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento do setor privado. Todavia, as instituições públicas na região tem se apresentado pouco eficientes em responder a estas mudanças.

...em muitos países da região, existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos.

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico.

Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados.<sup>13</sup>

Devido ao atual estado de crise do Judiciário na América Latina, os objetivos e benefícios da reforma podem ser amplamente agrupados em duas estruturas globais: fortalecer

13 Buscaglia e Dakolias, "Judicial Reform", v. nota 3.

e reforçar a democracia e promover o desenvolvimento econômico.

Para concluir que:

A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global.

O projeto de Reforma do Judiciário, apresentado pelo Banco Mundial, preconizava a necessidade de remodelação dos cursos jurídicos para que fossem voltados à formação de profissionais “treinados” para a aplicação de técnicas tendentes a favorecer a lógica de mercado.

A Justiça do Trabalho, de forma mais específica, deve se perceber nesse contexto, pois a gana neoliberal, para favorecimento da

lógica de mercado, incide essencialmente sobre os direitos trabalhistas e, portanto, não foi à toa que a Reforma do Judiciário, iniciada em 1994, previa a extinção da Justiça do Trabalho, e isso somente não se concretizou por conta de uma resistência extremamente forte sobretudo dos profissionais ligados a essa atuação e a esse ramo do conhecimento.

Claro que a não extinção da Justiça do Trabalho e, ademais, bem ao contrário, o seu fortalecimento com a ampliação da sua competência, não agradou a vários setores difusores do projeto neoliberal, e isso pode ser verificado na manifestação expressa do jornal O Estado de S. Paulo, que publicou, no dia 22 de novembro, de 2004, editorial com a seguinte reclamação: “Entre as diversas inovações introduzidas pela reforma do Judiciário, a que causou maior surpresa ocorreu no âmbito da Justiça do Trabalho. Em vez de ser esvaziada como se esperava, por ter sido criada há décadas sob inspiração do fascismo italiano e estar hoje em descompasso com as necessidades da economia, a instituição, graças à ação do seu poderoso lobby no Senado, especialmente no decorrer da votação dos destaques, conseguiu sair bastante fortalecida”.

De todo modo, a diminuição da relevância jurídica do juiz atinge a toda a magistratura e se a Justiça do Trabalho não foi extinta, como previsto inicialmente, praticamente todas as demais fases da Reforma do Judiciário preconizadas no Documento do Banco Mundial já se concretizaram: criação do CNJ; introdução da súmula vinculante; aparelhamento do STF, por via legislativa, do Recurso Extraordinário com repercussão geral, que permite alteração de jurisprudência sem reiteração de julgados; implementação do sistema informatizado - PJe;

desenvolvimento das estratégias de gestão; e difusão da prática de conciliação.

O que resulta desse quadro é uma magistratura fragilizada, impulsionada pela produtividade, que é, inclusive, avaliada segundo a lógica concorrencial. De julgadores, que exercem poder jurisdicional, qual seja, de dizer o direito, que é, na essência, construir o direito, os magistrados, para contribuírem com o problema central da morosidade, foram transformados em gestores, devendo, portanto, pensar com a mente do administrador, agir com a racionalidade econômica de índole privada e tratar os servidores como mera força de trabalho. Os servidores, então, se veem sobrecarregados com tarefas que se multiplicam no sistema informatizado, sob a pressão da concorrência e das estratégias que são utilizadas para que mais trabalho seja extraído deles dentro da mesma jornada.

Todos, juízes e servidores, se veem diante de um sistema informatizado que permite controle total sobre a quantidade (e o conteúdo) das atividades por eles exercidas, em tempo real, fazendo com que, inclusive, hora e local não sejam obstáculos ao trabalho.

O CNJ, como órgão disciplinar, expõe todos ao cumprimento de metas, que foram estabelecidas nos padrões da racionalidade das empresas privadas, subtraindo, por consequência, o conteúdo intelectual e construtivo da atuação jurisdicional. Metas que, ademais, por si sós, constituem fator de desumanização, provocando assédios e adoecimentos, além de mecanização da atividade. Não é demais lembrar que os planos estratégicos para o Judiciário tiveram, em muitos aspectos, a contribuição intelectual de profissionais da Administração da Fundação

Getúlio Vargas, que, inclusive, participaram de diversas atividades de “treinamento” (leia-se, “adestramento”) de juízes.

De fato, os juízes estão sendo incentivados a “produzir” decisões, com presteza e eficiência, respeitando a lógica de mercado, estando eles próprios inseridos nessa lógica na medida em que eventual promoção pessoal está submetida à comparação das “produções” de cada juiz. Destaque-se que na comparação da produção, segundo critérios do CNJ, terão peso o desempenho (20 pontos), a produtividade (30 pontos) e a presteza (25 pontos), sendo que apenas periféricamente interessará o aperfeiçoamento técnico (10 pontos)<sup>14</sup>.

Interessante notar que embora a Resolução n. 106/10, do CNJ, que regula a promoção de juízes, diga que “Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões” (art. 10), este mesmo documento deixa claro, logo na sequência, que “A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).”

Os próprios Tribunais se veem em situação de concorrência uns com os outros e grande fator para se “conquistar” uma “premiação”

14 ..... Art. 11, da Resolução n. 106, de 06 de abril de 2010, da lavra do Ministro Gilmar Mendes.

são os números atingidos em termos de conciliação, advindo daí as reiteradas “semanas da conciliação”. O incentivo à conciliação, como forma de recompensar juízes e tribunais, no entanto, desvirtua tanto o instituto da conciliação quanto a própria função do Judiciário, entendida como instituição responsável pelo resgate da autoridade da ordem jurídica, o que no caso do Direito do Trabalho assume, inclusive, uma dimensão trágica se pensarmos na natureza alimentar e na condição de direito fundamental dos direitos trabalhistas, assim como na dificuldade cultural histórica que possuímos em torno do reconhecimento da relevância social e econômica desses direitos como forma de superarmos, enfim, a era escravista.

Fato concreto é que essa estrutura organizacional, idealizada no Documento n. 319 do Banco Mundial, favorece a sedimentação no âmbito do Judiciário da racionalidade econômica, que constitui um grave risco para a construção e a efetividade dos direitos trabalhistas e dos direitos sociais, em geral. No contexto de um Judiciário trabalhista esfacelado, preocupado com a concorrência, sem desenvolver compreensões totalizantes que definam o seu papel institucional, abre-se a porta para que o Supremo Tribunal Federal, valendo-se, ainda, da força do CNJ, da súmula vinculante e da repercussão geral, sob o argumento formal de que as normas trabalhistas encontram-se na Constituição e que sua aplicação, portanto, envolve uma questão constitucional, passe a ditar as regras trabalhistas com um viés economicista.

Os efeitos dessa preocupação podem ser identificados no novo CPC, notadamente, no que se refere: ao incentivo à conciliação (arts. 2º, § 3º; 139, V; 165 a 175; 334; 932, I); na

explicitação da lógica da eficiência (art. 8º); e na disciplina judiciária, direta ou indiretamente incentivada (art. 332, I; 489, VI; 927; 932; 947; 948; 950; 966; 976 a 987; 988 a 993; 1.011, I; 1.022).

O artigo 8º, por exemplo, faz, explicitamente, menção à “eficiência” como critério a nortear o princípio da proteção da dignidade humana em seu cotejo com outros valores, o que, certamente, se faz para extrair do juiz uma visão humanista e utópica do direito. Aliás, a compreensão principiológica e histórica do direito, além do papel do juiz, como responsável pela efetividade plena dos Direitos Humanos, são solenemente afastados do novo CPC, ferindo, neste aspecto, os compromissos assumidos pelo Brasil frente às Declarações e tratados internacionais, desde que firmada a Carta das Nações Unidas, em 1945.

#### **IV- Análise do novo CPC**

##### **1. Alguns elementos para o diagnóstico**

Quando se pensa em um Código a primeira ideia que vem à mente é a de um conjunto sistêmico, onde os elementos se interligam coerentemente e estão voltados a um objetivo comum, sendo possível na abstração jurídica extrair desse corpo valores que o norteiam, aos quais se confere o nome de princípios.

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).

Ora, qual a utilidade, passadas décadas de aprofundamentos teóricos, do Código se ocupar em trazer a definição de: despacho, decisão interlocutória, sentença e acórdão?

A leitura dos artigos correspondentes é de uma inutilidade estúpida. Senão, vejamos:

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

Art. 205. Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes.

§ 1º Quando os pronunciamentos previstos no caput forem proferidos oralmente, o servidor os documentará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura.

§ 2º A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei.

§ 3º Os despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos serão publicados no Diário de Justiça Eletrônico.

Os exemplos de dispositivos inúteis no Código são tantos que seria preciso elaborar outro texto (bastante grande) apenas para descrevê-los. De todo modo, não posso me furtar de apresentar alguns exemplos, dos quais o art. 208 se destaca:

Art. 208. Os termos de juntada, vista, conclusão e outros semelhantes constarão de notas datadas e rubricadas pelo escrivão ou pelo chefe de secretaria.

Não é possível deixar de perceber, também, a extrema preocupação do legislador em regular a questão pertinente aos honorários advocatícios e periciais, que, embora importante, é tratada quase que por uma lei que se coloca dentro do Código, quebrando qualquer coerência. Com efeito, são ao todo 71 (setenta e um) dispositivos sobre o tema, dispersos em artigos, incisos e parágrafos extremamente minudentes (arts. 82 a 97).

No afã de dizer tudo, claro, acabou dizendo coisas também completamente despropositadas do ponto de vista da própria administração dos serviços judiciários, como o tempo que deve separar uma audiência

da outra, que seria, para as audiências de conciliação, de 20 minutos, conforme § 12, do art. 334, e de uma hora, para as audiências de instrução, nos termos do § 9º, do artigo 357.

Aliás, do ponto de vista das atividades burocráticas o novo Código já nasceu velho, visto que traz inúmeros dispositivos que não terão qualquer aplicabilidade prática na media em que os processos já estão na fase virtual (ao menos na Justiça do Trabalho essa é a realidade da grande maioria das unidades judiciárias).

Ademais, mesmo em termos burocráticos o Código perde a chance de eliminar trabalhos inúteis, que só se justificam dentro de uma lógica de desconfiança recíproca entre os sujeitos do processo, como o previsto no art. 207:

Art. 207. O escrivão ou o chefe de secretaria numerará e rubricará todas as folhas dos autos.

Parágrafo único. À parte, ao procurador, ao membro do Ministério Público, ao defensor público e aos auxiliares da justiça é facultado rubricar as folhas correspondentes aos atos em que intervierem.

Vejam, no entanto, o que dizem os artigos 5º. e 6º:

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.

A contradição da lógica contida no art. 207 com a que se extrai dos artigos 5º e 6º é tão gritante que revela o sentimento de que o legislador não crê nem um pouco nos valores

que ele próprio expressa.

Ou seja, segundo o Código, todos agem de boa fé e em colaboração, mas para garantir é melhor numerar as folhas dos autos e ainda conferir o direito às partes de rubricá-las para que ninguém as suprimam.

A contradição é mesmo o princípio que parece fundar o novo Código, que se pretende célere, mas que é extremamente prolixo e complicado, obstando a celeridade; que pretende conferir maiores poderes ao juiz, mas que desconfia dos objetivos do juiz, não querendo, pois, concretamente, que o juiz exerça um poder instrutório e jurisdicional; que, notoriamente, tenta atribuir mais funções ao advogado, mas que, projetando os riscos que podem advir da enorme quantidade de incidentes que disponibiliza ao advogado, põe o juiz em ação para controlar o advogado...

Aliás, depois de tanto regular o Código vem e diz que as partes podem fixar o procedimento que melhor aprover aos seus interesses particulares (art. 190) e que o juiz pode combinar com as partes prazos diversos dos estabelecidos no Código (art. 191). De todo modo, salta aos olhos a diferença entre o alcance que se confere à negociação das partes e aquela da qual participa o juiz. As partes podem tudo, desde controladas pelo juiz. Já o juiz e as partes só podem alterar prazos. Vai entender...

Na linha da contradição, verifique-se que o Código pretende regular tudo, mas acaba dizendo que se os atos forem praticados de outro modo e atingirem a finalidade serão considerados válidos (art. 188) e que o juiz, que deve se submeter à vontade das partes, pode “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações

meramente protelatórias”, “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” e “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem da produção dos meios prova adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, III, IV e VI).

Cumpra-se reparar que esses poderes conferidos ao juiz são limitados à produção e análise da prova, porque no que se refere ao ato de julgar propriamente dito o juiz, para o Código, é um autômato, que deve justificar e justificar, exaustivamente, sua decisão e que, além disso, deve seguir súmulas e jurisprudência, sob pena de nulidade da sentença (art. 489, analisado mais adiante).

Reforçando o diagnóstico da esquizofrenia, mesmo naquilo em que o novo Código aparenta progredir, quando, por exemplo, para garantir a dignidade da justiça permite ao juiz realizar as ações corretivas relativas à conduta processual das partes, trata logo de definir o alcance dessa “dignidade”, fixando limites para a atuação do juiz (§§ 1º, 2º e 3º. do art. 77 e art. 81).

As fórmulas do CPC são tão contraditórias e, por consequência, tão estapafúrdias e complexas, que a cada leitura de um artigo, inciso ou parágrafo, o leitor vai se aprofundando em um verdadeiro emaranhado de normas apostas sobre um terreno movediço e dispostas na forma de um labirinto. Com isso vai se distanciando do conflito do direito material, que resta subtraído de sua mente. Ou seja, depois de vários anos do esforço teórico de

tantos processualistas<sup>15</sup> para construir a noção do processo como instrumento, retorna-se à visão do processo como um fim em si mesmo, com o gravame de que sequer se sabe, verdadeiramente, qual o fim este almeja.

## 2. “Normas fundamentais”?

Muitos dirão que estou exagerando, mas lhes garanto que o exagero na argumentação é proporcional ao tamanho do distúrbio do novo Código.

De plano, tratando exatamente das “normas fundamentais”, o novo CPC parece dar um grande passo à frente ao dizer que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, reconhecendo, enfim, que a Constituição está acima da lei processual, algo que, concretamente, parte da ciência processual, exprimindo certa soberba, não conseguia admitir. No entanto, o legislador logo se trai ao preconizar que a Constituição será aplicada observando-se “as disposições deste Código” (art. 1º.).

Repare-se que a perspectiva constitucional é plenamente afastada no capítulo que trata dos “poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz” (arts. 139 a 143), vinculando a atuação do juiz às disposições “deste Código”.

Na sequência, uma nova expectativa frustrada. Diz o artigo 2º. que o processo se “desenvolve por impulso oficial”, fazendo crer que o legislador confia na atuação do juiz, mas já

15 . Vide, por exemplo, José Carlos Barbosa Moreira, Candido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Kasuo Watanabe, dentre outros.

vem com a ressalva de que existem “as exceções previstas em lei” para essa atuação. E cumpre reparar que o mesmo artigo não abandona a tradição privatista de que “O processo começa por iniciativa da parte”.

Ainda tratando das “normas fundamentais do processo”, o legislador faz questão de “dar uma força” à atuação extraprocessual, pondo em relevo a arbitragem (§ 1º. do art. 3º), ao mesmo tempo em que, parecendo não confiar na eficácia das normas processuais criadas para conferirem a satisfação da pretensão jurídica com celeridade, estimula a conciliação, sem, ademais, estabelecer qualquer limite ou mesmo preceito valorativo sobre tal instituto, mesmo que tenha se dedicado nos seus 1.072 artigos, como já observado, a regular tudo, inclusive a forma da numeração das folhas dos autos, ou mesmo a trazer o conceito de acórdão, por exemplo.

No artigo 7º diz que as partes têm o direito a uma “paridade de tratamento”, mas como serão tratadas com paridade se não forem materialmente iguais? A regra parece tentar afrontar a prática jurisdicional de tratar os desiguais de forma desigual na medida em que se desiguam para que a igualdade processual se perfaça em concreto.

O artigo 8º, “data venia, é um “show de horrores”, pois parece não dizer nada quando trata das figuras abstratas dos “fins sociais” e “bem comum”, mas logo confere ao princípio fundamental da República do Brasil, a proteção da dignidade humana, uma flexibilidade de índole neoliberal. O dispositivo processual em questão estabelece que a eficácia do princípio da dignidade humana deve observar a “proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Ou seja,

para o legislador que desconfia do juiz caberá ao juiz, em cada caso, avaliar a pertinência da aplicação do princípio da proteção da dignidade humana, podendo, e até devendo, afastá-lo em homenagem, por exemplo, à lógica econômica da “eficiência”.

E logo depois vem com a pérola, que até contraria o dispositivo anterior, no sentido de que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

Ora, mas se é uma atuação de ofício, prevista em lei, qual é o sentido de abrir oportunidade para as partes falarem sobre algo que já está previsto em lei? Claro que a medida apenas revela, mais uma vez, uma desconfiança sobre o juiz, que acaba evitando a própria atuação racional do processo.

Aliás, é com base em tal sentimento que até já se criou na jurisprudência a prática absurda de o juiz ter que dar oportunidade de fala à parte contrária quando sente que os embargos declaratórios modificativos interpostos por uma das partes pode ser acatado. Ora, se os embargos buscam corrigir a sentença e se todos os argumentos foram utilizados pelas partes antes do processo ir a julgamento e houve um erro de avaliação juiz que deve ser corrigido, conforme advertido pela parte, não tem o menor sentido reabrir um contraditório a respeito. Mas, enfim, o legislador agora considera que essa irracionalidade deve ser a regra na atuação processual...

E vamos em frente, se é que é possível!

Na sequência vem o artigo 11, que dá a impressão de dizer o óbvio, mas que se for

conduzido pela irracionalidade que marca o novo CPC pode simplesmente travar o processo. Claro que todas as decisões do juiz devem ser fundamentadas, mas nem sempre a explicitação desse fundamento é atrativo para a melhor prestação jurisdicional. Imaginemos uma audiência na qual se faça ao juiz uma demanda totalmente despropositada, como, por exemplo, uma pergunta impertinente à testemunha. A decisão de indeferir a pergunta, muitas vezes sem maiores explicações, até para não causar constrangimentos pessoais, é a melhor forma de atuação, fazendo-se constar dos autos, é claro, o indeferimento. A necessidade de fundamentação apenas torna a audiência muito mais longa e mais conflituosa, sem qualquer utilidade para o contraditório, vez que não necessariamente a parte cuja pergunta foi indeferida se vê processualmente prejudicada, ainda mais se a pergunta for, de fato, impertinente. Então, o artigo fala demais e serve apenas para apontar uma espada sobre o juiz, que posta nas mãos de advogados habilidosos, servirá para causar incidentes processuais, valendo lembrar que a nulidade, mesmo para o novo Código, não se pronuncia automaticamente, estando atrelada ao efetivo prejuízo (§ 2º. art. 282).

E demonstrando que a fantasia dominou mesmo a mente do legislador, dispôs-se no artigo 12 que “os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão”, como se essa fosse, inclusive, uma atuação em conformidade com o princípio da eficiência. Mas percebendo o absurdo da determinação, que desconsidera a realidade e mesmo as diferenças de dificuldades dos diversos processos, o próprio legislador, também para não deixar de evidenciar sua feição

esquizofrênica, apresenta 9 (nove) exceções à regra, mas sem esclarecer a ordem das exceções, tornando, inclusive, inviável realizar a tal lista cronológica de processos para julgar sem que haja contestações de diversas naturezas. Assim, o juiz (e seus auxiliares) perderá muito mais tempo fazendo a lista e apreciando as impugnações do que propriamente julgando os processos.

Concluindo a leitura do Capítulo das “normas fundamentais” a pergunta que fica é: quais são, afinal, os valores considerados como fundamentais pelo Código? Resposta: nenhum. Dos artigos em questão não se extrai preceito fundamental algum. Por outro lado, muitos elementos para uma análise psiquiátrica estão presentes.

E por aí a coisa vai, e vem, e sobe, e desce, e desvia, na leitura dos demais artigos. Uma leitura que, afinal, só serve mesmo para reforçar a argumentação central da imprestabilidade normativa do novo Código, que, apesar de tudo, se mostra extremamente confiante para dar saltos espetaculares, normatizando o mundo jurídico a partir de si mesmo.

### 3. Mirando a Justiça do Trabalho

É assim que o art. 15 que o Código prevê que suas disposições serão aplicadas nos processos “eleitorais, trabalhistas ou administrativos” de forma supletiva e subsidiária.

A falta de técnica, no entanto, trai o legislador e a pretensão cai no vazio na medida em que vincula esta pretensão expansionista à “ausência de normas” que regulem os respectivos processos.

Ocorre que no caso do processo do trabalho, por exemplo, existem mais de 265

artigos na CLT regulando o processo do trabalho, sem falar nas normas extraídas de diversas leis que completam, de forma específica, a obra celetista, além das 278 Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST cuidando o tema. Ou seja, o que não falta é norma regulando o processo trabalhista e, portanto, pelo critério adotado pelo novo CPC não se poderá aplicá-lo nas lides trabalhistas.

Não se pode deixar de considerar, também, que como o novo Código ao fazer referência, ainda que indireta, à teoria pós-positivista, já que explicita à ponderação como critério de julgamento, o legislador tem plena consciência do sentido que o termo “norma” adquire no contexto técnico dessa teoria, que considera norma o gênero do qual são espécies as regras e os princípios. Ora, o processo do trabalho não apenas possui inúmeras regras a regulá-los, mas também princípios que são absolutamente incompatíveis com os princípios que regem o novo Código Civil. Também por isso, portanto, seguindo a própria literalidade do art. 15, o novo Código não se aplica ao processo do trabalho.

Mas admitindo-se que essa interpretação literal não venha a ser acolhida, o que resta não é submeter-se ao inexorável, mas a necessidade de buscar outros argumentos para justificar a inaplicabilidade da totalidade dos dispositivos do novo CPC ao processo do trabalho, vez que a alternativa de uma aplicação parcial, pinçando exclusivamente os dispositivos que poderiam ser considerados eficientes para melhorar a prestação jurisdicional trabalhista (o que tecnicamente é possível e, ademais, já vem sendo feito) geraria o grave risco de atrair para o cotidiano das Varas do Trabalho uma profusão de incidentes, que constitui a marca do novo CPC, assim como o que está em sua base, que

é o propósito de destruir a atuação jurisdicional do juiz.

Veja-se que as questões de megalomania e contradições, refletindo um estado de esquizofrenia, de fato acabam obscurecendo o propósito muito convicto e preciso do novo Código que é o do retirar dos juízes de primeiro grau (e, em certo sentido, também dos desembargadores) o poder jurisdicional, isto é, o poder de dizer e, portanto, construir o direito.

Aliás, os traços de esquizofrenia talvez estejam presentes como efeito exatamente da tentativa de não permitir que esse propósito se revele. Ora, como a Constituição consagra o Estado Democrático de Direito, do qual é essência a independência dos juízes, não se pode obrigar os juízes a abdicar de seu poder e não se pode punir juízes que defendam sua independência, sob pena de demonstração clara da lógica autoritária. Se o propósito é esse, mas não se pode explicitá-lo, surge, então, a estratégia de criar mecanismos de controle dos juízes que tenham a aparência de atender outros objetivos, como a “celeridade”, a “segurança jurídica”, a “previsibilidade”, a “eficiência”, só que esses mecanismos, não podendo excluir a vontade dos juízes, precisam ser ameaçadores e ao mesmo tempo, reconhecendo que apenas ameaça não basta, ainda mais porque velada, devem ser centralizadores, isto é, aptos para retirarem os próprios processos das mãos dos juízes, o que obriga a criação de procedimentos complexos, com muitos legitimados e repletos de recursos.

Diga-se de forma bastante clara que esse propósito de extrair o poder jurisdicional dos juízes toca de forma primordial a Justiça do Trabalho, já que é a Justiça do Trabalho a responsável pela regulação do conflito

essencial da sociedade capitalista, que é o conflito entre o capital e o trabalho. Ora, se o novo Código está embasado na racionalidade que busca extrair o poder jurisdicional dos juízes para atingir a ilusória, ou retórica, segurança negocial, é evidente que esse conflito e, por conseqüência, a atuação da Justiça do Trabalho, foram considerados. Assim ainda que se trate um Código de Processo Civil, elaborado por processualistas civis, com preocupações teóricas e práticas ligadas às lides que percorrem a Justiça comum, as atuações dos juízes do trabalho estiveram nas mentes desses “legisladores”, sendo que isso, aliás, está confessado no próprio artigo 15 acima citado.

Não se pode, pois, entrar na discussão da aplicação do novo CPC ao processo do trabalho sem ter em mente essas percepções de ordem estrutural.

#### 4. Perigo à vista

O novo CPC, por certo, não se resume a regras contraditórias. Possui muitas regras com determinações claras, mas que representam graves riscos de danos irreparáveis à prestação jurisdicional trabalhista.

O artigo 77, nos seus §§ 1º, 2º, e 3º, claramente tenta limitar a atuação corretiva do juiz frente à atuação das partes, criando, de certo modo, um direito para que estas contrariem os objetivos do processo.

O artigo 78, que reproduz fórmula anterior é verdade, reforça a lógica autoritária em um processo que parece querer ser mais democrático. Ora, as partes devem ter o direito, inclusive, de criticar o juiz e de se expressar, sendo totalmente impróprio, na lógica democrática, abolir a fala. A fala, o escrito, não

deve ser proibida. Atingindo a esfera jurídica alheia, pode gerar, por si, conseqüências jurídicas, mas isso não justifica que sejam banidas (riscadas dos autos).

O artigo 98 prevê a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita para as pessoas jurídicas, mas no processo do trabalho a pessoa jurídica é o empregador e como ostenta a condição de capitalista, tendo, inclusive, explorado o trabalho alheio para o desenvolvimento de uma atividade, não é pertinente que venha a juízo dizer não possui condições financeiras para suportar os custos do processo, pois se é isso sequer poderia ter ostentado a condição de empregador.

O artigo 98, inclusive, chega a inserir no alcance dos benefícios em questão o não pagamento do depósito recursal, que é, como se sabe, no processo do trabalho, uma garantia da própria eficácia da execução, sendo certo que o mesmo argumento supra se repete para a hipótese.

Vide que o Código cria um procedimento, com concessão de prazo de 15 (quinze) dias, para impugnação e julgamento do pedido de assistência judiciária, fixando, ainda, que da decisão cabe agravo de instrumento (arts. 100 e 101).

Os artigos 103 a 107, 108 a 112, 113 a 118, tratando, respectivamente, dos procuradores, da sucessão das partes e dos procuradores, e do litisconsórcio, não têm incidência no processo do trabalho, sobretudo por conta de minúcias que pouca relevância possuem na sistemática processual trabalhista.

A intervenção de terceiros, regulada nos artigos 119 a 132, conforme prática corrente nas lides trabalhistas, não tem aplicação no processo do trabalho.

Destaquem-se, a propósito, os artigos 133 a 137. Ora, não está dito expressamente no texto (e por certo não estaria) que cria o **“incidente de desconsideração da personalidade jurídica”**, mas é muito claro que o legislador (ou o corpo de processualistas que opinou na formulação do Código) fez essa regulação pensando, exatamente, nos juízes do trabalho, para tentar impedi-los de continuarem atuando de modo a buscar os bens dos sócios quando os bens da pessoa jurídica não são suficientes para satisfazer a execução, sendo que o fazem da maneira necessária para que a medida tenha eficácia, penhorando primeiro e discutindo depois.

O procedimento estabelecido, no entanto, apenas contribui para a morosidade processual, além de ser um desserviço à efetividade da prestação jurisdicional. O incidente só interessa, portanto, ao mal pagador, que no caso do processo do trabalho é uma empresa ou um empresário que explorou, de forma irresponsável, o trabalho alheio, ferindo, por consequência, normas de direitos fundamentais.

Não tem o menor sentido falar em garantias de direitos fundamentais processuais ao infrator da ordem jurídica quando essas garantias destroem a eficácia de direitos fundamentais materiais, até porque na desconsideração da personalidade seguida da penhora de bens não se nega o contraditório apenas este é postergado para que as medidas processuais, que visam a garantir o direito fundamental material, tenham eficácia.

Cabe acrescentar que para o Direito do Trabalho o empregador é a empresa (art. 2º. da CLT), que está integrado, portanto, da figura do empresário, cuja responsabilidade não pode ser

excluída justamente porque é sua a decisão de empreender por intermédio da exploração do trabalho alheio, sendo que o risco do negócio, nos termos do mesmo artigo 2º., não pertence aos empregados e sim aos empregadores.

Depois, no artigo 138, vem essa figura esdrúxula do *“amicus curiae”*, sem qualquer objetividade concreta, a não ser a de complicar as lides processuais.

Nos artigos 165 a 175 regula-se a atuação dos conciliadores e mediadores fazendo vistas grossas à Constituição no que se refere à garantia da cidadania no que tange ao concurso público, sendo que para parecer que não se está contrariando a Constituição acaba incorrendo em outra irregularidade ao prever a realização de *“trabalho voluntário, observada a legislação pertinente”* (§ 1º, art. 169), cujos termos<sup>16</sup> não se encaixam na hipótese específica, sendo que a exploração sem direitos do trabalho também é vedada pela Constituição.

No que se refere à citação, o Código mais uma vez quer avançar, mas não tem coragem de fazê-lo. Prevê a possibilidade de citação pelo correio, com entrega da carta registrada no endereço indicado, exigindo, no entanto, que a pessoa que recebe a carta, não sendo o próprio citando, seja um *“funcionário responsável pelo recebimento de correspondências”* (§§ 2º e 3º do art. 248).

## 5. O maior perigo: ataque à independência do juiz

Em seguida, o Código regula os poderes, os deveres e a responsabilidade do juiz,

16 .....  
Lei n. 9.608/98.

deixando claro, desde o título, a inclinação do legislador para muito mais fiscalizar o juiz do que confiar em sua atuação. Aliás, pode-se dizer mesmo que a linha mestra do novo CPC é o aprisionamento do juiz, de modo a retirar-lhe o poder jurisdicional e transformá-lo em gestor e reproduzidor da lógica empresarial econômica.

A fórmula inscrita no novo CPC de circunscrever o princípio da dignidade humana ao critério da eficiência (art. 8º.), de extrair do juiz o julgamento por equidade, de vincular a prestação jurisdicional ao pedido, de procedimentalizar ao extremo a atuação do juiz, de transformar o juiz em gestor e de incentivar a atuação pautada pela reprodução de súmulas, além de não fazer qualquer menção ao papel do juiz frente aos princípios jurídicos e aos direitos humanos e fundamentais, representa um esvaziamento pleno da atuação jurisdicional.

O juiz, ademais, é um gestor que não inspira confiança nem mesmo para exercer a tarefa de administrar, pois o Código, como visto, chega a dizer como o juiz deve organizar a sua pauta de audiências, e do qual, além disso, se requer uma atitude repressiva com relação aos servidores art. 233, § 1º. Aliás, se nada funcionar já se tem no Código o veredicto: “culpado, o servidor”.

Interessante que o próprio novo CPC chega a reconhecer a uma amplitude ao direito para além da lei, ao estipular que “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (art. 140), mas logo na sequência limita essa atuação ao julgamento com equidade, mas que estará autorizado somente “nos casos previstos em lei” (parágrafo único do mesmo artigo).

Claro que por via da interpretação se poderá dizer que a vinculação ao pedido está

restrita às demandas de natureza privada, atingindo, pois, os efeitos de ordem pública, já que o artigo 141 assim dispõe: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a **cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.**” – grifou-se. Ora, *a contrario sensu*, se poderia dizer que como para os efeitos de ordem pública a lei não exige iniciativa da parte, não haveria impedimento para que o juiz atribuisse tais efeitos para além dos pedidos formulados. No entanto, duvido muito de que esse alcance seja dado a referida norma.

No geral, o que se verifica é mesmo um incentivo para que o juiz não se proponha a interagir com a realidade social buscando corrigi-la e sim que elimine o processo, visto na lógica do conflito individual, dentro da maior previsibilidade possível.

Lembrando que o juiz está submetido ao cumprimento de metas e posto em comparação com outros juízes quando aos números produzidos, o art. 322 constitui um forte elemento para impulsionar a atuação do juiz na lógica da disciplina judiciária, ainda que não se o fale expressamente.

Nos termos desse artigo, o juiz poderá julgar liminarmente improcedente o pedido, isto é, sem formalizar a lide, quando o pedido contrariar: “I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

Com isso, aliás, dá-se mais peso jurídico à jurisprudência do que à própria lei, pois não há, no mesmo Código, e por certo não poderia mesmo haver, um efeito específico para quem formule uma pretensão que afronte a literalidade de uma lei, inquinando-a de inconstitucional.

Para satisfação de um julgamento célere, que satisfaz à lógica dos números, confere-se ao juiz, inclusive a possibilidade de “julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição” (§ 1º do art. 322). Ou seja, permite-se ao juiz, que não pode julgar fora do pedido, segundo o Código, julgar fora do pedido do réu para julgar improcedente... Mas, afinal, para quê coerência se o objetivo de produzir números se satisfaz não é mesmo?

E já que estamos no art. 322, qual a finalidade do disposto no § 2º deste artigo? “Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.” Como diria Renato Russo, “melhor nem comentar, mas a menina tinha tinta no cabelo”.

Os artigos 489 a 495 constituem a sela do juiz, aprisionando-o exatamente no ato essencial da prestação jurisdicional, que é o do proferimento da sentença. O juiz, que pode quase tudo na fase instrutória, quando vai julgar deve seguir um padrão um roteiro extremamente prolixo, que vai muito além do necessário para cumprir o papel básico da sentença que é o de definir quem tem razão. De fato, o que resulta dos artigos em questão é a inviabilização prática da elaboração da sentença, sendo que o propósito disso é incentivar que o juiz se volte, com todo vigor, à atividade de conciliação ou punir o juiz que se arvora em ser

juiz, forçando, na lógica da sobrevivência, a se submeter às súmulas.

Senão vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º **Não se considera fundamentada** qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - **empregar conceitos jurídicos indeterminados**, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar **todos os argumentos** deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - **se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula**, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte**, sem demonstrar a existência de distinção

no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os **critérios gerais da ponderação efetuada**, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.

Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:

I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;

II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.

§ 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação

jurídica condicional.

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração.

E vale reforçar: o artigo 489 é prática e logicamente inconcebível. Ora, se o juiz tiver mesmo que fazer todo esse exercício físico e mental para elaborar uma sentença, de 100 sentenças por mês passará a elaborar, no máximo, 10, desgastando-se, ainda, nos conseqüentes embargos, reclamações etc. No processo do trabalho o problema se potencializa porque quase todas as reclamações trabalhistas trazem uma acumulação bastante grande de pedidos, carregada, pois, de uma variedade enorme de questões jurídicas.

Com cerca de 3.500 processos novos a cada ano, pressionado pelos números ditados pelas metas e pela concorrência, elaborar sentenças com todos esses elementos seria um autêntico martírio, o que, de fato, torna a sentença um ato irrealizável.

Verifique-se que a impossibilidade da elaboração da sentença não se trata unicamente de um problema quantitativo, mas também de uma decorrência extraída da lógica.

Ora, o Código estipula que a sentença não será considerada fundamentada se “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte”, mas atribui o mesmo efeito se a sentença “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes”. Assim, o juiz, segundo o Código, mesmo não com o conteúdo de uma súmula está obrigado a segui-la, mas não poderá se limitar a indicá-la, devendo, isto sim, trazer os fundamentos da súmula, mas esses fundamentos não estão de acordo com o seu convencimento, vendo-se, então, obrigado a apresentar os seus fundamentos e divergir deles para justificar a incidência da súmula, com a qual não concorda. Ou seja, uma coisa de doido!

A gravidade jurídica dos termos do artigo 489, no entanto, vai bem além disso, já que afronta a pedra fundamental do Estado Democrático de Direito e ordem jurídica internacional pautada pela prevalência dos Direitos Humanos, não tendo, portanto, eficácia concreta, como se esclarecerá mais adiante.

Mas vale insistir. O § 1º do artigo 489 diz, textualmente, que “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Ou seja, sentença que não segue enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte não é sentença. Mas então para que se quer um juiz afinal? Não seria melhor um computador, efetuando-se coleta de dados e expressando o resultado pré-

programado?

Sim, se dirá, mas o juiz pode não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, mas somente se “demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”, o que quer dizer que sendo o caso idêntico e ainda estando em vigor o entendimento da súmula qualquer coisa que dizer será tido como não dito!

Lógico que a criatividade não se consegue evitar e o juiz fará, quando queira, uma interpretação da própria súmula e uma desvinculação ao caso, mas isso só exigirá esforço que dificulta exatamente o objetivo da celeridade processual, alimentando incidentes e forçando, na lógica do contexto de restrição da atuação do juiz, a profusão de novas súmulas.

É bem verdade, também, que esse mal já havia sido integrado ao processo do trabalho por intermédio de uma lei que, de forma bastante curiosa, é uma espécie de anagrama da lei do novo CPC. Nos termos da Lei n. 13.015 de 2014, caberá a interposição de embargos no TST, quando as decisões das Turmas forem “contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal”.

Dispõe, também, que “O Ministro Relator denegará seguimento aos embargos: I - se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou com iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cumprindo-lhe indicá-la”.

No caso de recurso de revista, interposto das decisões dos Tribunais Regionais, a lei

em questão adiciona a seguinte hipótese de admissibilidade quando as decisões “contrariarem súmula de jurisprudência uniforme” do TST ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Obriga, ainda, que Tribunais Regionais do Trabalho procedem a uniformização de sua jurisprudência, cumprindo-lhe aplicar, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

A lei em questão chega ao ponto de abrir a possibilidade de recurso de revista nas ações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o que até então não havia, “por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal” e passa a permitir a interposição de agravo de instrumento para “destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no § 7º deste artigo”.

Adota o procedimento para julgamento de recursos repetitivos, que, instaurado, ensejará a suspensão, também nos regionais, de todos “os recursos interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho”, sendo que “Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito

da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou II - serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.”

Por fim, no caso de revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos, o que será possível “quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica”, dispõe a lei que deverá ser “respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado”.

Essa Lei, no entanto, não é um salvo-conduto para o novo CPC, significando apenas que o legislador está mesmo disposto a suprimir o poder jurisdicional dos juízes e nisto o novo CPC é, ao menos por ora, igualável.

No âmbito dos tribunais dispõe o novo CPC que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926), cumprindo-lhes editar “enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (§ 1º).

Complementa o artigo 927:

Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em

matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e **os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.**

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Percebe-se, pois, que o aprisionamento jurisdicional se pretende também com relação aos desembargadores.

Na ânsia de auferir um resultado processual qualquer, sem interferência do

magistrado, o artigo 932 chama a conciliação de “autocomposição”, impondo ao relator do recurso a incumbência de homologá-la, como se não pudesse recusar o resultado atingido pelas partes, desprezando, pois, as implicações de ordem pública, que no processo do trabalho são muitas, como se sabe.

Nos termos do mesmo artigo, incumbirá também ao relator: “IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

E, ainda, “depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

## 6. Controlando os juízes e desembargadores

O novo CPC, então, se dispõe a regular o “**incidente de assunção de competência**”, que é um eufemismo para o implemento de um expediente típico da ditadura, a **avocação**. Aqui, no entanto, não se fala em segurança nacional ou manutenção da ordem, mas em “relevante questão de direito, com grande

repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (art. 947), como justificativa para excluir a construção coletiva da ordem jurídica por atuação dos juízes de primeiro grau, atribuindo tal tarefa a um “órgão especial”, cujo entendimento “vinculará” a todos os juízes (§ 3º, art. 947).

Os artigos 948 a 950 regulam o incidente e **arguição de inconstitucionalidade**, quebrando a tradição brasileira do controle difuso da constitucionalidade, pelo qual os diversos juízes participam do processo democrático de construção da ordem jurídica.

E depois de superados todos os obstáculos procedimentais, chegando-se ao trânsito em julgado da decisão de mérito, esta poderá ser **rescindida** quando “**violar manifestamente norma jurídica**”, (inciso V, art. 966), o que pode levar à interpretação de que também as súmulas e jurisprudências dominantes estariam inseridas no conceito de norma jurídica, valendo lembrar que o dispositivo do CPC atual é bem menos amplo, já que se refere a “violar literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC).

Explicitando ainda mais a preocupação central do novo CPC, que é a de vislumbrar a prestação jurisdicional como suporte para a racionalidade econômica, mesmo que a democracia e os direitos fundamentais, humanos e sociais sofram abalo, cria-se o “**incidente de resolução de demandas repetitivas**”, como mecanismo de garantir “segurança jurídica” (art. 976, II).

É interessante perceber que existe aí de fato a preocupação em preservar o interesse do agressor da ordem jurídica. As alardeadas isonomia e segurança jurídica, proporcionadas pela adoção de um entendimento único para todos os casos, só interessam a quem se situa

como réu em diversos processos, mas a esse o que se deve mesmo direcionar é a plena e total insegurança jurídica, pois está existe unicamente para quem cumpre regularmente a ordem jurídica.

Se a intenção fosse beneficiar as vítimas das agressões a direitos, o expediente, a exemplo do que prevê o Código de Defesa do Consumidor, só deveria gerar tais efeitos quando a decisão preservasse, com a maior potencialidade possível, o interesse do autor.

No fundo, trata-se, mais uma vez, de subtração do poder jurisdicional dos juízes de primeiro grau. Conforme dispõe o art. 985:

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

E a situação está longe de favorecer a celeridade por conta da complexidade do procedimento adotado, embora preveja o prazo de um ano para o julgamento (art. 980), porque “Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso” (art. 987) e o recurso “tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente

discutida” (§ 1º).

Mas é claro que a questão uma vez chegada ao Supremo não se restringe ao seu próprio objeto. Aliás, vale destacar que nesses procedimentos não há nenhuma vinculação da prestação jurisdicional ao pedido das partes e aos balizamentos para julgamento. Os tribunais, e mais precisamente o Supremo e os Tribunais Superiores, podem tudo. Podem julgar além do pedido e podem apoiar suas decisões em quaisquer fundamentos e ainda impõem o resultado para qualquer cidadão, parte, ou não, de um processo, além, é claro, de limitarem a atuação dos demais juízes.

É nessa linha que o § 2º, do art. 987 arremata:

Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Por fim, para garantir que nenhum juiz se rebele contra as diretrizes impostas, ou seja, se arvore em ser juiz, confere-se às partes e ao Ministério Público a possibilidade de apresentarem uma **Reclamação**, pode ser proposta perante qualquer tribunal (art. 988, § 1º.), para:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV - garantir a observância de

enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. (art. 988)

O procedimento específico, como todos os demais, estabelece prazos, intervenção do Ministério Público e suspensão do processo. Na Reclamação, além disso, “Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante” (art. 990).

E, novamente, a figura do julgamento fora dos limites do pedido e sem qualquer balizamento legal aparece:

Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

Art. 993. O presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Também no reforço da atuação jurisdicional em consonância com súmulas e jurisprudências dominantes, destaque o art. 1.011, que permite ao relator, em recurso de apelação, decidir monocraticamente quando for se pronunciar em conformidade com o inciso IV e V, do art. 932, acima citado.

Por fim, vale a referência ao art. 1022, que cuida dos embargos de declaração, os quais atingem, agora, qualquer decisão judicial, no sentido de que se considera omissa a decisão que: “I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência

aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

#### V- Jurisprudência de cúpula e afronta à celeridade

Da análise desses dispositivos fica latente a desconfiança que o legislador tem da figura do juiz, mas é, certamente, mais que isso. Trata-se de uma forte incursão sobre a atuação do juiz, de modo a impedi-lo de se apresentar, socialmente, como um construtor do direito, o que acaba atingindo a todo o Judiciário. Repare-se que se o juiz, segundo preconizado no Código, deve seguir súmulas e jurisprudências dominantes de todos os órgãos superiores, a mesma atuação se impõe aos desembargadores com relação aos órgãos que lhe sejam superiores, até se atingir, em espiral ascendente, a esfera do Supremo Tribunal Federal.

Tudo foi orquestrado para garantir que se extraia do Judiciário apenas entendimentos que possam servir de suporte necessário à lógica de mercado, que reclama previsibilidade e segurança jurídica. Mas no Estado democrático de direito não se pode dizer abertamente que os juízes não têm independência e que não podem julgar em conformidade com suas convicções. Então é preciso estabelecer um feixe de incidentes de natureza recursal que conduzam às instâncias superiores – e de forma mais específica ao Supremo Tribunal Federal – praticamente todas as questões debatidas em primeiro grau.

Repare-se que todos os incidentes estudados acima (“incidente de assunção de competência”; “arguição de inconstitucionalidade”; “incidente de resolução

de demandas repetitivas” e “Reclamação”), postos a serviço da limitação dos poderes do juiz, conduzem o processo ao Supremo Tribunal Federal, sem qualquer limitação dos sujeitos legitimados: partes e Ministério Público (arts. 947, § 1º; 977 e 988)<sup>17</sup> e até mesmo entidades alheias ao processo (art. 950, §§ 1º, 2º e 3º).

Pois bem, essa esquizofrenia de centralizar o poder sem querer se assumir autoritário gera esse problema de ter que manter na base mais 16.000 juízes, julgando

17 **Incidente de assunção de competência:** Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

**Incidente de resolução de demandas repetitivas:** Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

**Reclamação:** Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

**Arguição de inconstitucionalidade:** Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades

cerca de 1600 processos por ano<sup>18</sup>, que dá um resultado total de 25.600.000 (vinte e cinco milhões e seiscentos mil) processos jogados a cada ano e considerar que é possível a um órgão com 11 Ministros (STF), mesmo auxiliado pelo CNJ e os demais Tribunais Superiores (STJ e TST), manter sob controle direto todos os juízes mediante o julgamento de reclamações e recursos extraordinário e especial.

Não é à toa que o Ministro Gilmar Mendes veio a público para solicitar uma *vacatio legis* de 05 (cinco) anos para a entrada em vigor do novo Código<sup>19</sup>.

Lembre-se que do ponto de vista estrito do procedimento, as previsões do novo CPC, igualmente, não são nada animadoras, vez que cria várias possibilidades de incidentes, estabelecidas exatamente pelo princípio da desconfiança do juiz seja capaz de resolver as questões que lhe são apresentadas de forma adequada e com garantia do contraditório.

Destaquem-se, neste sentido, os procedimentos, com concessão de prazos e oportunidades de recursos, criados para: a) concessão da assistência judiciária gratuita (arts. 100 e 101); desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137); argüição de falsidade (arts. 430 a 433); sem falar do bastante desnecessário incidente do *amicus curae* (art. 138).

Esses incidentes, combinados com

uma regulação excessivamente minuciosa de cada passo do procedimento, demonstram o sentimento geral norteia o legislador: o pressuposto da existência de um conflito entre as partes e o juiz, tomando o legislador, claramente, o lado do interesse das partes, mas que não é, em geral, o da parte que tem razão, mas da parte que pretende postergar a solução final do processo e torná-lo sem efetividade, cumprindo lembrar neste aspecto as lições de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que processo efetivo não é aquele que acaba rápido, mas o que consegue, com a maior brevidade possível, conferir a quem tem um direito material esse direito por inteiro, nem mais, nem menos.

O legislador chega a transformar o juiz em réu, impondo-lhe o pagamento de custas no procedimento se impedimento ou suspeição (§ 5º, art. 146) e fixando que “responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte” (art. 143), sendo que não prevê nada equivalente com relação à atuação dos advogados.

Aliás, vai ao cúmulo de tornar o juiz uma peça descartável quando confere às partes o direito de estipularem as mudanças que quiserem no procedimento, ajustando, inclusive, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (art. 190). Embora confira ao juiz a possibilidade de, “ex officio”, controlar a validade da convenção formalizada entre as partes, a sua atuação estará restrita à verificação das nulidades, do encargo abusivo em contratos de adesão ou na hipótese de uma das partes se encontrar em “manifesta situação

18 . <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados/>, acesso em 24/06/15.

19 . <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1646465-gilmar-mendes-quer-adiar-prazo-do-novo-codigo-de-processo-civil.shtml>, acesso em 24/06/15.

de vulnerabilidade” (parágrafo único, art. 190), nenhum referência fazendo às questões de ordem pública, recuperando a noção de processo como “coisa das partes”.

Sem qualquer vinculação à noção de efetividade, o legislador se satisfaz com o incentivo à conciliação e com uma atuação do juiz pautada pela extinção do processo por meio do pronunciamento “ex officio” da prescrição, inclusive da prescrição intercorrente (arts. 921, § 5º, e 924, V).

De todo modo, como já anunciado, mesmo nesse propósito o novo Código não consegue avançar, pois para eliminar os poderes do juiz prevê o manejo de nada mais, nada menos, que nove tipos de recursos, que incidem em todas as fases do procedimento.

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

- I - apelação;
- II - agravo de instrumento;
- III - agravo interno;
- IV - embargos de declaração;
- V - recurso ordinário;
- VI - recurso especial;
- VII - recurso extraordinário;
- VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;
- IX - embargos de divergência.

Ora, quisesse mesmo avançar na perspectiva da celeridade, com ampliação dos poderes do juiz, eliminaria o duplo grau de jurisdição em processos julgados procedentes. No mínimo, poderia ter eliminado a possibilidade de recurso em se tratando de questão fática.

## VI- O inconstitucional ataque à independência do juiz

A aplicação em concreto dos valores consignados nas Declarações de Direitos Humanos foi reconhecida como um desafio aos seres humanos e uma obrigação jurídica e política dos Estados Democráticos de Direito, conforme consignado nos próprios documentos relativos ao tema.

Destaque-se, a propósito, o célebre desabafo de Norberto Bobbio: “Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.”<sup>20</sup> Assim, conclui: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*.”

Lembre-se que por razões de poder e de interesses econômicos regionais, muitas vezes os valores expressos nas Declarações Internacionais não se integram aos ordenamentos internos, o que tem exigido uma autêntica luta na construção teórica do direito para admissão do valor normativo das Declarações, que se integrariam às realidades locais por atuação dos juízes.

Segundo Cançado Trindade, essa seria uma feição inevitável da atuação jurisdicional em razão da “abertura das Constituições

20 . BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

contemporâneas—dequedãoexemplomarcante as de alguns países latino-americanos e as de países tanto da Europa Oriental hodierna como da Europa Ocidental – à normativa internacional de proteção dos direitos humanos”<sup>21 22</sup>.

Conforme esclarece Cançado Trindade, “Tendo a si confiada a proteção primária dos direitos humanos, os tribunais internos têm, em contrapartida, que conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados dos direitos humanos.”<sup>23</sup>

É neste sentido, ademais, que “assume importância crucial a autonomia do Judiciário, a sua independência de qualquer tipo de influência executiva”<sup>24</sup>.

A independência dos juízes, portanto, é uma garantia do Estado de Direito. A independência do juiz, para dizer o direito, é estabelecida pela própria ordem jurídica como forma de garantir ao cidadão que o Estado de

Direito será respeitado e usado como defesa contra todo o tipo de usurpação. Neste sentido, a independência do juiz é, igualmente, garante do regime democrático.

Conforme explica Jean-Claude Javillier, “não há nenhuma sociedade democrática sem uma independência da magistratura: ela é a garantia de uma efetividade das normas protetoras dos direitos essenciais do homem”<sup>25</sup>.

Fábio Konder Comparato ensina: “A independência funcional da magistratura, assim entendida, é uma garantia institucional do regime democrático. O conceito institucional foi elaborado pela doutrina publicista alemã à época da República de Weimar, para designar as fontes de organização dos Poderes Público, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição”<sup>26</sup>.

Vários dispositivos dos instrumentos internacionais conferem ao Judiciário o relevante papel de efetivar os Direitos Humanos, no que se incluem, por óbvio, e com maior razão, os “direitos sociais”. Vide, a respeito, o artigo 10, da Declaração Universal Dos Direitos do Homem, 1948 (“Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”); o artigo XVIII, da Declaração

21 . Prefácio à obra, Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Série documentos n. 14, agosto de 1997, p. 24.

22 . No mesmo sentido Carlos Henrique Bezerra Leite: “Não obstante, parece-me que a Constituição Federal de 1988, no seu Título II, positivou praticamente todos os direitos humanos, especialmente pela redação dos §§ 2º. e 3º. do artigo 5º., razão pela qual não há motivo para a distinção, pelo menos do ponto de vista do direito interno, entre direitos fundamentais e direitos humanos. Aliás, o próprio art. 4º., inciso II, da Constituição Federal, estabelece que, nas relações internacionais, o Brasil adotará o princípio da ‘prevalência dos direitos humanos.’” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Humanos*. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 33.

23 . Prefácio à obra, Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Série documentos n. 14, agosto de 1997, p. 24.

24 . Prefácio à obra, Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Série documentos n. 14, agosto de 1997, pp. 24-25.

25 . “Il n’est aucune société démocratique sans une indépendance de la magistrature : elle est la garantie d’une effectivité des normes protectrices des droits essentiels de l’homme.” (“ Recherche sur les Conflits du Travail»), thèse pour le doctorat en droit, à l’Université de Paris, p. 735.

26 . O Poder Judiciário no regime democrático. Revista Estudos Avançados, 18 (51), 2004, p. 152.

Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948 (“Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”); o artigo 8º., do Pacto de São José da Costa Rica, 1969 (“1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, **independente** e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”).

Também é possível verificar a consagração da idéia da independência dos juízes na Constituição de vários países, além, naturalmente, dos Estados Unidos, que fora o propulsor da garantia, na famosa decisão do juiz Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, no ano de 1803: Alemanha: “Os juízes são independentes e somente se submetem à lei” (art. 97); Áustria: “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciárias” (art. 87); Dinamarca: “No exercício de suas funções os magistrados devem se conformar à lei.” (art. 64); Espanha: “A justiça emana do povo e ela é administrada em nome do rei por juízes e magistrados que constituem o poder judiciário e são independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos exclusivamente ao império da lei.” (art. 117). “Toda pessoa tem o direito de obter a proteção efetiva dos juízes e tribunais para exercer seus direitos e seus interesses legítimos, sem que em nenhum caso esta proteção possa

lhe ser recusada” (art. 24); França: “O presidente da República é garante da independência da autoridade judiciária. Ele é assistido pelo Conselho superior da magistratura. Uma lei orgânica traz estatuto dos magistrados. Os magistrados de carreira são inamovíveis.” (art. 64); Grécia: “A justiça é composta por tribunais constituídos de magistrados de carreira que possuem independência funcional e pessoal.” (art. 87-1). “No exercício de suas funções, os magistrados são submetidos somente à Constituição e às leis; eles não são, em nenhum caso, obrigados a se submeter a disposições contrárias à Constituição.” (art. 87-2); Irlanda: “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciárias e submetidos somente à presente Constituição e à lei.” (art. 35-2); Itália: “A justiça é exercida em nome do povo. Os juízes se submetem apenas à lei.” (art. 101); Portugal: “Os juízes são inamovíveis. Eles não poderão ser multados, suspensos, postos em disponibilidade ou exonerados de suas funções fora dos casos previstos pela lei.” (art. 218-1). “Os juízes não podem ser tidos por responsáveis de suas decisões, salvo exceções consignadas na lei.” (art. 218-2)

Em nível supranacional também pode ser citada a Recomendação n. (94) 12, do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, de 13 de outubro de 1994, que trata da independência dos juízes<sup>27</sup>.

A própria ONU, em 1994, aprovou a Recomendação número 41, que trata do assunto. Como explica Dalmo de Abreu Dallari, “Por esta resolução, a Comissão de Direitos

27 ..... Riccardo MONACO, *Droit et justice, mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS*, sous la direction de René-Jean DUPUY, Editions A. Pedone, Paris, p. 27.

Humanos decidiu recomendar a criação do cargo de relator especial sobre a independência do Poder Judiciário. Isso quer dizer que se considerava tão importante que houvesse o Judiciário independente, reconhecia-se que isso era indispensável para a garantia dos direitos, e por isso foi designado um Relator Especial permanente”<sup>28</sup>.

Esclarece o mesmo autor:

A Comissão de Direitos Humanos da ONU, que funciona em Genebra, fez esta recomendação ao ECOSOC — o Conselho Econômico e Social — e o Conselho aprovou a proposta. E desde então existe este relator. Anualmente ele apresenta o seu relatório, mas permanentemente faz o acompanhamento da situação da independência da magistratura no mundo. E é interessante verificar — eu sintetizo aqui em três itens — os objetivos que foram atribuídos a este Relator Especial: 1) investigar denúncias sobre restrições à independência da magistratura e informar o Conselho Econômico e Social sobre suas conclusões; 2) Identificar e registrar atentados à independência dos magistrados, advogados e pessoal auxiliar da Justiça, identificar e registrar progressos realizados na proteção e fomento dessa independência; 3) fazer recomendações para aperfeiçoar a proteção do Judiciário e da garantia dos direitos pelo Judiciário.

Isso está implantado desde 1994 e, como uma seqüência procurando reforçar esse trabalho e dar publicidade

a ele, a Comissão Internacional de Juristas, uma ONG com sede em Genebra que assessora a ONU para Direitos Humanos, no ano de 1971, criou um Centro para a Independência de Juízes e Advogados. Aliás, nesse caso juízes não é a expressão mais adequada. Melhor seria magistrados, porque tanto na Itália quanto na França, a magistratura incluiu também o Ministério Público. Então é o Centro para a Independência da Magistratura e dos Advogados.

Um dado importante é que anualmente a Comissão Internacional de Juristas publica um relatório sobre a situação da independência de magistrados e advogados no mundo. O último publicado foi sobre o ano de 1999 e nele constam vários casos de ofensas, agressões, restrições a magistrados e advogados no Brasil.<sup>29</sup>

Segundo destaca Fábio Konder Comparato, “o sistema de direitos humanos está situado no ápice do ordenamento jurídico, e constitui a ponte de integração do direito interno ao direito internacional”<sup>30</sup>.

Assim, quando se estabelece, no âmbito dos instrumentos internacionais de direitos humanos, que as autoridades internas estão obrigadas ao atendimento das normas e princípios neles contidos, incluem-se nesta obrigação também os juízes. Como adverte Fábio Konder Comparato, “Ao verificar que a aplicação de determinada regra legal ao caso submetido a julgamento acarreta clara violação

28 . *Independência da Magistratura e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>>, acesso em 01/03/11.

29 . Idem.

30 . Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 14, 2001. Disponível em: <[http://trt15.gov.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev14Art5.pdf](http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev14Art5.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2008

de um princípio fundamental de direitos humanos, muito embora a regra não seja inconstitucional em tese, o juiz deve afastar a aplicação da lei na hipótese, tendo em vista a supremacia dos princípios sobre as regras.” E, acrescenta: “quando estiver convencido de que um princípio constitucional incide sobre a matéria trazida ao seu julgamento, o juiz deve aplicá-lo, sem necessidade de pedido da parte.”

A proteção dos direitos humanos, assim, transcende até mesmo ao poder do Estado. Por exemplo, o Estado brasileiro, como signatário da Declaração Interamericana de Direitos Humanos, o famoso Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, deve responder à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos seus atos e omissões que digam respeito às normas do referido tratado, podendo ser compelido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a inibir a violação dos direitos humanos e até a reparar as consequências da violação desses direitos mediante o pagamento de indenização justa à parte lesada (art. 63, Pacto São José da Costa Rica)<sup>31</sup>.

Isto significa que se levada a juízo uma questão que diga respeito à violação de um direito humano, sequer o Judiciário brasileiro tem a última palavra, se sua decisão não foi eficiente para reparar o dano sofrido pela vítima. Ou em outros termos, em se tratando de direitos humanos, os juízes não podem manter

uma postura indiferente e complacente com o agressor.

Exemplar neste sentido é o caso n. 12.201, encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que reflete a situação de uma pessoa que teria sido discriminada por anúncio de emprego, publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 02 de março de 1997, pelo qual se previa que a candidata ao emprego ofertado fosse “preferencialmente branca”. A vítima apresentou queixa na Delegacia de Investigações sobre Crimes Raciais, mas o Ministério Público pediu arquivamento do processo, aduzindo que o ato não se constituiu crime de racismo, o que foi seguido pelo juiz, que determinou, enfim, o seu arquivamento.

A questão, no entanto, foi conduzida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 07 de outubro de 1997, tendo sido o caso aceito, com notificação do Estado brasileiro para apresentar sua defesa. Trata-se, portanto, da primeira situação em que o Estado brasileiro, nesta matéria, pode receber relatório final da Comissão, responsabilizando-o pela violação de dispositivos da Convenção Americana que cuidam de discriminação racial.

Este é um exemplo de inserção concreta de uma norma internacional no ordenamento interno para preservação dos direitos humanos. Mas, a nossa realidade está repleta de outros exemplos da pertinência da inserção das normas internacionais dos direitos humanos, o que, no entanto, não se realiza por absoluta falta de comprometimento dos aplicadores do direito do trabalho com o implemento de um crescimento econômico acompanhado de um necessário desenvolvimento social.

É neste sentido que se diz que a uma internacionalização das formas de produção

31 . Para maiores esclarecimentos a respeito, vide Flávia Piovesan, “Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, *in* Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, pp. 70-104.

corresponde, na mesma proporção, uma internacionalização mais intensa e precisa do Direito do Trabalho, com incentivo à sindicalização internacional e busca de uma normatização internacional de princípios éticos e sociais no trabalho, efetivando-se uma “mondialisation de la démocratie et de l’Etat de Droit”<sup>32</sup>.

A idéia da supranacionalidade dos direitos humanos, mesmo dando ênfase à autodeterminação, é realçada pela Declaração e Programa de Ação, fruto da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993, quando, no item 15, resta estabelecido que “o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinções de qualquer espécie, é uma norma fundamental do direito internacional na área dos direitos humanos”.

Aos direitos humanos integram-se, de forma indissolúvel e sem possibilidade de retrocesso, os direitos sociais. Nos termos dos instrumentos produzidos no final do século XX, não se concebe a integridade da condição humana sem a perspectiva da busca da justiça social. Conforme consta nos considerandos da Declaração de Viena, de 1993, não se deve olvidar a determinação, já contida na Carta das Nações Unidas, no sentido de “preservar as gerações futuras do flagelo da guerra, de estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações emanadas de tratados e outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, de promover o progresso social e o melhor padrão de vida dentro de um

conceito mais amplo de liberdade, de praticar a tolerância e a boa vizinhança e de empregar mecanismos internacionais para promover avanços econômicos e sociais em benefício de todos os povos”.

A mesma Declaração destaca que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, estabelecendo que “a comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.” (item 5)

No item 6, da referida Declaração, resta claro que “Os esforços do sistema das Nações Unidas para garantir o respeito universal e a observância de todos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas contribuem para a estabilidade e bem-estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações e para melhorar as condições de paz e segurança e o desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas”.

Extremamente relevante, ainda, o item 10 da Declaração em questão, que põe como ponto central das preocupações humanas a preservação dos direitos fundamentais e não o desenvolvimento econômico, sem desprezar, por óbvio, a importância do desenvolvimento para a efetivação desses direitos, evidenciando

32 . Jacques Chevallier, *apud* Antoine Jemaud, “La Mondialisation, épreuve pour le droit du travail”, p. 2.

que mesmo a deficiência em termos de desenvolvimento não é motivo suficiente para negar a eficácia dos direitos fundamentais:

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais.

Como afirma a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento.

Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, **a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.**

Os Estados devem cooperar uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar obstáculos ao mesmo. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional eficaz visando à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação de obstáculos ao desenvolvimento.

O progresso duradouro necessário à realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas eqüitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional.

Há, como se vê, a atribuição de uma função relevante ao Direito e, conseqüentemente, ao juiz na construção desse instrumento, que não se confunde com a lei, estritamente considerada.

Neste contexto, os limites econômicos

não podem ser o fio condutor das análises jurídica, até porque o desafio é, exatamente, o de superar esses limites quando agressivos à condição humana e obstáculos ao projeto da construção de uma sociedade justa. O direito, queira-se, ou não, se correlaciona com a realidade, e, nesta perspectiva, servirá tanto para conservá-la quanto para transformá-la. Tullio Ascarelli, que pinçara suas idéias sob a égide do Direito Social em formação, deixara claro desde então que “A idéia de que o direito não poderia transformar a economia era, pura e simplesmente, o reflexo de uma ideologia (reacionária), isto é, do desejo de que o direito não intervisse para a transformação vantajosa às classes deserdadas pelo sistema econômico existente. Era o reflexo da concepção que se apresentava como científica, mas que era, na realidade, política, segundo a qual existe uma economia natural, à qual corresponde a ideologia do direito natural.”<sup>33</sup>

E, não se dedicou o autor citado à formulação da proposição em sentido da força transformadora do direito, dedicando-se a apresentar as modificações econômicas produzidas pelas mudanças legislativas, tendo, inclusive, participado ativamente de movimentos de reforma legislativa<sup>34</sup>.

Esse reconhecimento é por demais importante para explicitar ao jurista, e também ao juiz, o tamanho de sua responsabilidade quando cria, por meio da interpretação, o direito. Neste sentido, Ascarelli exprimia, com toda razão, que “não há interpretação que não

33 . *Apud* Norberto Bobbio. Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 250.

34 . Cf. Bobbio, ob. cit., “Da Estrutura...”, p. 250.

obrigue o intérprete a tomar posição diante desta ou daquela alternativa e, portanto, a expressar uma valoração pessoal”<sup>35</sup>, a qual adviria no conjunto normativo, mas da vivência do jurista. Neste sentido, a interpretação não seria declarativa, mas criativa. Assim, “rejeitando as costumeiras metáforas da interpretação como cópia reprográfica ou como reflexo do direito já posto, ele adotou a metáfora da semente e da planta, segundo a qual o ordenamento jurídico cresce sobre si mesmo e desenvolve-se por meio do trabalho do intérprete, do qual a lei é o germen fecundador. Sem metáforas, a interpretação independentemente do que o jurista pense do próprio trabalho, jamais é apenas desenvolvimento lógico de premissas, ou seja, mera explicitação do implícito, mas é sempre, também, acréscimo, adaptação, integração, em suma, trabalho contínuo de reformulação, e, portanto, de renovação do *corpus iuris*. O jurista não é um lógico que apenas manipula algumas regras, mas um engenheiro que se serve de regras para construir novas casas, novas fábricas, novas máquinas.”<sup>36</sup>

Em sentido ainda mais revelador, Márcio Túlio Viana explica que por detrás da fantasia de que o direito está, todo ele, inscrito nas leis, esconde-se o próprio juiz que tenta fazer crer à sociedade que nada mais faz do que aplicar a lei ao fato, não assumindo, pois, qualquer responsabilidade sobre o resultado a que chega.

Em suas palavras: “como foi o legislador que fez a lei, o tribunal pode se eximir, aos olhos da sociedade, de qualquer responsabilidade – pois ela não conhece o seu segredo, não o

percebe como coautor, não sabe que quem interpreta, recria. Como também não sabe, por isso mesmo, que o que ele fez foi uma escolha; que a sua aparente descoberta foi, na essência, uma invenção”<sup>37</sup>.

Essa revelação, que demonstra, pois, a um só tempo, a responsabilidade do jurista e a própria função transformadora – ou reacionária – do direito, é por demais importante. Afinal, como dizia Ascarelli, “O chamado direito espontâneo, que se forma, ou se acredita formar-se, diretamente pelo livre jogo das forças em luta, é sempre o direito do mais forte.”<sup>38</sup>

## VII- Nenhum otimismo

Não se teria nenhum ponto positivo no novo Código?

Ora, como se trata de uma mente que flerta com a esquizofrenia, é evidente que também traz alguns dispositivos que, vistos isoladamente, podem conferir maiores poderes ao juiz e, por consequência, maior possibilidade de se alcançar celeridade e efetividade.

Destaquem-se neste sentido os seguintes artigos: 1º; 4º; 5º; 6º; 67 a 69; 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; 517; 520; 521, I, II, III e IV; 534; 535, § 3º, VI; 536; 537; 674 a 681; 794; 794, § 1º; 795, § 2º; 829; 833, § 2º.

35 . Cf. Bobbio, ob. cit., “Da Estrutura...”, p. 253.

36 . Cf. Bobbio, ob. cit., “Da Estrutura...”, pp. 252-253.

37 . Prefácio à obra, Coleção O Mundo do Trabalho, volume 1: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho. Organizadores: Grijalbo Fernandes Coutinho, Hugo Cavalcanti Melo Filho, Marcos Neves Fava e Jorge Luiz Souto Maior. São Paulo: LTr, 2009, p. 10.

38 . Cf. Bobbio, ob. cit., “Da Estrutura...”, p. 248.

São, ao todo, portanto, 54 artigos de um total de 1.072, sendo que mesmo os artigos destacados não são, todos, integralmente considerados.

O esforço de trazer esses dispositivos para cotidiano das Varas do Trabalho não vale a pena, sobretudo por conta dos enormes riscos que essa abertura traz, até porque se pode duvidar que o alcance benéfico desses dispositivos seja de fato incorporado à prática do processo civil, sobretudo no que ponto central neles identificado que é o da atuação “ex officio” do juiz na instrução do processo, conforme previsto, de forma específica nos artigos: 81; 139, III, IV, VI e VIII, 142, 292, § 2º; 300; 370; 372; 385 e 481:

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.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

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;

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.

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.

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.

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

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.

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar

peças ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Os demais dispositivos mencionados, que teriam algum proveito positivo, não são assim tão relevantes, destacando-se o procedimento de cooperação nacional, fixado nos artigos 67 a 69:

#### DA COOPERAÇÃO NACIONAL

Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Art. 68. Os juízes poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.

Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

I - auxílio direto;

II - reunião ou apensamento de processos;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e

preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

Já os problemas são muito grandes, sobretudo por conta dos retrocessos verificados no que se refere à antecipação da tutela e do cumprimento da sentença, especificamente no aspecto das previsões dos arts. 475-J e 475-O.

Neste aspecto relacionem-se os artigos: 2º; 3º; 7º; 8º; 9º; 10; 12; 15; 77, §§ 1º e 2º; 78; 82 a 97; 98; 98, VIII; 98. § 6º; 100; 101; 133 a 137; 138; 139; 139, II; 139, I, V, VI e IX; 140, parágrafo único; 141; 143; 146, § 4º; 156, § 1º; 157, § 2º; 162 a 164 (162, I); 165 a 175 (168, § 1º, 169 e 174); 188; 189, I; 190; 192, parágrafo único; 203; 204; 205; 212; 213; 217; 218; 220, § 1º; 222; 226; 227; 228; 229; 230 a 232; 233; 234; 235; 236; 237; 238; 242; 245; 248, § 2º; 260 a 268; 269; 275; 276; 277; 280; 291; 301 a 310; 313, § 2º; 317; 319; 332; 332, § 1º; 333; 335 a 342; 347 a 350; 357; 358; 361; 362; 362, II; 362, § 2º.; 362, § 6º; 363; 379, I; 385; 393; 396 a 404; 430 a 433; 489; 489, IV e VI; 489, § 2º; 491; 492; 513, § 5º; 520, parágrafo único; 522; 771 a 823 (792, § 3º; 795; 795, §§ 3º e 4º); 829, § 2º; 830, § 2º; 833, IV, X, XI e XII; 847 a 853; 854 a 869 (854, § 1º); 876; 921, §§ 4º e 5º; 924, IV e V; 926; 927; 929; 947; 949; 976 a 987; 988 a 993; 994; 995, parágrafo único a 1.044; 1.046, § 4º; 1.062.

Seriam indiferentes ou naturalmente

inaplicáveis no processo do trabalho os artigos: 11; 13; 14; 16; 17; 18; 19; 20; 21 a 25; 42 a 66; 70 a 76; 103 a 107; 108 a 112; 113 a 118; 119 a 132; 144 a 148; 149; 159 a 161; 176 a 181; 182 a 184; 185 a 187; 193 a 199; 200 a 201; 206 a 211; 214; 224 a 225; 234 a 235; 284 a 290; 313 a 315; 322 a 331; 333; 334; 335 a 342; 343; 344; 347; 351 a 353; 355; 356; 381 a 384; 396 a 404; 405 a 429; 434 a 439; 442 a 462; 464 a 480; 482 a 488; 495; 502 a 508; 509 a 512; 513 a 516; 518; 519; 523 a 527; 528 a 533; 539 a 549; 550 a 553; 554 a 559; 560 a 566; 569 a 598; 599 a 609; 610 a 673; 682 a 686; 687 a 692; 693 a 699; 700 a 702; 703 a 706; 707 a 711; 712 a 718; 719 a 770; 771; 870 a 875; 876 a 878; 879 a 903; 910 a 920; 921; 951 a 959; 960 a 965; 966 a 975.

### VIII- Conclusão

Por todos esses elementos quero crer que seja mesmo importante à Justiça do Trabalho, para preservar seu protagonismo na busca da efetividade dos direitos sociais, afastar-se da esquizofrenia do novo CPC, para não entrar em crise existencial.

Aliás, o que se apresenta, concretamente, é uma grande oportunidade para que os estudos do processo do trabalho retornem à sua origem e se possa, então, recuperar e reforçar a teoria jurídica específica das lides trabalhistas, extraindo da Justiça do Trabalho certo complexo de inferioridade, bastante identificado em alguns juízes que se sentem mais juízes quando citam em suas sentenças artigos do Código de Processo Civil, mesmo que já possuam nos 265 artigos da CLT as possibilidades plenas para a devida prestação jurisdicional.

Claro que muitas das inovações recentes do Código de Processo Civil, como a antecipação

da tutela e o cumprimento da sentença (arts. 475-J e 475-O), serviram bastante à evolução do processo do trabalho, mas também não foram poucas as influências negativas, como os incidentes de intervenção de terceiros. O maior problema foi a fragilização no que tange à consolidação de uma teoria processual própria e esse problema ainda mais se potencializa com o recurso ao novo Código de Processo Civil.

Parece-me, pois, que é chegada a hora decisiva do processo do trabalho reencontrar a sua autonomia teórica, sendo que em termos de procedimento resta lançado à jurisprudência trabalhista o desafio de incorporar as práticas procedimentais até aqui adotadas, que favoreçam a efetividade processual, aprimorando-as, sempre com o respeito necessário ao princípio do contraditório.

Renove-se, a propósito, o argumento de que “o processo do trabalho é uma via de passagem das promessas do direito material (e do Estado Social) para a realidade, instituído com base no reconhecimento da desigualdade material entre os sujeitos da relação jurídica trabalhista, atraindo o princípio da proteção e impulsionando uma atuação ativa do juiz na tutela do interesse da justiça social, pouco ou mesmo nenhuma relevância possuem as discussões travadas no âmbito do processo civil que se desvinculam desses objetivos e dessa racionalidade”<sup>39</sup>, mas para se chegar a conclusão diversa da anteriormente enunciada. Assim, o que se preconiza, presentemente, é

39 ..... SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação entre o processo civil e o processo do trabalho*. In: O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho. Org. Elisson Miessa. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 164.

que o novo CPC, por estar irremediavelmente contagiado, seja afastado completamente das lides trabalhistas, impondo-se aos juízes valerem-se, na sua intensidade plena, da teoria do Direito Social, dos princípios do Direito do Trabalho, da noção de instrumentalidade do processo do trabalho e dos dispositivos legais do procedimento trabalhista fixados na CLT, notabilizando-se o art. 765.

Diante do notório conflito conceitual existente entre o novo CPC e o processo do trabalho, não há saída conciliatória possível e os juízes precisarão escolher um lado e este lado deve ser, necessariamente, o da preservação da própria razão de ser da Justiça do Trabalho, que é a de tornar efetivos os direitos dos trabalhadores.

Na atuação voltada à efetividade dos direitos trabalhistas, cumpre reconhecer, sem traumas, que o juiz possui poderes para criar, em situações concretas, o procedimento necessário para conferir efetividade ao direito material, partindo do pressuposto, sobretudo, da desigualdade das partes.

Diante da situação real de retirada do Código de Processo Civil do cenário de atuação do juiz, devem ser incorporadas, com base na regra do direito consuetudinário e do princípio do não-retrocesso, as experiências processuais já adotadas comumente nas lides trabalhistas, baseadas, inclusive, em disposições do atual Código de Processo Civil, notadamente a tutela antecipada e os arts. 475-J e 475-O.

Garantindo, necessariamente, o contraditório, cumpre ao juiz zelar para que o processo não se constitua um obstáculo à concretização do direito material trabalhista, devendo, inclusive, agir com criatividade,

inventividade e responsabilidade, sendo que tudo isso tem base legal específica (art. 765, da 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.

De um ponto de vista ainda mais específico, no aspecto do procedimento, é urgente recuperar a compreensão de que a CLT traz uma regulação baseada no princípio da oralidade, que possui características que lhe são próprias, destacando-se o aumento dos poderes do juiz na condução do processo, que lhe permite atuar em conformidade com a situação que se apresente em concreto.

É impensável, dentro desse contexto, exigir do juiz do trabalho, norteado pelos princípios do Direito do Trabalho que estão fincados na raiz do Direito Social e impulsionado pelos ditames da ordem pública, ao qual, por isso mesmo, se atribuem amplos poderes instrutórios e de criação do direito, com apoio, inclusive, no princípio da extrapetição, que aplique no processo do trabalho as diretrizes do novo CPC que representam um grave retrocesso na própria concepção de Estado Democrático de Direito.

São Paulo, 1o de julho de 2015.

# DA CONCILIAÇÃO, DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM ENDOPROCESSUAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

J. S. Fagundes Cunha

**RESUMO:** O Código de Processo Civil recentemente aprovado introduz a conciliação e/ou a mediação endoprocessual prévia à discussão da demanda. Países como a Argentina e o Peru tem tradição na pesquisa e desenvolvimento de métodos e de modelos para a implementação de tais formas de resolução do litígio. No texto são abordados questionamentos de ordem sócio-política e econômica, como as críticas para o sistema de formas alternativas de resolução dos litígios. Discorre a respeito do histórico e experiências nos Juizados Especiais Cíveis que conformam um laboratório eficiente de onde as experiências muito podem contribuir para o aprimoramento do sistema. Recomenda a introdução das novas tecnologias da informação, inclusive com a possibilidade de realização de sessões de conciliação e de mediação *online*. Sustenta que o modelo de Justiça Coexistencial adotado na fase inicial do processo, supera em muito o desiderato da Justiça quando utilizado o método de Justiça Adversarial.

**PALAVRAS CHAVES:** conciliação endoprocessual, mediação endoprocessual, arbitragem endoprocessual, justiça coexistencial, justiça adversarial, novas tecnologias, audiência e sessão *online*.

*“El instante supremo del derecho no es el del día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante, realmente dramático, es aquel en que el Juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en el sentencia: ‘Ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución’.*

*“No puede concebirse un Juez que diga sin temblor esás palabras. Detrás de ellas están no sólo la ley y la Constitución, sino la historia misma com el penoso proceso formativo de la libertad.*

*“Porque la constitución vive en tanto se aplica por los Jueces; cuando ellos desfallecen, ya no existe más.”*

EDUARDO J. COUTURE



J. S. Fagundes Cunha

Pós Ph.D pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, orientador o Prof. Boaventura de Sousa Santos. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

## DEDICATÓRIA

***Dedico o presente trabalho ao Eminentíssimo Magistrado LUIS TORELLO, da Suprema Corte do Uruguai, processualista de mão cheia, como agouro de uma integração dos juristas do Cone Sul. Com apreço.***

### I. Prolegômenos

O Prof. Luiz Henrique VOLPE CAMARGO, um dos artífices do novo Código de Processo Civil, proferiu notável conferência no I Congresso Sulbrasileiro de Direito Processual Civil, realizado pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro – Paraná, por seu Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, discorrendo a respeito das inovações do novo diploma legal, elencando cinco as quais entende as mais inovadoras e que contribuem para uma justa e pronta prestação jurisdicional.

A primeira inovação por ele ressaltada como de maior importância foi o modelo de conciliação e de mediação endoprocessual que inovam o que antes se encontrava no Código de Processo Civil.

Durante sua apresentação disse do exemplo de duas irmãs que pretendem uma parte de uma laranja, a qual herdaram.

No modelo de justiça adversarial o juiz cortaria ao meio e daria metade a cada uma, enquanto no modelo da justiça coexistencial uma poderia desejar e obter o sumo para beber e outra a casca que desejava para preparar um manjar. Presente, ouvi e passei a entender que estava citando um texto de minha autoria com aproximadamente vinte anos existência e que

pautou minha vida como magistrado.

Conforme ele discorria eu percebia que a comissão autora do novo Código de Processo Civil adotou o que sustentei na academia, desde os bancos do Curso de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo quando, sob orientação do Prof. Donado ARMELIN, com os colegas de sala de aula, em especial o hoje desembargador Joel DIAS FIGUEIRA JR. elaboramos durante um semestre um estudo encaminhado ao então Deputado Federal Nelson JOBIM, relator do projeto da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quando eu já sustentava a necessidade do modelo coexistencial de Justiça, com a mediação e a arbitragem endoprocessual.

Em verdade, o estudo se encontra na *home page* do Tribunal de Justiça há anos e a Escola da Magistratura do Paraná, por sugestão do Desembargador Edgard Fernando BARBOSA é que propôs para a Comissão capitaneada pelo Ministro Luiz FUX e por Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER a adoção do sistema.

A ideia central do modelo proposto apliquei no Juizado Especial Cível da comarca de Ponta Grossa, Estado do Paraná, por aproximadamente três anos, no final da década de noventa, resolvendo cerca de 13.000 (treze mil) demandas, com quarenta e quatro livros de sentença no período, e notem bem, um único Juiz de Direito Supervisor decidindo a matéria, com sessões de conciliação inclusive no período noturno, por conciliadores e juizes não togados voluntários.

Respondi um processo administrativo posto que meus pares entendiam que diante do baixíssimo número de audiências de instrução e julgamento eu não trabalhava muito, o que absolutamente não é verdadeiro, basta ver

o número de feitos e o número de demandas resolvidas, muito superior ao número de feitos que em toda a carreira muitos magistrados julgaram.

Foi necessário o Conselho Nacional de Justiça instituir políticas públicas a respeito da conciliação afim de que o Poder Judiciário como um todo principiasse a adotar um novo modelo de Justiça.

Recordo que após eu ministrar um curso durante uma semana para todos os Juízes de Direito Supervisores do Estado do Ceará, o então desembargador Luiz FUX veio realizar a Conferência de encerramento.

Na oportunidade entre as questões debatidas ele defendia a celeridade afirmando que designada a sessão de conciliação, desde logo deveriam as partes apresentar testemunhas e provas, ou requerer intimações com a antecedência que a lei determina para realizar a pronta prestação jurisdicional.

E então sustentei que num modelo de justiça coexistencial, em que eu alcançava mais de 90% (noventa por cento) de resoluções através de conciliação, jamais poder-se-ia obrigar o comparecimento de testemunhas quer sequer seriam ouvidas, posto que resolvidas as questões através da conciliação, sem necessidade de produção de provas.

Dizia eu que eram as testemunhas, em regra, nômades deserdados do testamento de Adão, pobres carpinteiros, pedreiros e outros artesões que recebiam diariamente por seu trabalho, razão pela qual eu realizava sessões de conciliação no período noturno.

Os operadores do novo processo civil tem muito a aprender com os operadores do direito dos juzados especiais.

Tão logo foi constituída a Comissão

do Senado encarregada da apresentação do projeto de um novo Código de Processo Civil, o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e o Cebepej (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), assessorados pelo Foname (Fórum Nacional de Mediação) apresentaram, por intermédio de Ada PELLEGRINI GRINOVER,<sup>1</sup> uma proposta de regulamentação da mediação e conciliação judiciais, cujos pontos principais consistiam nos seguintes aspectos:

- a) inserir os mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da justiça, prevendo sua remuneração, o que é exatamente a essência dos estudos desenvolvidos e que principia a mudança do modelo de justiça adversarial para um sistema de justiça coexistencial. Em verdade, quando aluno da disciplina do Prof. Dr. Desembargador Donaldo ARMELIN elaboramos um estudo a respeito e remetemos ao então Deputado Federal Néelson JOBIM, relator do projeto de lei que resultou na Lei dos Juzados Especiais Cíveis e Criminais, que foi o primeiro diploma legal a adotar para as causas menor complexidade, não apenas pelo valor econômico;
- b) estruturar uma audiência ou sessão inicial, em que as partes teriam contato com mediadores e conciliadores judiciais, para serem encaminhados aos meios adequados de solução de conflitos;
- c) determinar que cada tribunal organizasse um cadastro de mediadores e conciliadores judiciais,

.....  
1 [http://www.lex.com.br/doutrina\\_24099670\\_CONCILIACAO\\_E\\_MEDIACAO\\_JUDICIAIS\\_NO\\_PROJETO\\_DE\\_NOVO\\_CODIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24099670_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_JUDICIAIS_NO_PROJETO_DE_NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL.aspx), em 12 de abril de 2015, 11 h 38 min.

que requereriam sua inscrição após aprovação em curso de capacitação aprovado pelo tribunal; e  
d) estabelecer princípios gerais para o exercício da função de mediador e conciliador judiciais.

Oportuno lembrar que, nessa oportunidade, o CNJ estava começando a trabalhar em torno da ideia de uma Resolução que institucionalizasse os meios adequados de solução de conflitos, a qual resultaria mais tarde na Resolução nº 125, de 2010.

Quando a primeira versão do Anteprojeto de Código de Processo Civil foi apresentado, algumas das ideias sugeridas pelo IBDP-Cebepej-Foname estavam ali incorporadas, mas com graves inconvenientes na disciplina da matéria. Entre os mais graves, podem se destacar os seguintes: os tribunais poderiam apenas propor a criação de setores de mediação e conciliação, a serem criados pela lei de organização judiciária; a função de mediador e conciliador judiciais estavam previstas como sendo privativas do advogado; a audiência de conciliação (anterior à contestação) seria conduzida pelo juiz, a que mediador e conciliador judiciais ficariam subordinados; a exclusão destes do registro do tribunal ficaria a critério de qualquer órgão do poder Judiciário, sem a garantia de um processo administrativo.

Nova intervenção de Ada PELLEGRINI GRINOVER no processo legislativo, agora para o aperfeiçoamento do Anteprojeto, enviando novas sugestões e conseguindo mais algumas conquistas, do que mais se dirá adiante.

## II. A globalização e o poder judiciário.

O desenvolvimento deste texto, a

respeito Da Conciliação, Da Mediação e Da Arbitragem Endoprocessual, teve início a partir do convite formulado pela comissão organizadora de Workshop - Juizados Especiais, realizado no Estado de Santa Catarina, pelo Egrégio Tribunal de Justiça e Associação dos Magistrados.

Honrado com o convite para participar do evento, quer pela oportunidade de abeberar da experiência de Eminentes Magistrados do Estado de Santa Catarina, reconhecidos nacionalmente, dos quais já haurimos a idéia do Simpósio de Direito Processual Civil realizado em Ponta Grossa, logo a seguir a mini-reforma do C. P. C.; quer pela oportunidade de rever colegas e amigos; sobretudo, pela oportunidade de enveredar pelos caminhos do desbravamento da justiça do futuro, qual bandeirantes oriundos da Serra da Mantiqueira, de onde viemos; comungando do ideal de integração dos operadores do Direito no Brasil e na América Latina.

No Século XIX o processo civil foi entendido como uma *“cosa de las partes”*: os litigantes podiam dispor livremente dos mais variados e importantes atos processuais. Esta concepção não foi, por certo, caprichosa, senão que respondeu a idéia então vigente de que ambas as partes tinham frente a lei, e por conseguinte no processo, iguais direitos e faculdades, segundo expressavam as constituições e os códigos sancionados a partir das revoluções norte-americana e francesa do final do Século XVIII.

É que, em verdade, o direito de ação já não era patrimônio de uns poucos indivíduos ou de certas classes sociais, senão um postulado comum a todo habitante, conatural a sua própria condição de pessoa e de sujeito de

direito; o testemunho de uma mulher era então admissível e gozava de idêntico valor que o do homem, do mesmo modo que o do católico frente ao de quem não o era, o do pobre frente ao rico e o do súdito frente ao soberano, para tomar somente uns quantos exemplos.

A partir da idéia de *égalité*, grandiosamente difundida pela Revolução Francesa, se pensava que o Estado não devia intervir nas disputas.

É já trivial dizer-se que estamos a entrar num período de globalização. Globalização dos mercados, das instituições, da cultura. Com tais palavras o Prof. Boaventura de SOUZA SANTOS inicia artigo titulado *Os tribunais e a globalização*.

Afirma que um dos fenômenos de globalização mais intrigantes da década de 90: a globalização do interesse público e político pelos tribunais e pela reforma do sistema judicial. Os tribunais, que segundo ele, até há dez anos eram em quase todos os países uma instituição apagada e ignorada, e, em muitos deles, um apêndice servil do governo de turno, saltaram de repente para as primeiras páginas dos jornais, revelando um protagonismo de intervenção e de reivindicação até há pouco desconhecido.

Discorrendo a respeito de uma das vertentes do interesse público pelos tribunais assinala que assenta menos em fatores internos do que em fatores transnacionais. Trata-se de interesse crescente das agências internacionais pela reforma do sistema judicial no sentido de o tornar mais eficiente e acessível.

A agência americana de apoio ao desenvolvimento (Usaid) transformou os programas de reforma jurídica e judicial numa das suas grandes prioridades da década de 90.

E tanto o Banco Mundial (BM) como o Banco Interamericano do Desenvolvimento (BID) têm vindo a investir quantias avultadíssimas na reforma judicial com financiamentos de diversos países.

Só para termos uma ordem de grandeza, eis alguns números: Usaid: US\$ 2 milhões na Argentina (1989 e 1993); US\$ 39 milhões na Colômbia (1986-96); US\$ 15,8 milhões em Honduras (1987-1994). BID, em 1995: US\$ 16 milhões na Costa Rica; US\$ 27 milhões em El Salvador; US\$ 15,7 milhões na Colômbia; em 1996, US\$ 30,9 milhões em El Salvador e Honduras; US\$ 12 milhões na Bolívia; 1,7 milhões na Nicarágua.

É fácil concluir que trata-se de uma operação global de grande vulto que, para além da América Latina, envolve também a Europa Central e do Leste, a Ásia e a África.

Ressaltando apenas um dos enfoques do Prof. Boavnetura, este entende que tudo é impulsionado por uma pressão globalizante muito intensa que, embora no melhor dos casos se procure articular com as aspirações populares e exigências políticas nacionais, o faz apenas para atingir seus objetivos globais.

*“E esses objetivos globais são muito simplesmente a criação de um sistema jurídico e judicial adequado à nova economia mundial de raiz neoliberal, uma quadro legal e judicial que favoreça o comércio, o investimento e o sistema financeiro. Não se trata, pois, de fortalecer a democracia, mas sim de fortalecer o mercado. O que está em causa é a reconstrução da capacidade reguladora do Estado pós-ajustamento estrutural. Uma capacidade reguladora que se afirma pela capacidade do Estado para arbitrar, por meio dos*

*tribunais, os conflitos entre os agentes econômicos.*

*“A resistência justa dos magistrados contra uma reforma tecnocrática do sistema judicial exclusivamente orientada para as necessidades da economia mercantil não pode servir de álibi para justificar a resistência a uma profunda reforma do sistema judicial orientada para a efetiva democratização da sociedade e do Estado. O sistema judicial precisa ser radicalmente reformado para responder às aspirações democráticas dos cidadãos cada vez mais sujeitos ao abuso de poder por parte de agentes econômicos muito poderosos. Se essa reforma política e democrática não tiver lugar, o vazio que a sua ausência produzirá será certamente preenchido por uma reforma tecnocrática virada para servir preferencialmente os interesses da economia global.”*

Na verdade a reforma tecnocrática já está em fase de implantação em alguns países, conforme veremos adiante.

### **III. A mediação como forma alternativa de resolução dos litígios na Argentina, instrumento de globalização?**

No ano de 1996, afirmava-se: - estamos assistindo a institucionalização da mediação na sociedade argentina. A iniciativa deste movimento provém do Poder Judiciário daquele País, que desenvolveu e colocou em marcha, em ação conjunta com o Poder Executivo, que tem a seu cargo implementar um Programa Nacional de Mediação elaborado por uma comissão criada para tal finalidade.

O Programa Nacional de Mediação

atravessa as fronteiras da comunidade jurídica e abarca os mais diversos setores da população argentina. Executam programas de mediação escolar e comunitária, são oferecidos serviços de mediação no âmbito de organizações não governamentais e privadas.

Desde 1993 funciona um Centro de Mediação do Ministério da Justiça em que se levou a cabo a Experiência Piloto de Mediação conectada a juzgados de primeira instância no nível, na Capital Federal.

A crise que atravessava a administração da Justiça na Argentina levou ao entendimento de que em verdade se tratava de um colapso, levando a reflexão da instituição da mediação, não perdendo a perspectiva de que a instituição da mediação não seria o remédio suficiente para por fim a crise. Contudo, experiências realizadas em outros países, segundo entenderam aqueles que optaram pela implantação, permitiram inferir que a implementação de formas alternativas de resolução dos conflitos produz a curto prazo efeitos favoráveis sobre a carga de trabalho dos juizes; a longo prazo - se efetivamente se logra uma mudança de mentalidade na sociedade, especialmente nos operadores do direito - é possível esperar um maior acesso à Justiça conjuntamente com uma baixa no índice de litigiosidade, ou seja, redução do ingresso de causas no sistema jurisdicional. Assim sucede porque somente chegarão a atividade jurisdicional aqueles conflitos que não tenham sido resolvidos pelas partes por si mesmas ou com a ajuda de um terceiro neutro, com ou sem poder de decisão.

Gladys ÁLVAREZ, Elena HIGHTON e Elias JASSAN no início de 1991 viajaram aos Estados Unidos comprovando o funcionamento exitoso de programas que implementaram

distintas formas de RAD anexas, concectadas ou relacionadas com os tribunais, bem como sua eficiência e melhoramento quanto a demora do provimento jurisdicional, propondo ao Ministro León Carlos ARSLANIAN implementar um Programa Nacional de Mediação. Desta proposição surgiu uma comissão composta por juizes de primeiro e segundo grau e advogados incumbidos da elaboração do anteprojeto de lei de mediação, trabalho complementado com um informe que sugeria o estabelecimento de um Programa ou Plano Nacional de Mediação como forma de difundir e instaurar na sociedade argentina este processo de resolução dos conflitos.

A comissão, no mês de setembro de 1991 entregou o informe final com um projeto de Programa Nacional de Mediação *'que contempla a implementação de programas de mediação em distintos setores da sociedade - comunidades, escolas, colégios profissionais, Poder Judiciário - e sua inclusão nos planos de estudo das carreiras universitárias, face ao seu caráter interdisciplinar.'*

Assim mesmo, se aconselhou a formação de uma Corpo de Mediadores, a criação de uma Escola de Mediadores e a realização de uma experiência piloto conectada com alguns tribunais do foro cível. Este informe foi subscrito pelos Drs. Luis Mauricio GAIBROIS, Carlos ARIANNA e as Dras. Elena HIGHTON e Gladis Stella ÁLVARES.

O Ministério da Justiça da Argentina, com a ajuda e apoio de programas do Serviço Informativo e Cultural da Embaixada dos Estados Unidos e da Agência Internacional para o Desenvolvimento com a participação ativa de Willian DAVIS, assessor para a América Latina dos programas apoiados por esta última

organização e especialista em RAD, levou a Argentina experts no campo da resolução alternativa de disputas, especialmente na mediação.

Iniciando com um enfoque global e público do tema, a Dra. Sharon PRESS, diretora do Centro de Resolução de Disputas de Tallahassee, Flórida, U. S. A., organismo que foi criado no marco de um programa conjunto da Suprema Corte de Justiça e da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Flórida, que teve a seu cargo liderar o movimento de RAD anexo ao sistema judiciário nesse Estado americano.

A Dra. PRESS proferiu conferências, seminários e um curso introdutório de mediação, na Argentina, cujo objetivo principal foi o de difundir o tema e informar sobre as características do instituto. O curso foi freqüentado por funcionários e assessores do Ministério da Justiça, funcionários e magistrados do Poder Judiciário, membros do Colégio de Advogados, da Associação de Advogados, professores da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais de diferentes áreas.

Durante o período em que esteve na Argentina a Dra. Sharon PRESS manteve diversas entrevistas, tais como presidentes de institutos e associações, membros da Corte Suprema de Justiça da Nação, com o decano da Faculdade de Direito, com a finalidade de incluir a todos os setores comprometidos com a atividade judiciária neste novo movimento. Assim mesmo se tratou de dar a maior publicidade possível em diversos meios: - rádio, jornais e televisão -, começando uma campanha de divulgação e familiarização da população com esta nova

forma, para a Argentina, de resolver conflitos.

A fim de diversificar as fontes de assessoramento foi convidado um *expert* do setor privado, David JENKINS, residente em São Francisco, mediador do Estado da Califórnia. Além da divulgação realizada por este *expert* em conflitos patrimoniais conduziu um treinamento básico em mediação com pequenos enfoques em casos de múltiplas partes que, na atualidade, é a sua especialidade.

Com o enfoque colocado no campo de resolução de conflitos familiares, se gestionou a presença na Argentina da Dra. Patricia ROBACK, mediadora e conselheira pública, prestadora de serviços no Centro Judiciário de Serviços Familiares, Los Angeles, Califórnia, U. S. A. Ela, além de proferir conferências e cursos, em Buenos Aires e perante a Corte Suprema da Província de Buenos Aires, coordenou o treinamento focalizado aos conflitos familiares, inclusive casos de violência doméstica.

A organização e seleção dos participantes nos treinamentos descritos, esteve a cargo da Direção Nacional de Extensão Jurídica do Ministério da Justiça. A cada um deles assistiram aproximadamente trinta participantes, muitos provenientes dos Centros de Assistência Jurídica Popular do Ministério da Justiça e funcionários do Poder Judiciário. Paralelamente, os três *experts* mencionados proferiram seminários na Associação de Magistrados e Funcionários da Justiça Nacional.

Depois de tal tarefa, em 1992, decorrido mais de um ano de trabalho, contaram com sessenta mediadores treinados; alguns prestavam serviços nos Centros de Assistência Jurídica Popular (*barriales*) que o Ministério da Justiça estabeleceu anos antes, com ajuda da Agência Internacional para o Desenvolvimento,

começando a utilização de técnicas de negociação e mediação para conciliar as partes que recorriam a seus serviços em busca de assessoramento.

O Ministério da Justiça, visando dotar o procedimento de um mínimo marco normativo, encaminhou ao presidente da Argentina um projeto de norma programática em data de 19 de agosto de 1992, do qual decorreu o decreto 1480/92.

Em síntese, esta primeira norma declarou de interesse nacional a mediação, caracterizou a mediação como processo informal, voluntário e confidencial, especificando a aplicabilidade a conflitos judiciais e extrajudiciais, excluindo as causas penais e colocando em relevo que o mediador não decide a disputa, senão que coadjuva a que as partes o façam. Criou o Corpo de Mediadores; designou uma nova comissão de mediação, determinou a realização de uma experiência piloto de mediação conectada com juízos cíveis; delegou ao Ministério da Justiça a formulação da normatividade pertinente e orientou as províncias e os municípios a adotar em seus respectivos âmbitos, normas similares às contidas no decreto, no que pertine.

Tais argumentos constituíram a base do plano nacional que está integrado pela proposta de realização de múltiplos programas. Prevê a ação, difusão e implementação de mediação na sociedade argentina, a celebração de convênios, para tais fins, com distintos organismos educativos - Universidade Nacional de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, colégios profissionais, Ministério da Educação e com o município, entre outros. Restou, ainda, a sugestão de convênios de cooperação técnica com as províncias.

O objetivo declarado e central deste Plano de ação foi o desenvolvimento da mediação não somente anexa, conectada ou relacionada com o Poder Judiciário (tribunal), senão a instalação de centros de mediação comunitária, a criação de centros de mediação institucionais - dentro de organismos não governamentais -, tais como colégios profissionais, fundações, associações civis, que em tal caráter podem administrar, monitorar e avaliar os programas, a qualidade do serviço e o nível de satisfação dos usuários, levando em conta, também, os programas de mediação escolar, tanto a nível primário, como secundário.

O Plano contou com o apoio inicial do então Ministro da Justiça Dr. Carlos ARSLANIAN, e a etapa de implementação da Experiência Piloto e encaminhamento do Centro de Mediação do Ministério da Justiça, com o apoio do Secretário da Justiça Dr. Elias JASSAN; a etapa legislativa operou-se sob a iniciativa do Ministro da Justiça Dr. Adolfo BARRA. Embora se diga que concluída uma primeira etapa do Plano, este se encontrava em plena execução.

A Nova Lei de Mediação e Conciliação Argentina instituiu em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os Juízos, promovendo a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia. As partes estão isentas do cumprimento deste trâmite se provarem que, antes do início da causa, existiu mediação perante os mediadores registrados pelo Ministério da Justiça.

O procedimento de mediação obrigatória não é aplicado em causas penais, ações de separação e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder, com exceção das questões patrimoniais derivadas destas.

O Juiz deverá dividir os processos, encaminhando a parte patrimonial ao mediador. Ademais, não se aplica aos processos de declaração de incapacidade e de reabilitação, causas em que o estado nacional ou suas entidades descentralizadas sejam parte, “amparo”, “habeas corpus” e interditos; medidas cautelares até que sejam decididas, esgotando a respeito delas nas instâncias recursais ordinárias, continuando logo o trâmite da mediação; diligências preliminares e prova antecipada, juízos sucessórios e voluntários; concursos preventivos e falências; e, finalmente, causas que tramitem perante a Justiça Nacional do Trabalho.

Nos casos de processo de execução e juízos de expulsão, o presente regimento de mediação será optativo para o reclamante, devendo na sentença suposta o requerido recorrer a tal instância.

A então Nova de Lei de Mediação Argentina modifica o Código de Processo Civil da Argentina e este insere-se, ainda mais, dentro dos superiores escopos que resultaram no Código Tipo para a América Latina, atendendo a uma tendência que reputo universal - recentemente, entrando em vigor no mês de setembro próximo passado, alterado o Código de Processo Civil de Portugal que inclina-se neste sentido - de que ocorra na atividade jurisdicional, uma audiência prévia de conciliação perante o juiz togado -, enlevando esforços na consecução do propósito de solução dos litígios através de conciliação.

#### IV. Breve notícia a respeito da experiência de mediação em outros países.

O movimento de RAD com os mecanismos

básicos implementados na Argentina tem mais de duas décadas nos Estados Unidos, larga trajetória na China, desenvolveu-se em graus diversos em França, Inglaterra, Noruega, Nova Zelândia, Canadá, entre outros. Na América Latina foi a Colômbia um dos primeiros países que começou a trabalhar neste campo ao redor de 1983 e hoje é um dos mais avançados, ao menos no setor privado e com relação a arbitragem comercial e a conciliação, que se assemelha ao modelo de mediação.

A institucionalização da RAD desde a década de noventa está em marcha na Bolívia, El Salvador, Costa Rica, Porto Rico e outros países.

No Brasil não se tem notícia de um estudo oficial, de cunho sistemático e recente, a respeito da mediação e ou da conciliação endoprocessual.

A Associação dos Magistrados do Estado do Paraná promoveu seminário a respeito de mediação. As informações veiculadas pelos órgãos de imprensa dão notícia de um Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, sem vínculo com o Ministério da Justiça e ou o Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça tem ministrados cursos de mediação e conciliação, entretanto, muito mais há que ser feito, pois as técnicas utilizadas, em especial nos Estados Unidos, em relação a mediação, como no Peru, são muito mais avançadas do que as que aqui empiricamente são utilizadas.

A revista Time de 29 de agosto de 1988 dá destaque a algo então novo nos Estados Unidos: juristas autônomos oferecem opção para cortar custos e demora das cortes de justiça. Com as “*bênçãos da corte estatal*”, as partes contratam um “*juiz particular*”, entre centenas de chamados juízes de aluguel (*rent-*

*a-judges*) existentes no país.

Juízes aposentados que presidem as audiências pela remuneração de 150 a 300 dólares por hora. Em muitos casos, atuam como mediadores, eles têm poderes instrutórios e decisórios, como no caso acima mencionado, cabendo, porém, o julgamento final a um corpo de jurados escolhidos da lista oficial do júri oficial.

No Brasil juízes e desembargadores aposentados tem atuado na Conciliação em Segundo Grau, gratuitamente, promovendo a justiça coexistencial com alto grau de resultado.

De todo recomendável a adoção da conciliação e da mediação *on line*, através dos recursos de tecnologia ora disponíveis, posto que se a demanda envolve pouco valor econômico e uma parte residente em cidade distante de outra, ainda que em Segundo Grau, através do *Skype* gratuitamente se pode realizar as sessões de mediação e de conciliação, conforme trabalho por mim apresentado ao Conselho Nacional de Justiça e ao Prêmio Innovare, em 2010, e que foi finalista em ambos, sem custos, *full time*, com tecnologia que possibilita identificação de identidade, registros de imagem e de som.

Segundo o autor derradeiramente citado, há crescente utilização do sistema de mediação, inclusive porque permite às partes escolher juízes com experiência relevante para o caso, em vez de aceitarem juízes designados por acaso nas cortes públicas. Adversários do sistema o chamam de “Justiça Cadillac”, por permitir aos mais abastados evitarem o sistema judicial. O abandono deste pela elite impediria seu aperfeiçoamento. Entre outras críticas, mostra-se relevante aquela que teme a falta de publicidade que haveria nas demandas

envolvendo macroempresas e outros litigantes.

#### V. Crítica à mediação.

Laura NADER proferiu a conferência inaugural da XIX Reunião de Antropologia, realizada de 27 a 31 de março de 1994, em Niterói, RJ. Nela abordou a mediação, titulando a conferência como *La Civilización Y sus Negociadores - La Armonía como Técnica de Pacificación*.

A autora citada ressalta que no curso de seu trabalho sobre outros povos, os observadores da cena política do Estados Unidos da América nos finais da década de 70, e durante os anos 80 e 90 notaram que em comparação com a dinâmica da atividade política pública da década de 60 e do início dos anos 70, os norte-americanos de hoje resultaram apáticos e submissos.

Estudando como se construiu a ideologia da harmonia nas nações-estado modernos do tipo das democracias ocidentais e como estas ideologias se expandem mais além das fronteiras nacionais constatou que o processo pelo qual as ideologias que são motores de mudanças tomam forma através de um discurso muito interessante, indo mais além da lei para incluir os nexos entre lei, negócios e distritos eleitorais dentro da comunidade.

“Los años 60 han sido descritos como confrontacionales, una época en que varios grupos sociales en Estados Unidos se sintieron motivados para pasar al frente con sus propuestas: derechos civiles, derechos de consumidores, derechos de medio ambiente, derechos de la mujer, derechos de los pueblos indígenas,

etc. También fue un período de duras críticas a la ley y a los abogados en relación con temas de derechos y soluciones. Pero en un período de 30 años el país pasó de una preocupación por la justicia a una preocupación por la armonía y la eficiencia, de una preocupación por la ética del bien y del mal, a una ética de tratamiento, de las cortes a la Resolución Alternativa de Disputas. Como sucedió esto?...”

Nos anos seguintes a Conferência Pound o público assistiu a inundação de uma retórica de resolução alternativa de disputas, segundo Laura NÁDER.

A linguagem utilizada obedeceu a um código muito estrito e formulário que seguiu um padrão de retórica assertiva, fazendo grandes generalizações, sendo repetitiva, invocando autoridade e perigo, apresentando valores como se fossem fatos.

Começou a colecionar palavras chave: A RDA era associada com a paz, enquanto que a resolução judicial era associada com a guerra.

Uma é adversidade, a outra não. Em uma há enfrentamento, insensibilidade, destruição de confiança e cooperação, e somente perdedores, enquanto em outra há cicatrização suave e sensível de conflitos humanos, e produz somente ganhadores. As alternativas eram associadas com ser moderno: *“creando hoy la corte del mañana.”*

Embora a retórica da conferência fosse desafiada por cientistas sociais (como Mark GALANTER) buscando separar entre mito e evidência verificável.

“Se organizaron conferencias sobre medio ambiente para ver si se podia

desviar 'el énfasis de ganador-perdedor hacia una propuesta de equilibrio de intereses'. Los gremios fueron inundados con planes de control de calidad en los cuales administrativos y empleados podrían cooperar en armonía, una situación de ganador-ganador. Negociadores de Washington intentaron persuadir a las reservas de Indios norte-americanos que aceptaran desechos nucleares como una solución de ganadores-ganadores - saliendo de su miseria económica mientras que contribuían con su país. Los grupos de medio ambiente están siendo hostigados con reuniones de consenso, también supuestamente ganador-ganador. Los problemas familiares son mediados, en California y en varios otros estados esa mediación es obligatoria. En Washington hay una Oficina de Planeamiento de Conferencias de Consenso. En escuelas marginales a los 'alborotadores' se les enseña resolución de disputas, sin pensar en llenarles el estómago con desayunos calientes, y en la actualidad tenemos un presidente a quien se llama el Presidente de Consenso.

"Las bases de la postura del presidente Clinton fueron bien documentadas por la antropóloga Carol Greenhouse (1986) quien estudió una comunidad de Bautistas Saureños en Georgia, explicándoles los significados culturales de una explosión en RDA. La autora sugiere que la ecuación contemporánea de cristianidad y armonía inspiró una evasión de la ley, antipatía por la ley y una valorización del consenso - 'una estrategia que transformó el conflicto...'

"En un esfuerzo por sofocar los movimientos de derechos de los años

60 y atemperar las protestas por Vietnam, la armonía pasó a ser una virtud. Después de todo, el Presidente da la Suprema Corte había sostenido que para ser más civilizado los norteamericanos debían abandonar la centralidad del modelo adversario. Las relaciones, no las causas de base, y destreza para resolver conflictos interpersonales, no injusticia o disparidad de poder, eran y son el punto de partida del movimiento de RDA. En tal modelo, los demandantes civiles terminan siendo 'pacientes' que necesitan ayuda, y la política social se inventa para el bien del paciente.

"Al igual que los críticos de los supuestos de la RDA, los críticos de RDA en la práctica hablan de consecuencias y peligro. La mediación obligatoria en estas críticas es vista como control - en la definición 'del problema', control del discurso y de la expresión, difícilmente una alternativa a un sistema adversarial que hace lo mismo. Los mismos críticos describen la mediación/negociación como destructora de derechos en cuanto limita la discusión del pasado, en cuanto prohíbe el enfado, y en cuanto a compromiso forzado. En resumen, la mediación obligatoria reduce la libertad porque a menudo se encuentra por igual frente a una ley adversaria, y en general está escondida (GRILLO, 1991). Los casos generalmente no se registran; hay muy poca regulamentación y casi no hay responsabilidad, similar a la situación en psicoterapia por ejemplo. Los críticos promueven la prevención y las soluciones grupales. Una vez más, sin embargo, a pesar de la oposición y del creciente conocimiento de las consecuencias, que son de todo menos benignas, la RDA continúa su marcha

e en la actualidad ha pasado a ser internacional.”

## VI. Conciliação. Conceito e perspectivas históricas.

“A instituição de audiência prévia de tentativa de conciliação, segundo os fatores dos novos diplomas, tem sua origem no modelo de Stuttgart, cidade alemã onde a prática seria adotada.

“Ocorre que a prévia conciliação é avoenga em nossa tradição jurídica e apresenta elaboração muito singular pelo velho legislador brasileiro.

“O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, recebido pela República pelo Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, aplicável ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral, salvo as reguladas para processos especiais, era taxativo a respeito da conciliação prévia, ao dispor em seus arts. 23 e seguintes sobre o tema: *‘Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes...’*”

“No decorrer do período monárquico e nos primórdios da República, o Direito brasileiro conheceu, pois, a busca da prévia conciliação entre as partes, visando a preservação da paz e o afastamento da eternização das lides judiciais.

“Com a federalização do Direito processual, a partir da Constituição de 1934, a presença dos processualistas italianos tornou-se freqüente em nossos meios acadêmicos, e estes foram afastando instituições que mereciam preservação, a partir de um inevitável

aggiornamento.”<sup>2</sup>

A conciliação no direito brasileiro, sem discrepância nas principais linguas latinas: “*conciliation*”, em francês, “*conciliazione*”, em italiano, e “*conciliación*”, em espanhol, são utilizados pela lei, pela doutrina pela jurisprudência.

“*Conciliação*”, palavra derivada do latim “*conciliatione*”, significa ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação.

A conciliação, segundo Guilherme CABANELLAS DE TORRES, é a convenção das partes em um ato judicial, antes do conflito de interesses ser suscitado em juízo (diretamente); ela procura a transigência das partes, com a finalidade de evitar o pleito que uma delas queira começar. Segundo o mesmo autor, a mediação é a participação secundária em um negócio alheio, a fim de prestar um serviço às partes ou interessados.

Em sentido jurídico, diz REYNALS, entende-se por conciliação o ato judicial celebrado perante autoridade pública, entre autor e réu, visando a arreglar amigavelmente sus respectivas pretensiones o diferencias, de acordo com as lições de GALLINAL, MANRESA e ARRAZOLA, lembrados por Cristóvão Piragibe TOSTES MALTA. “No nosso direito”, acrescenta esse último doutrinador, conciliação tanto se emprega com sentido de procedimento de órgão judiciário visando a obter o ajuste entre os interessados, como equivale ao próprio acerto efetuado entre as partes.

2 Palestra do Prof. Claudio LEMBO, então Reitor da Universidade Mackenzie.

Para Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO: “En la conciliación, el funcionario que la presida o dirija deberá aconsejar, según las circunstancias, al pretensor (eventual actor) para que retroceda (desista), al pretendido (demandado em su caso) para que aceda (se allane) o a ambos para que cedan (transijan)”.

Conciliação é tão antiga quanto “al interés de los hombres por resolver pacíficamente sus conflictos, pues no hay duda de que viene empleándose desde tiempos inmemoriales.”

Wagner D. GIGLIO traça um perfil histórico da conciliação. Ressalta que Eduardo R. STAFFORINI admite a existência da conciliação entre os hebreus, nas leis da Grécia antiga e na lei das doze tábuas. “*Sin embargo, COUTURE afirma que la justicia de conciliación o de avenimiento pertenece más bien a la tradición germana y a la justicia medieval, en la cual el juez actuaba con el propósito de dirimir la controversia mediante la conciliación que a él le parecía equitativa.*”

Informa Cristovão Piragibe TOSTES MALTA, com apoio em Juan MENÉDEZ PIDAL, que a moderna conciliação tem suas origens “*nos mandaderos de paz do Fuero Juzgo (Lei XV, Tít. I, livro II), nos Jueces Avenidores das Partidas (Lei XXIII, Tít. IV, Partida III), nas Ordenanças de Bilbao, na Instrução de Corregedores de Carlos III (15/5/788), nas Ordenações de Matrículas de Carlos IV”, acrescentando que “a conciliação de tipo francês, inspirada no sistema holandês, passou à Constituição Espanhola de 1812 e daquela Carta ao Decreto de las Cortes de 13 de maio de 1821, sendo que a lei de Enjuiciamiento Civil, de 05/10/1855, transformou essa instituição no ato de conciliação com perfil moderno, passando finalmente à lei, vigente, de 1881.*”

Os Conselhos de Prud’hommes, restabelecidos por Napoleão I por decreto de 18 de março de 1806, a pedido dos fabricantes de seda de Lyon, utilizavam a conciliação em sua atuação prática.

Já dispunham as Ordenações do Reino, no Livro III, Título XX, § 1º, que “*no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre elas ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que dizemos, de reduzirem as partes a concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem puderem fazer.*”

A primeira Constituição do Brasil previa, ao tratar do “Poder Judicial”, no Título VI, que “*sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum.*”

A supressão da tentativa de conciliação obrigatória só veio a ocorrer em 1890, pelo decreto n.º 359, porque segundo a filosofia então imperante, não se harmonizava com a liberdade individual (sic), era inútil, causava despesas e procrastinações. Não se vedava, entretanto, a auto-composição espontânea, por renúncia, reconhecimento ou transação.

O CPC, em seu art. 331, red. Lei n. 8.952, de 13.12.94, disciplina audiência preliminar de conciliação e saneamento.

Os processualistas da América do Sul vêm insistentemente alvitando a inserção de uma audiência preliminar no procedimento de seus países, com o triplice escopo de incentivar a conciliação, sanear o processo e delimitar a

instrução a ser feita.

#### VII. A 'nova' lei de arbitragem.

Retoma o cenário a arbitragem, à qual observa José Raimundo GOMES DA CRUZ, instituto que apresenta certa contradição, na atualidade, pois a evolução do processo civil romano o deixou para trás, no terceiro período, e as reformas processuais recentes o prestigiam, como ocorre no Nouveau Code français, no seu Livro IV.

A Lei n. 9.307, de 23.09.96, ao dispor sobre a arbitragem, revogou dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, para estabelecer por completo todas as disposições acerca de tal meio colocado alcance das partes para a solução de determinados litígios. Cuida-se de medida facultativa, cabendo às partes analisarem a viabilidade de sua utilização em seus conflitos.

O art. 5º da Lei prevê a possibilidade de evitar-se o acesso ao Poder Judiciário para instauração do juízo arbitral: basta, para tanto, que a cláusula compromissória preveja outro mecanismo para a hipótese de uma das partes deixar de indicar o árbitro. Nem, aos menos, há a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário.

Em um país onde os contratos são impressos, ainda que se forma dissimulada, como os de mútuo, que são distribuídos pelas instituições de créditos em disquetes, é difícil acreditar que o hiposuficiente poderá discutir a respeito de qualquer cláusula. O poder econômico indicará os árbitros.

Há ampla discussão a respeito da

constitucionalidade da nova lei de arbitragem.

#### VIII. A justiça coexistencial na concepção de MAURO CAPPELLETTI.

O discurso a respeito da necessidade de novos paradigmas se subsume a um discurso temático que envolve a crise do processo civil brasileiro, salientando a morosidade na distribuição da Justiça, em face da inadequada organização judiciária (pondo em relevo o excesso de instâncias recursais); a insuportável demora dos processos; a deficiência dos serviços de assistência judiciária; a insuficiente atuação da oralidade; etc., são vetores que encaminham para uma prestação jurisdicional tardia e que, ao final, muitas vezes, resulta ineficiente. Trata-se de problema que, na realidade, não é peculiar ao Brasil, mas que se encontra em muitos países e também na Itália, Chile, Uruguai, Argentina e Paraguai.

Os problemas, portanto, são comuns. E é precisamente esta constatação que serve como ponto necessário para qualquer análise comparativa, para aquilo que CAPPELLETTI costuma denominar como *tertium comparationis*. Portanto, problemas comuns ou necessidades sociais comuns reclamam por uma resposta idêntica, por uma intervenção jurídica, seja no plano legislativo, seja em outro plano. Os princípios, em essência, que tentam informar o rápido deslinde da resolução dos litígios são o princípio da oralidade e seus corolários: a imediatidade do Juiz na relação com as partes e outros sujeitos do processo (em particular, as testemunhas) e, ainda, como condição *sine qua non* para a aplicação desta imediatidade, a concentração da causa em poucas audiências.

Pesquisas, incluindo estatísticas, levaram a convicção de que a oralidade (que não implica em renúncia total àquele meio essencial de comunicação que é a escrita) constitui um instrumento importante não só para resolver o problema da excessiva demora dos processos, mas também para melhorar a qualidade da Justiça civil.

O tema, aqui sempre analisado a partir do texto de CAPPELLETTI, que enfoca a dimensão social do processo, denominada de revolução copernicana. Por que revolução copernicana? Indaga e responde: É porque esta põe em destaque a dimensão social do processo, se cogita de uma nova visão do processo, que rompe com a impositação tradicional, pela qual o processualista ou jurista em geral concentra a sua atenção sobre o direito como norma, seja a norma geral (a lei), seja a norma particular (a sentença judicial ou o provimento administrativo). Assim, o jurista está instando a uma visão tridimensional, o jurista é instando a um exame quanto:

- a) *à necessidade ou ao problema social que reclama por uma resposta no plano jurídico;*
- b) *à avaliação de tal resposta que, embora deva assumir, ordinariamente, natureza normativa, impele o jurista a realizar um exame sobre a aptidão das instituições e dos procedimentos responsáveis pela atuação daquela resposta normativa;*
- c) *ao impacto que a resposta jurídica ocasionará sobre a necessidade ou sobre o problema social - ocasião em que estar-se-á examinando a eficácia de tal resposta.*

É desta forma que o direito em geral (e o direito processual em particular), deve ser examinado, levando-se em conta a perspectiva dos usuários e não apenas a perspectiva dos

produtores do direito.

A partir de tais idéias há ampla discussão doutrinária a respeito da Justiça Coexistencial. CAPPELLETTI afirma que *“Bastante relevante se apresenta a substituição da Justiça contenciosa (de natureza estritamente jurisdicional), por aquela que tenho a chamado de Justiça coexistencial, baseada em formas de conciliação.”*

Em relação a denominada Justiça coexistencial há divergências e controvérsias na doutrina. Enquanto CAPPELLETTI normalmente compartilha das idéias com o insigne processualista italiano Vittorio DENTI (o qual considera um dos líderes do movimento pelo acesso à Justiça), neste campo da Justiça coexistencial ocorrem divergências.

DENTI, avaliando este movimento em prol dos procedimentos de conciliação, entende que o mesmo se destina a perseguir duas finalidades:

- 1º) em primeiro lugar, a finalidade de uma maior eficiência na predisposição de meios para a administração da Justiça, mediante a submissão destas causas menores a órgãos de conciliação, com o que se subtrairia, porém, a possibilidade destas mesmas causas poderem aspirar por um Juízo “de primeira classe”; e*
- 2º) em segundo lugar, vislumbra uma finalidade de privatização dos conflitos, enquanto estaria aceitando o ingresso, para esta atividade mediadora, de grupos econômicos e sociais que estão proliferando nas sociedades de capitalismo avançado.*

Da análise sociológica e interdisciplinar (psicológica, a exemplo), na verdade, resulta a conclusão que em muitos aspectos da vida contemporânea não se pode dar justificativa para se imprimir um caráter contencioso a

certas relações, ao contrário, este caráter há que ser evitado ou atenuado.

Isso se torna particularmente relevante quando entre as partes persistem relações duráveis, complexas e que merecem ser conservadas. Nestas relações, a lide não se apresenta senão como um momento ou sintoma de uma tensão que deve, nos limites do possível, ser curada.

A decisão judiciária, sempre segundo o magistério de CAPPELLETTI, para fins e efeitos da sustentação da importância do tema, proferida em sede contenciosa (estritamente jurisdicional) se presta, otimamente, para resolver relações isoladas e meramente inter-individuais. É que a decisão tomada em sede contenciosa está ordinariamente destinada a atingir um fenômeno do passado, que não está fadado a perdurar.

A Justiça coexistencial, ao contrário, não está destinada a trancher, a decidir e definir, mas antes a remendar (precisamente de uma *mending justice* - Justiça de consertos), para aliviar situações de ruptura ou de tensão, com o fim de preservar um bem durável, qual seja, a pacífica convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, de cujo meio dificilmente poderiam subtrair-se. A justiça contenciosa não se preocupa tanto com estes valores, posto que olha mais para o passado do que para o futuro. A Justiça contenciosa vai muito bem para as relações do tipo tradicional, mas não para aquelas que têm se apresentado com as mais típicas e constantes da sociedade contemporânea, para as quais assume especial importância aquilo que os sociólogos denominam de *total institutions*, ou seja, instituições integrais, nas quais nós, enquanto membros de várias comunidades

econômicas, culturais ou sociais, ficamos compelidos a despender uma parte ponderável da nossa vida e da nossa atividade: fábricas, escolas, condomínios, freguesias de bairro, etc.

A fuga de tais comunidades ou instituições (*voidance*), se não é impossível, pelo menos importaria em custos extremamente pesados, inclusive o custo psicológico do isolamento ou da transferência para outro bairro, outra escola, outro trabalho, etc. Nas relações familiares, mesmo com a ruptura da separação ou do divórcio a discussão, como enfrentamento (e não como conciliação de interesses - diferente de reconciliação), agrava a discórdia e alimenta as variáveis do distanciamento e dificuldades psicológicas futuras de comunicação entre os envolvidos nas questões.

Nestas relações não se ajusta facilmente o nobre ideal oitocentescos e burguês da luta pelo direito. O *Kampf ums Recht* deve dar lugar ao *Kampf um die Billigkeit*, ou seja, à luta pela equidade, por uma solução justa e aceitável por todos os contendores. Nestas situações, aquela busca da verdade para se saber quem teve razão e quem não teve razão (no passado), deve encaminhar-se para a busca de uma possibilidade de permanência e de convivência (no futuro), sempre no interesse das próprias partes.

Portanto, sobre a Justiça contenciosa, do caso controvertido (a Justiça legal, técnica, profissional, estritamente jurisdicional), deve ser avaliada - e talvez prevalecer - a Justiça que CAPPELLETTI insiste em chamar de coexistencial, a qual, diz tratar-se de uma Justiça que leva em conta a totalidade da situação na qual o episódio contencioso está inserido e que se destina a curar e não a exasperar a situação de tensão;

prosegue afirmando que é claro, porém, como já dizia e escrevia alguns anos atrás, que o sucesso da Justiça coexistencial dependerá, e muito, da autoridade do conciliador: uma autoridade, porém, que não corresponderá àquela autoridade oficial do juiz (a potestas jus dicenti), mas que deverá se apresentar como uma autoridade social, moral, cultural, enfim, política, em sentido amplo (a autoridade do amigo, do vizinho, de quem, afinal, está legitimado a representar um dado grupo ou uma determinada comunidade). Estes tipos diferenciados de mediadores ou conciliadores (onbudspersons) serão encontrados nos bairros, nas fábricas, nas escolas, nos hospitais, etc. Não é à toa que se fala, portanto, de justiça social ou de juizados especiais em contraposição àquela Justiça oficial, jurídica.

Segundo CAPPELLETTI em diversos países a pesquisa tem levado a conclusão de que a participação da iniciativa privada é de particular importância. A grande lição da história é precisamente esta: a iniciativa privada é importante e insubstituível, embora deva ser vigiada, para se prevenir possíveis abusos. Os padrões de justiça coexistencial ou social ostentam então peculiares características: prevê-se a existência de um conciliador (ou denominador ou mediador - por ora a denominação não importa e será avaliada no trabalho futuramente) ou de um árbitro (arbitragem) ou juiz não togado (impropriamente denominado na Constituição Federal como juiz leigo), mas sempre com a possibilidade de se recorrer ou de se utilizar do juiz oficial no caso de abusos ou de graves irregularidades.

## **XI. A conciliação e a arbitragem endoprocessual nos Juizados Especiais: uma história de efetividade**

Nos Juizados Especiais, pode ser presidida a sessão, prévia e obrigatória de conciliação, tanto por conciliador, juiz leigo ou juiz de direito supervisor, necessitando sempre a homologação do juiz de direito.

Pedro Manoel ABREU em sua preciosa obra Juizados Especiais Cíveis e Criminais traça uma perspectiva histórica no trato do exercício da jurisdição, desde o direito colonial até nossos dias, englobando síntese a respeito de vários países.

A renovação do processo civil brasileiro ocorreu inicialmente com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e, de forma mais recente com a criação dos Juizados Especiais de Causas de Menor Complexidade; depois, com a recente reforma da legislação processual civil, contudo, sempre mantendo o estreito controle jurisdicional a respeito da prestação a ser exercida; infelizmente, não é o que está a ocorrer em países vizinhos.

O esforço histórico no sentido de uniformizar o procedimento (lato senso o processo) resultou no Código de Processo Civil tipo para América Latina, o qual, quando muito, serviu de subsídio ínfimo para a mini-reforma do Código de Processo Civil ocorrida em data recente, enfatizando a utilização da conciliação, sempre endoprocessual, como forma de solução dos litígios.

O modelo dos Juizados Especiais Cíveis, implementado em nosso País atende a todos os requisitos da justiça coexistencial, sem os prejuízos decorrentes de uma atividade extrajurisdicional, como ocorre no modelo

implementado na Argentina e na nova lei de arbitragem do Brasil.

No Juizado Especial Cível o conciliador não necessita ser bacharel em Direito, embora se dê preferência a tanto, realizada a sessão de conciliação e em sendo exitosa, lavra-se o instrumento escrito que é submetido ao crivo jurisdicional. Assim, preservada está a possibilidade de acesso à Justiça. O árbitro necessita de cinco anos de efetivo exercício da advocacia, de acordo com a Lei nº 9.099/95, o que não ocorre na nova lei de arbitragem.

A experiência demonstra que a conciliação endoprocessual evita ilegalidades e abusos nos acordos firmados, preenche requisitos técnicos de termo, condição e outros; é realizada com ampla publicidade; caso uma das partes compareça assistida por advogado, há obrigatoriedade de assistência jurídica integral à outra, mesmo para a conciliação, de forma gratuita.

Afasta a possibilidade da influência das grandes empresas em submissão implícita ao hiposuficiente. O mesmo se pode afirmar em relação a arbitragem endoprocessual, que existe nos Juizados Especiais Cíveis, possibilitando que a parte escolha qual o árbitro a proferir o laudo arbitral, bem como ocorra somente se ambas assim o convencionarem.

As nulidades dos laudos arbitrais eventualmente acontecem, ou até outros motivos que permitem que o Juiz de Direito Supervisor não homologue os laudos viciados.

Os dados estatísticos, conforme os gráficos demonstram, informam que o Juizado Especial tem êxito nas conciliações em quantidade muito superior a experiência de mediação Argentina.

A sessão prévia de conciliação, conduzida por conciliador ou juiz leigo, sob a supervisão

do Juiz de Direito, pode ser implementada pelas normas de organização judiciária local a causas não abrangidas pela Lei nº 9.099/95, inclusive com efeito de revelia para o requerido que não comparecer a tal audiência.

As estatísticas das Varas de Família demonstram o imenso número de conciliações (o que não é o mesmo que reconciliação), homologadas, podendo tais audiências serem conduzidas pelo conciliador e ou juiz leigo, permitindo que o Juiz de Direito tenha tempo para prolator as sentenças homologatórias dos acordos e ainda, prolator as sentenças que julgam os processos que demandam instrução e há litígio.

Finalmente, considerando que o Mercosul é um fato social recente, de integração das comunidades que habitam a região, onde há necessidade de uma aproximação dos povos, vez que historicamente os dominantes do continente, em especial os ingleses, que dissimulando regiam a economia, obraram em diversos meios de afastamento.

A mediação e a conciliação endoprocessual e a arbitragem endoprocessual, parecem-nos, são propostas que merecem acurada reflexão pelos fins sociais a que se propõem, sendo tratada corretamente pela Lei nº 7.244/84 e repetida na Lei nº 9.099/95, devendo ser estendidas a todos os demais processos, e não como parece ocorreu na recente lei de arbitragem, que afasta o cidadão do acesso ao Poder Judiciário.

O que é premente, é que disciplinas a respeito de negociação e ou mediação e arbitragem venham a ser incluídas nos currículos dos Cursos Jurídicos, bem como, que as Escolas Superiores da Magistratura incluam, em sua programação, cursos de formação de conciliadores e árbitros, bem como, cursos

de atualização de magistrados, voltados para a conciliação; seguindo um procedimento já adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A singela leitura dos dados estatísticos cotejados impõe a conclusão da efetividade e êxito do modelo adotado no Brasil, o qual apresenta índice expressivo de superioridade ao modelo adotado na Argentina.

A arbitragem, com a qual, em uma década de Magistratura, não nos deparamos com um único caso, no modelo do CPC, nos Juizados Especiais é uma realidade que alcança no período o expressivo número de 1948 casos.

A conciliação que evita a possibilidade de recurso, compõe os interesses das partes de acordo com os seus efetivos anseios, que já índice de 98% - noventa e oito por cento - em algumas comarcas do Estado do Paraná, conforme assinala a Professora Ada Pellegrini GRINOVER, já citada neste trabalho, teve um índice expressivo, mas muito aquém do almejado.

A administração do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na pessoa do então eminente Presidente Henrique Chesneau LENZ CÉSAR, dinamizando o acesso à Justiça através dos Juizados Especiais, enfatizou a necessidade e investiu na formação de conciliadores e árbitros, através da Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná, em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, possibilitando que os laudos venham a corresponder não somente a um provimento formal e final, mas que se obtenha Justiça; não apenas o exercício do ato de buscar conciliar, mas que resulte na composição do litígio de forma a realizar os interesses e anseios das partes.

## IX. **Semana da Conciliação e o Conselho Nacional de Justiça**

A **Semana da Conciliação** do Movimento Nacional pela Conciliação atende os processos em tramite na Capital do Estado em especial para os processos em fase recursal.

A diferença fica por conta da Capital do Estado, enquanto se adotadas modernas tecnologias poder-se-ia, gratuitamente, através do *Skype* ocorrer tanto a conciliação como a mediação *online*.

Em Curitiba, além das conciliações que são realizadas nas Varas, a **Semana da Conciliação** funciona ainda em tendas que são instaladas pelo Governo do Estado em frente ao Palácio Iguazu, no final da Av. Cândido de Abreu, Centro Cívico, numa promoção conjunta das três Justiças: Estadual, Federal e Trabalhista. Serão instaladas 25 tendas de 10x10 (=100 m<sup>2</sup>), abrangendo uma área total de 2500 m<sup>2</sup>, a ser ocupada pelas três áreas do Judiciário. Tudo com apoio estrutural do Governo do Estado, da Prefeitura de Curitiba e do Sistema Fecomércio.

O que funcionará nas tendas da Justiça Estadual?

- a) o Projeto "Justiça no Bairro", comandado pela Desembargadora Joeci Machado Camargo com a participação e apoio do SESC, ICI, Unimed, INSS e Defensoria Pública do Estado do Paraná, que assumiu também a condução e solução dos cerca de 180 processos de Interdição que tramitam nas Varas Cíveis de Curitiba com Justiça Gratuita, isso tudo dentro da Semana da Conciliação;
- b) Os Juizados Especiais Cíveis, com

*conciliações e atendimentos gerais.*

*c) A Justiça Comum, com audiências de conciliação em processos indicados por vários Bancos parceiros, tais como HSBC, ITAÚ e BRADESCO, com a colaboração de conciliadores voluntários que fizeram o “Curso de Técnicas de Mediação e Conciliação”, promovido em outubro pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP e pela Escola dos Servidores da Justiça Estadual do Paraná - ESEJE, com apoio do Tribunal de Justiça, tudo com a supervisão de conciliadores do 2º grau (magistrados aposentados) e dos magistrados que integram a coordenação do Movimento pela Conciliação no Paraná.*

*d) a COHAB, com conciliações pré-processuais em casos envolvendo os seus financiamentos habitacionais.*

*e) Outros eventuais parceiros da conciliação, na área da telefonia e outras de grande demanda jurisdicional.*

## X. Conclusão

Há necessidade de treinamento permanente, desde os bancos escolares do ensino médio, perpassando pelas faculdades e escolas de advocacia, magistratura e defensoria pública do novo modelo adotado pelo Código de Processo Civil que em breve entrará em vigor.

De todo recomendável que os operadores do direito aproveitem a experiência dos Países vizinhos, em especial Argentina e Peru, com realidades sócio-econômicas e culturais

semelhantes à nossa, com resultados positivos, abeberando-se da experiência e do conteúdo bibliográfico já existente em Países da *common law*, em especial em relação a mediação afim de que etapas de dificuldades sejam superadas.

Entretanto, somente com a aplicação das novas tecnologias, em especial com sessão de conciliação e de mediação *online* é que poder-se-á alcançar um novo modelo de justiça, a justiça coexistencial, onde há a efetiva primazia do conteúdo sobre a forma e o cidadão estará mais próximo de alcançar o bem da vida que almeja.

Como diz SOVERAL MARTINS, Professor da Universidade de Lisboa, se duas irmãs herdarem uma laranja, no modelo de justiça adversarial ocorrendo o julgamento por um juiz de direito ele partirá a laranja ao meio e dará metade a cada uma daquelas; enquanto ambas poderão ficar insatisfeitas, pois uma queria o sumo para beber e a outra a casaca para fazer um manjar.

No começo de minha carreira acadêmica o Prof. SOVERAL MARTINS atencioso e solícito remeteu-me de Portugal uma sua obra onde consta o incedível exemplo de reformulação de um conceito de pensar a Justiça.

Cabe aos operadores do direito a correta interpretação da intenção do legislador e do novo Código de Processo Civil, para obter os resultados de imensas possibilidades de uma revolução no modelo de Justiça hoje existente.

# A TUTELA DOS DIREITOS COMO FIM DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Daniel Mitidiero

**Sumário:** Introdução; 1. Fundamentos, Meios e Fins do Estado Constitucional; 2. O Processo Civil como Meio para Tutela dos Direitos. A Necessidade de Prolação de uma Decisão Justa e de Formação de Precedente como Imposições do Estado Constitucional: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial; 3. A Tutela dos Direitos em uma Dimensão Particular e em uma Dimensão Geral: Teoria da Decisão Justa e Teoria do Precedente; Considerações Finais.

**Resumo:** o presente ensaio visa a propor a tutela dos direitos (em uma dimensão particular e em uma dimensão geral) como fim do processo civil no Estado Constitucional.

**Riassunto:** *questo saggio ha per obiettivo proporre la tutela dei diritti (in una dimensione particolare ed in una dimensiona generale) come fine del processo civile nello Stato Costituzionale.*

**Palavras-chaves:** Processo Civil. Estado Constitucional. Tutela dos Direitos.

**Parole-chiavi:** *Processo Civile. Stato Costituzionale. Tutela dei Diritti.*

## Introdução

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma *tríplice alteração* no que concerne à compreensão do Direito<sup>1</sup>. Essas três grandes mudanças fizeram com que o processo deixasse de ser pensado simplesmente com um *perfil subjetivo*, pré-ordenado somente para *resolução de casos concretos* em juízo.

A primeira mudança concerne à teoria das normas<sup>2</sup>. No Estado Legislativo, pressupunha-se que toda norma era sinônimo

1 Sobre a passagem do Estado Legislativo (*Stato di Diritto – Rechtsstaat*) para o Estado Constitucional (*Stato Costituzionale – Verfassungsstaat*), Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite – Legge, Diritti, Giustizia*, 13. ristampa. Torino: Einaudi, 2005, pp. 20/56; sobre o seu impacto sobre o conceito de jurisdição, Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 21/139, vol. I; sobre a ideologia da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação jurídica subjacente ao Estado Legislativo, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. Ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 276/286.

2 Amplamente, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



Daniel Mitidiero

Pós-doutor em Direito (Università degli Studi di Pavia, Itália, UNIPV). Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, UFRGS). Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS.

de *regra*. Os princípios eram compreendidos como *fundamentos* para normas, *mas jamais como normas*. No Estado Constitucional, a teoria das normas articula-se em três grandes espécies – as normas podem ser enquadradas em *princípios, regras e postulados*. Os princípios ganham força normativa – vinculam os seus destinatários<sup>3</sup>. Ao lado dos princípios e das regras, teoriza-se igualmente a partir de *normas que visam a disciplinar a aplicação de outras normas* – os postulados normativos<sup>4</sup>. Ao lado dessa mudança *qualitativa*, o Estado Constitucional convive com uma *pluralidade fragmentada de fontes*: a forma Código perde o seu caráter de *plenitude*, próprio do Estado Legislativo, e passa a desempenhar função de *centralidade infraconstitucional*<sup>5</sup>. Abundam *estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais* que concorrem para disciplina

da vida social<sup>6</sup>. O ordenamento jurídico adquire feição *complexa*<sup>7</sup>. Daí que se soma à mudança qualitativa uma mudança igualmente *quantitativa* no campo das normas.

A segunda refere-se à técnica legislativa. Nesse campo, passa-se de uma legislação redigida de forma *casuística* para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica *aberta*. No Estado Constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as conseqüências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de conseqüências jurídicas na própria proposição (técnica aberta). Como facilmente se percebe, entram no segundo grupo os *conceitos jurídicos indeterminados* e as *cláusulas gerais* – os primeiros como espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há conseqüências jurídicas legalmente previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de conseqüências jurídicas no próprio enunciado legal<sup>8</sup>.

A terceira mudança atine ao significado da interpretação jurídica e, no fundo, à

3 Mauro Barberis, *Stato Costituzionale*. Modena: Mucchi Editore, 2012, pp. 66/71.

4 De que são exemplos a ponderação, a concordância prática, a proibição de excesso, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade, de acordo com a conhecida proposta de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 154/185. No mesmo sentido, referindo que “Humberto Ávila tem razão quando identifica a proporcionalidade (juntamente com outros critérios como a proibição de excesso etc.) como algo qualitativamente diferente, seja de princípios, seja de regras jurídicas”, Cláudio Michelin, “Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica”. In: Macedo Júnior, Ronaldo Porto; Barbieri, Catarina Helena Cortada (coords.), *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 274.

5 Clóvis do Couto e Silva, “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro”. In: Fradera, Vera (org.), *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 11/31; Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. Ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 169/270.

6 Sobre a *decodificação* e a *recodificação* (a partir do eixo constitucional), Natalino Irti, *L'Etat della Decodificazione*, 4. Ed. Milano: Giuffrè, 1999, e *Codice Civile e Società Politica*, 7. Ed. Roma: Laterza, 2005.

7 Riccardo Guastini, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, pp. 163/164.

8 Amplamente, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. Ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 273/348.

própria compreensão a respeito da natureza do Direito. Parte-se do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de *reconstrução* do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos<sup>9</sup> à vista do caráter *não cognitivista e lógico-argumentativo* do Direito<sup>10</sup>. Como observa a doutrina, “o essencial é que o Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado”<sup>11</sup>. Isso quer dizer que se assume a *separação entre texto e norma* – o legislador outorga *textos, não normas*. As normas são fruto de uma *outorga de sentido aos textos* pelos seus destinatários<sup>12</sup>. É enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional – basta perceber que se pressupunha no primeiro uma *unidade entre texto e norma*, pressupondo-se que o legislador

outorgava não só o texto, mas também a norma, sendo função da jurisdição tão-somente *declarar* a norma pré-existente para solução do caso concreto<sup>13</sup>. O Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente *conhecer* para ser uma “harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas”<sup>14</sup>.

É fácil perceber, portanto, a razão pela qual a doutrina aponta um eloqüente deslocamento a partir dessa verdadeira virada conceitual: da *vocação do nosso tempo para legislação e para ciência do direito (vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*<sup>15</sup> para a *vocação do nosso tempo para jurisdição (vocazione del nostro tempo per la giurisdizione)*<sup>16</sup> – ou, mais precisamente, para o processo<sup>17</sup>. A partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade de *resolver casos concretos* mediante a prolação de uma *decisão justa para as partes*<sup>18</sup>, mas

9 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios Jurídicos – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 33/34; Riccardo Guastini, *Lezioni di Teoria del Diritto e dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 101.

10 Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 147.

11 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 138.

12 Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. E isso por conta da *equivocidade* dos textos jurídicos, que podem dar azo a “*interpretazioni sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli*” (Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 413).

13 Sobre a diferença das relações entre legislação e jurisdição no Estado Legislativo e no Estado Constitucional, Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 21/139, vol. I; Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 123/131, vol. I.

14 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254.

15 Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

16 Nicola Picardi, “*La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004.

17 Sobre a passagem da jurisdição ao processo como pólo metodológico do processo civil, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 48/50.

18 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della*

também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*<sup>19</sup>. Daí que o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar *tutela aos direitos*<sup>20</sup> mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral<sup>21</sup>.

Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a *dignidade da pessoa humana* e a *segurança jurídica*. E é justamente levando em consideração esses dois elementos que é possível visualizar esses *dois importantes discursos* que o processo civil deve ser capaz de empreender na nossa ordem jurídica a fim

.....  
*Giusta Decisione*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 219/234.

19 Amplamente, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

20 Apontando a tutela dos direitos como fim do processo civil, Vittorio Denti, *La Giustizia Civile – Lezioni Introdotte* (1989), 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 2004, pp. 115/117; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4. Ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, pp. 5/6; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 363/373; Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 240/241, vol. I; Daniel Mitidiero, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 54/55.

21 Mesmo que alçando mão de outros termos e cuidando apenas e especificamente do problema da atuação da *Corte di Cassazione* na Itália, a dupla direção que a aplicação do Direito ao caso concreto pode assumir também já foi bem destacada por Michele Taruffo: “*l’interpretazione della legge, quando è finalizzata all’applicazione della norma ad un caso particolare, può essere orientata in due direzioni diverse: l’una mirante ad individuare la soluzione più giusta in rapporto alla peculiarità del caso concreto; l’altra mirante a stabilire a livello generale quale è il significato più giusto da attribuire alla norma*” (“*La Corte di Cassazione e la Legge*”, *Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, pp. 90/91).

de que essa se consubstancie em uma *ordem* realmente idônea para *tutela dos direitos*. É exatamente dentro desse quadro teórico que o presente ensaio visa a defender que o fim do processo civil no Estado Constitucional é a *tutela dos direitos* nessas duas dimensões.

## 1. Fundamentos, Meios e Fins do Estado Constitucional

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CRFB). Nessa condição, consubstancia-se em um Estado Constitucional, sintética e expressiva fórmula<sup>22</sup>, sendo o “Estado de Direito” e o “Estado Democrático” seus dois corações políticos<sup>23</sup>. No que agora interessa, importa ter presente que, como Estado de Direito, funda-se na segurança jurídica (artigo 1º, *caput*, CRFB). Dignidade da pessoa humana e segurança jurídica são dois *princípios fundamentais* da nossa ordem jurídica<sup>24</sup>.

.....  
 22 Sintética e expressiva, na medida em que, com ela, se resume todo o contexto em que submersa em geral a cultura jurídica contemporânea, conforme anotam Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite*, 13. ristampa. Torino: Einaudi, 2005, pp. 39/50, e Paolo Ridola, *Diritto Comparato e Diritto Costituzionale Europeo*. Torino: Giappichelli Editore, 2010, p. 22.

23 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 98/100.

24 Quanto à dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 81/90; quanto à segurança jurídica, Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 201/244. De resto, observe-se que a qualificação como

Esses dois princípios fundamentam a organização de um processo destinado à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação de precedentes judiciais. *Do ponto de vista do Estado Constitucional, o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação e respeito aos precedentes.* Daí que a *tutela dos direitos* que deve ser promovida pelo processo tem uma *dupla direção* – dirige-se às *partes* no processo e à *sociedade* em geral. Os meios de que se vale o processo para obtenção desse escopo são igualmente dois: a *decisão justa* – acompanhada, em sendo o caso, de todas as técnicas executivas adequadas para sua efetividade – e o *precedente judicial*. Pode-se tutelar os direitos no processo, portanto, tanto em uma *dimensão particular* como em uma *dimensão geral*.

A dignidade da pessoa humana impõe

.....  
 princípio fundamental não exclui a possibilidade de a dignidade da pessoa humana funcionar igualmente como regra (Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87) e de a segurança jurídica manifestar-se também como outra espécie normativa (Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 669/670). Nada obsta a que tenhamos coexistência de “espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo” (Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68). Do mesmo modo, qualificar a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica como normas não afasta, de modo algum, o aspecto axiológico nelas implicado (assim, Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85; Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250).

a necessidade de considerarmos a *tutela dos direitos* como fim do processo. A *juridicidade* pela qual se pauta o Estado Constitucional – isto é, o seu *parâmetro jurídico de atuação* e a *efetiva atuabilidade dos direitos* – assegura *imediatamente* a necessidade de uma *decisão justa* como *meio particular* para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí são as partes no processo. A *segurança jurídica* impõe *imediatamente* a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação e o respeito aos precedentes como *meio geral* para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo. Solidariamente implicados, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica impõem a tutela dos direitos como a finalidade do processo civil no Estado Constitucional.

A dignidade da pessoa humana constitui “qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana”<sup>25</sup> e funciona ao mesmo tempo como “valor-fonte do ordenamento

.....  
 25 Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52. Mais demoradamente, entende Ingo Sarlet a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73).

jurídico”<sup>26</sup>, fundamento e medida do Estado de Direito e de inúmeros direitos fundamentais<sup>27</sup>. No que agora interessa, a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Constitucional impõe como “tarefa”<sup>28</sup> para a doutrina a *realização de uma teorização do direito a partir da pessoa humana* e não a partir do Estado. Dito de outro modo, o reconhecimento da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica revela que o Estado “é uma organização política que serve o homem” e que, portanto, “não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”<sup>29</sup>. Daí que, “consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros

países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”<sup>30</sup>. Vale dizer: constitui a “pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”<sup>31</sup>.

A maneira como a nossa Constituição foi ordenada é extremamente significativa nesse particular. Pela primeira vez em nosso constitucionalismo, a Constituição inicia arrolando “princípios fundamentais” (artigos 1º a 4º, CRFB) para logo em seguida proclamar “direitos e garantias fundamentais” (artigos 5º a 17, CRFB). Somente *depois* de cuidar da *pessoa e de seus direitos* é que a Constituição se ocupa da “organização do Estado” (artigos 18 a 43, CRFB) e da “organização dos poderes” (artigos 44 a 135, CRFB). A prioridade da pessoa na ordem constitucional em detrimento do Estado é evidente. *Toda e qualquer construção teórica que não leve em consideração essa verdadeira primazia está destinada a falhar no teste de legitimidade substancial em que consiste a dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional*<sup>32</sup>.

26 Judith Martins-Costa, “Direito e Cultura: entre as Veredas da Existência e da História”, Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181, em co-autoria com Gerson Branco.

27 Sobre as relações entre dignidade da pessoa humana, Estado de Direito e direitos fundamentais, Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 91/140; A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 58/62; sobre as relações entre Estado de Direito e direitos fundamentais, ainda, Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 218/251.

28 Sobre a caracterização da dignidade da pessoa humana como “limite e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares”, Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 131/140.

29 José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

30 Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 79/80.

31 Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, 3. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180, tomo IV.

32 Sobre a dignidade da pessoa humana como critério substancial de legitimidade, Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na

A segurança jurídica consubstancia-se ao mesmo tempo em fundamento do Estado Constitucional e função que deve ser por ele desempenhada<sup>33</sup> a fim de viabilizar condições institucionais para autodeterminação da pessoa (“*citizens to live autonomous lives*”) e desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (“*mutual trust*”)<sup>34</sup>. A segurança jurídica é um *princípio instrumental* que visa à *efetiva atuabilidade dos direitos*<sup>35</sup>, sem a qual inexistente o *império da juridicidade* inerente ao Estado Constitucional<sup>36</sup>.

Dado o caráter *não cognitivista e lógico-argumentativo* do Direito<sup>37</sup>, o que o coloca em uma situação de permanente desenvolvimento

e superabilidade (*defeasibility*)<sup>38</sup>, a segurança jurídica deve ser compreendida como *cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade* do Direito<sup>39</sup>. É certo que houve um tempo em que bastava ver a segurança jurídica como “determinação normativa” e “garantia de conteúdo” do Direito<sup>40</sup>. Essa maneira *estática* de compreendê-la, no entanto, encontrava-se umbilicalmente ligada ao entendimento de que o Direito em si é um objeto dado total e previamente pelo legislador, e que a tarefa do intérprete estava em declarar o “*vero (univoco e determinato) significato delle disposizioni legislative*”<sup>41</sup>. Com a derrocada desse modo *cognitivista* de entender o Direito em favor de uma solução não cognitivista e lógico-argumentativa, a segurança jurídica passou a constituir a *dinâmica* “controlabilidade semântico-argumentativa” e “garantia de respeito” do Direito<sup>42</sup>.

A segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a *cognoscibilidade* do Direito. É preciso viabilizar o *conhecimento* e a

.....  
Constituição Federal de 1988, 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92.

33 Antonio Enrique Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica*, 2. Ed. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 27/28.

34 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 16.

35 Caracterizando a segurança jurídica como um princípio instrumental ligado à realização dos direitos, Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 265.

36 Neil MacCormick, *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford Press University, 2008, p. 60.

37 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 14/15. Como observa enfaticamente MacCormick, “*a theory of legal reasoning requires and is required by a theory of law*” (*Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 229). E isso porque, como enquadra com boa dose de razão Robert Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 261), o discurso jurídico não passa de um “*Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurs*” (caso particular do discurso prático geral, tradução livre). Interpretar textos jurídicos, em suma, significa interpretar argumentativamente (Riccardo Guastini, *L’Interpretazione dei Documenti Normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 7).

.....  
38 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 53 e, mais longamente, pp. 237/253; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 42/43.

39 É a tese de Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 250/256.

40 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 272.

41 Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 409/412; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 143.

42 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 272.

*certeza* do Direito, sem os quais não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. É claro que o fato de o Direito ser vazado em linguagem – que é indiscutivelmente porosa e polissêmica<sup>43</sup> – requer a compreensão da segurança mais como *viabilização de conhecimento* do que propriamente como *determinação* prévia de sentido. A segurança jurídica exige, portanto, a *controlabilidade intersubjetiva dos processos semântico-argumentativos* que conduzem ao conhecimento e à certeza do Direito e a adoção de *critérios racionais e coerentes* para sua reconstrução. Em segundo lugar, exige *confiabilidade* do Direito. O Direito deve ser *estável e não sofrer quebras abruptas e drásticas*. Evidentemente, não é possível assegurar a sua *imutabilidade*, na medida em que é inerente ao Direito o seu aspecto cultural e, portanto, a sua permanente abertura à mudança. Importa, no entanto, que a confiança depositada pela

pessoa no Direito não seja iludida, o que impõe *estabilidade e continuidade* normativas e, em sendo o caso, previsão de *normas de salvaguarda da confiança* em momentos de *crise de estabilidade jurídica*. Em terceiro lugar, impõe *calculabilidade*, isto é, *capacidade de antecipação das conseqüências* normativas ligadas aos atos e fatos jurídicos e das *eventuais variações* (quais e em que medida) da ordem jurídica. Também aqui o caráter cultural, não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito repele a *previsibilidade absoluta* e determina a sua substituição pela noção mais elástica de *calculabilidade*. Por fim, em quarto lugar, a segurança jurídica exige *efetividade* do Direito. Pouco importa a certeza, a confiança e calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante de seu descumprimento, o Direito confessa-se impotente para impor a sua própria *realização*. Daí que a efetividade, entendida como *realizabilidade*, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica<sup>44</sup>.

A conjugação da dignidade da pessoa humana com a segurança jurídica impõe a necessidade de pensarmos o processo civil como meio para viabilização da tutela dos direitos. E mais do que isso: dada a tríplice mudança do Direito na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, essa combinação aponta para necessidade de o processo se estruturar

43 Daí a clássica observação de Herbert Hart a respeito da “*open texture of law*” (*The Concept of Law* (1961), 3. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 124/136). Hart, todavia, chama atenção para a textura aberta do Direito para marcar uma diferença entre *zonas de certeza* e *zonas de penumbra* nos enunciados jurídicos, dentro das quais há, respectivamente, apenas *declaração* de uma *norma pré-existente* ou *verdadeira criação normativa* por parte dos juízes. Com isso, Hart acaba retirando conseqüências da indeterminação dos enunciados jurídicos apenas para os casos que recaem sobre a zona de penumbra. Sobre a sua teoria da interpretação e, especificamente, sobre os seus pressupostos filosóficos nesse particular, Vittorio Villa, *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell’Interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 110. Ademais, sublinhando a potencial indeterminação do texto de *qualquer* enunciado linguístico, Giovanni Tarello, *L’Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 27; Riccardo Guastini, *L’Interpretazione dei Documenti Normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 64/66; *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 39/44; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 56.

44 Tudo conforme Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 249/279. Especificamente sobre a efetividade como elemento do conceito de segurança no processo civil, Daniel Mitidiero, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 62/63.

de modo a tornar possível a obtenção desse escopo em uma perspectiva tanto particular como geral. Vale dizer: mediante a prolação de uma decisão justa para as partes e a formação e respeito aos precedentes para orientação da sociedade como um todo.

## 2. O Processo Civil como Meio para Tutela dos Direitos. A Necessidade de Prolação de uma Decisão Justa e de Formação de Precedente como Imposições do Estado Constitucional: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial

Se é verdade que o processo civil no marco do Estado Constitucional deve ser compreendido como meio para tutela dos direitos, e que essa tutela deve ter uma *dupla direção* e servir-se de um *duplo discurso*, torna-se imprescindível, de um lado, colocar em uma *perspectiva crítica* os mais diversos fins já colimados ao processo civil ao longo da história, e, de outro, aferir de que modo o processo deve se estruturar para comportar o duplo discurso que visa à promoção da tutela efetiva dos direitos.

Em linhas gerais, o processo civil, antes da *Prozeßrechtswissenschaft* e da *scuola storico-dogmatica*, era animado pelo objetivo de realizar o *direito subjetivo afirmado pela parte* em juízo. E isso porque inexistia qualquer quebra conceitual entre direito subjetivo e ação – ou, dito de outro modo, porque não havia qualquer autonomia do processo em relação ao direito material. Era comum a exposição da matéria hoje reconduzida ao campo do direito processual civil em adendos – apêndices – de obras destinadas ao tratamento do direito

material<sup>45</sup>. Sendo a ação uma decorrência do direito subjetivo – e o ponto máximo (*Höhepunkt*) desse modo de pensar típico de Oitocentos é a conhecida elaboração de Friedrich Carl von Savigny sobre as *materiellen Aktionenrechts*<sup>46</sup>, seu verdadeiro coroamento (*Krönung*) e fim (*Abschluß*)<sup>47</sup> –, restava absolutamente coerente com essa doutrina uma *orientação acentuadamente privatista e individualista* a respeito dos fins do processo<sup>48</sup>.

A transformação da “*procedura*” em “*diritto processuale civile*”<sup>49</sup> foi acompanhada

45 Por exemplo, como observa Riccardo Orestano, as *Pandectas* de Thibaut, até a sétima edição, datada de 1828, incluíam como adendo uma ampla exposição do direito processual civil em seu terceiro volume (“*Azione. I – L’Azione in Generale: a) Storia del Problema*”. In: *Enciclopedia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 790, vol. IV).

46 Em seu clássico *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1841, tomo V, Savigny, depois de definir a “*Klage*” (pp. 4/11), arrola as “*Arten der Klagen*” (pp. 11/150) – todas fundadas em distinções ligadas ao direito material (por exemplo, “*in persona*” e “*in rem*”). Daí a razão pela qual o seu pensamento a respeito da ação ficou conhecido como direito das ações (*Aktionenrechts*) – como é notório, a ação não é um conceito abstrato e único em Savigny, pertencente ao direito processual, mas sim um conceito de direito material, que admite tantas variações quantos são os direitos subjetivos reconhecidos pela ordem jurídica civil.

47 Knut Wolfgang Nörr, “*Zur historischen Schule im Zivilprozess- und Aktionenrecht*”, *Iudicium est Actum Trium Personarum*. Goldbach: Keip Verlag, 1993, pp. 84/86.

48 Mauro Cappelletti, “*Libertà Individuale e Giustizia Sociale nel Processo Civile*”, *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 32. Sobre o assunto, ainda, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 33/34.

49 Salvatore Satta, “*Diritto Processuale Civile*”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1.101, vol. XII. Para uma análise das implicações dessa transformação no conceito de jurisdição e na natureza do ato sentencial, Carlo Nitsch, *Il Giudice e la Legge – Consolidamento e Crisi di un Paradigma nella Cultura*

por uma radical mudança no que concerne aos fins do processo civil. Obra da doutrina alemã do final de Oitocentos e da doutrina italiana do início de Novecentos, o aparecimento do direito processual civil como disciplina autônoma foi marcado por uma indiscutível guinada – de uma perspectiva privatista e individualista para uma *perspectiva publicista* e em grande parte também *estatalista* do processo civil.

Adolf Wach – “*il maggiore dei tre illustri giuristi a cui la Germania deve la formazione della sua moderna scienza processuale*”<sup>50</sup> – é firme em asseverar: “é incorreto afirmar a finalidade subjetiva do processo”<sup>51</sup> (*es ist unrichtig, den Prozesszweck subjektiv zu fassen*), pertecendo esse aos domínios do “direito público”<sup>52</sup> (*öffentliches Recht*). Daí que “a finalidade do processo, diferentemente, é sempre a única e a mesma: a realização da justiça mediante a jurisdição”<sup>53</sup> (*der Prozesszweck aber bleibt stets ein und derselbe: die Wahrung der Gerechtigkeit durch Uebung der Gerichtsbarkeit*). Pressupondo-se que o exercício da jurisdição ocorre mediante a

interpretação da lei, e que essa visa à declaração da sua vontade (“a finalidade da interpretação da lei é a declaração da vontade da lei”<sup>54</sup> – *Zweck der Gesetzauslegung Klarstellung des Gesetzwillens*), resta claro que o processo a partir daí visa à *declaração da vontade da lei* – e não mais à realização do direito subjetivo privado sobre que fundada a *actio*.

Essa orientação claramente *publicista* acabou incorporando também uma dimensão *estatalista* com Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei. Chiovenda afirma que o “*processo giudiziario*” tem como escopo a “*attuazione della legge*”<sup>55</sup>. Mais demoradamente, Chiovenda observa que “*il processo civile è il complesso degli atti coordinati allo scopo dell’attuazione della legge (rispetto a un bene che si pretende da questa garantito nel caso concreto), per parte degli organi della giurisdizione ordinaria*”<sup>56</sup>. Calamandrei observa igualmente que o “*scopo del processo (anche del processo civile) è l’attuazione del diritto oggettivo*”<sup>57</sup>. Acrescenta, no entanto, que essa discussão seria mais bem situada no campo do “*scopo della giurisdizione, ossia a proposito dello scopo che si propone*

.....  
*Giuridica Italiana del Primo Novecento*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 39/128.

50 Giuseppe Chiovenda, “*Adolf Wach*”, *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 263, vol. I. Sobre Adolf Wach, ainda, Dagmar Unger, *Adolf Wach (1843 – 1926) und das liberale Zivilprozeßrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

51 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 4.

52 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 115.

53 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 5.

.....  
 54 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 267.

55 Giuseppe Chiovenda, “*Del Sistema negli Studi del Processo Civile*”, *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 230, vol. I.

56 Giuseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* (3. Ed., 1923), *ristampa inalterata*. Napoli: Jovene Editore, 1965, p. 68. Em nota de rodapé, Chiovenda esclarece que o conceito adotado “*è in sostanza il concetto di Wach*”.

57 Piero Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* (1941). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1970, p. 73, vol. IV.

*lo Stato, quando in veste di giudice esercita la funzione giurisdizionale: il quale scopo deve, secondo noi, necessariamente ravvisarsi in prima linea nel mantenimento dell'osservanza del diritto oggettivo, se non si vuol rinnegare quella concezione cosiddetta 'publicistica' del processo civile, in difesa della quale ha lavorato la dottrina italiana di quest'ultimo trentennio*"<sup>58</sup>.

A doutrina da época tinha plena consciência da virada conceitual por ela mesma realizada. Refletindo sobre a passagem da doutrina italiana do *método exegético* para o *método histórico-dogmático* e sobre a nova sistematização do direito processual civil, escreve Piero Calamandrei que *"solo nell'opera di Giuseppe Chiovenda, riassunta nei Principii (1ª ediz. 1906, 4ª ediz. 1928) e più tardi nelle Istituzioni (1ª ediz., 1933-34, 2ª ediz., 1935-36), sorge da queste isolate premesse il sistema compiuto, nel quale la rivendicazione del diritto processuale al diritto pubblico poggia, come un arco su due pilastri, da una parte sulla nozione della azione intesa in senso concreto quale diritto potestativo tendente alla attuazione della legge, e dall'altra sul concetto di rapporto processuale, che, riportando in primo piano la figura del giudice, riafferma la preminenza, anche nel processo civile, dell'interesse pubblico e della autorità dello Stato"*<sup>59</sup>. Com isso, o processo civil passa a ser um ambiente

de proeminência do interesse público e da autoridade do Estado.

É por essa razão que a doutrina posterior observa com inteiro acerto que *"la c.d. 'publicizzazione' del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è piú esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è piú l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è piú visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge"*<sup>60</sup>. O processo civil converte-se integralmente em um instrumento de orientação publicista e *"statalistica"*<sup>61</sup>.

A questão está em saber, portanto, se semelhante modo de pensar a finalidade do processo é suportado pela nossa Constituição. E a resposta é evidentemente negativa. A dignidade da pessoa humana – posta como fundamento do Estado Constitucional e como critério de legitimidade substancial de toda a ordem jurídica – obviamente repele qualquer

58 Piero Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* (1941). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1970, p. 73, vol. IV.

59 Piero Calamandrei, *"Gli Studi di Diritto Processuale in Italia nell'Ultimo Trentennio"* (1941). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965, p. 524, vol. I.

60 Michele Taruffo, *La Giustizia Civile in Italia dal '700 a Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 188.

61 Michele Taruffo, *"Sistema e Funzione del Processo Civile nel Pensiero di Giuseppe Chiovenda"*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1986, p. 1.148, continuação da nota de rodapé n. 69.

perspectiva *estatalista* do processo civil. Sendo o Estado Constitucional um meio para realização dos fins da pessoa humana, é evidente que o processo civil nele ambientado só pode ser encarado a partir de uma perspectiva nela centrada. Qualquer teoria que veja como fim do processo civil a aplicação da “*Gesetzwillens*”, da “*volontà concreta della legge*” ou do “*diritto oggettivo*” está em óbvio descompasso com os compromissos sociais da nossa Constituição.

Nossa Constituição exige a colocação da *tutela dos direitos* como fim do processo civil<sup>62</sup>. Sendo o Estado Constitucional ancorado na pessoa humana e o Estado de Direito nele implicado fundamentado na segurança jurídica, a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na *efetividade dos direitos* proclamados pela ordem jurídica. *O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isto quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos.*

Afirmar a *tutela dos direitos* como escopo do processo civil obviamente não implica retroceder à compreensão do processo como simples meio para *realização de direitos subjetivos*, nem em negar o *caráter público* do processo civil. Na verdade, a postura dogmática preocupada em apontar a tutela dos direitos como fim do processo visa a resgatar o devido “*collegamento tra diritto sostanziale*

*e processo*”<sup>63</sup>, sem, no entanto, perder de vista o seu caráter autônomo. Nada obstante a “*interdipendenza tra diritto sostanziale e diritto processuale*”<sup>64</sup> no plano da efetividade, é certo que o processo não se confunde com o direito material. E mais: como parece evidente, a efetiva tutela dos direitos não pode ser vista como fim estranho ao Estado. O deslocamento do escopo do processo para o seu campo, portanto, longe de negar o caráter público do direito processual civil, visa apenas a cortar os “*excessi pubblicistici*”<sup>65</sup> do seu período de formação e apontar para necessidade de a tutela dos direitos constituir condição de sua legitimação social. *No fundo, a colocação da tutela dos direitos como finalidade do processo corresponde, na dogmática processual civil, à proeminência reconhecida à pessoa humana diante do Estado no plano constitucional.*

A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma *dimensão puramente particular* – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas *razões* elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (*dimensão particular*

62 Nessa linha, por todos, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 363/373; Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 240/241, vol. I.

63 Adolfo di Majo, *La Tutela Civile dei Diritti*, 4. Ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 5.

64 Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4. Ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 5.

65 A feliz expressão é de Eduardo Grasso, “*La Dottrina del Processo Civile alla Fine del Secolo*”, *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1997, p. 387.

da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (*dimensão geral da tutela dos direitos*). Tratar os casos com justiça (“*to deal with cases justly*” – como emblematicamente observa o legislador inglês ao enunciar o “*overriding objective*” das *Civil Procedure Rules*, rule 1.1) e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional.

Esse *duplo discurso* que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a *prolação de uma decisão justa para as partes* no processo e a *formação e o respeito ao precedente judicial para sociedade como um todo*. É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade<sup>66</sup>. *Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social*.

### 3. A Tutela dos Direitos em uma Dimensão Particular e em uma Dimensão Geral: Teoria da Decisão Justa e Teoria do Precedente

A formação de uma decisão justa para

66 Daniel Mitidiero, “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 61/78, n. 206.

as partes reclama a conjugação de critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado a juízo, à adequada verificação da verdade das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo<sup>67</sup>. Em outras palavras, depende da composição de critérios concernentes ao plano das normas, ao plano dos fatos e ao plano do processo em que a atividade do juiz e das partes se desenvolverá para obtenção de uma decisão justa.

No plano concernente à individualização, interpretação e argumentação jurídica, interessa ter presente a dimensão dialogal do processo<sup>68</sup> – desde a sua formação até a sua extinção<sup>69</sup> – e a necessidade de o discurso jurídico ser *racionalmente estruturado e coerente*. Isso quer dizer que o discurso deve ser *intersubjetivamente controlável* a partir da invocação de *razões relevantes* que conduzam ao maior grau possível de aceitação racional da decisão<sup>70</sup>, dado que o *escopo* da justificação está justamente em conduzir a partir daí a um grau significativo de aceitação da decisão<sup>71</sup>.

67 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della Giusta Decisione*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

68 Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

69 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 119/173.

70 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 26.

71 Por todos, Enrico Dicitotti, *Interpretazione della Legge e Discorso Razionale*. Torino: Giappichelli, 1999, pp. 68/73.

No plano atinente à adequada verificação das alegações de fato, ganha importância a colocação da verdade como objetivo da prova<sup>72</sup>. Trata-se de pressuposto ético inafastável da conformação do direito ao processo justo<sup>73</sup>. Como as alegações de fato concernem ao *mundo natural*, o processo adquire uma “*dimensione epistemica*”<sup>74</sup> e a prova passa a ser um instrumento racional para o seu conhecimento. A verdade deve ser compreendida a partir da idéia de *correspondência*, de modo que uma proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade<sup>75</sup>. Daí que a verdade é ao mesmo tempo *objetiva* – existe fora do sujeito que a investiga – e *relativa* – o conhecimento que dela se pode obter normalmente é fundado em um retrato aproximado da realidade<sup>76</sup>. *A decisão será tanto mais justa quanto maior for a*

*abertura do processo para a busca da verdade.*

No plano da justa estruturação do processo, ganham relevo os direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo<sup>77</sup>. Em especial, a observância do direito de ação, de defesa, do direito ao contraditório, do direito à prova e do dever de fundamentação das decisões judiciais. Esses direitos processuais visam a responder aos problemas fático-normativos vinculados à formação da decisão justa e muito especialmente aos problemas de interpretação (“*proper interpretation of legal materials*”), qualificação (“*proper characterization of facts*”), relevância (“*proper relevance to the legal materials adduced*”) e prova (“*proper drawing of inference from evidence*” ou “*evaluation of conflicting pieces of evidence*”) inerentes às disputas judiciais<sup>78</sup>. Tudo somado, o *problema da decisão justa* acaba sendo um problema cuja *correção da solução* se pode aferir a partir de um adequado discurso ligado à *fundamentação das decisões judiciais*<sup>79</sup> – donde é possível aferir

72 Michele Taruffo, *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 1/66; *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, pp. 74/134 (há tradução disponível em português, *Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos*, tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012); Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 18; Jordi Nieva Fenoll, *La Valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 66.

73 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108. Ainda, sobre as relações entre prova e verdade, verdade, verossimilhança e probabilidade e sobre os modos de aferição da verdade no processo civil, Daniel Mitidiero, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 95/111.

74 Michele Taruffo, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, pp. 135/192.

75 Michele Taruffo, *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 36/38.

76 Michele Taruffo, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 83.

77 Sobre o direito ao processo justo e os direitos fundamentais processuais que o compõem, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 615/681, em coautoria com Ingo Sarlet; ainda, Sérgio Mattos, *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

78 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 27; Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*, 2011, p. 274.

79 Assim, Giovanni Tarello, *L’Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 67/75; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 34; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 11. Sobre o problema na perspectiva da teoria do direito, Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il

ao mesmo tempo a *verdade das proposições* de fato e a *coerência dos enunciados* jurídicos que compõem o esquema *lógico-argumentativo* em que se consubstancia a decisão judicial como um todo.

A formação e o respeito ao precedente judicial exigem certamente uma adequada teoria dos precedentes<sup>80</sup>. E isso porque é tarefa do precedente *reduzir o âmbito de equivocidade* inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade. A necessidade de seguir precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado Constitucional – dada a exigência de segurança jurídica que lhe serve de base. Como observa a doutrina, *“it is a basic principle of the administration*

*of justice that like cases should be decided alike”*<sup>81</sup>. Vale dizer: constitui “um requisito elementar de justiça” tratar “casos iguais de modo igual e não de modo arbitrariamente diferente”<sup>82</sup>. Compreendida na perspectiva do Estado Constitucional, essa lição remete-nos automaticamente ao reconhecimento da vigência da regra do *stare decisis* entre nós<sup>83</sup> e ao problema da construção de uma teoria do precedente judicial constitucionalmente adequada ao direito brasileiro.

Isso quer dizer que os conceitos ligados à *identificação* do precedente (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) e ao *trabalho* com o precedente – necessidade de realizar distinções (*distinguishing*), de sinalizações para mudança do precedente (*signaling* e *drawing of inconsistent distinctions*), de superação total (*overruling*) ou parcial do precedente (*overturning*, de que espécies a *transformation* e a *overriding*) e concernente à eficácia da sua superação (*prospective overruling*) – devem ser trabalhados pela doutrina, sem o que dificilmente se poderá bem operar o sistema<sup>84</sup>.

.....  
Mulino, 2007, pp. 11/47; na perspectiva da teoria do processo, Michele Taruffo, *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975; Jürgen Brüggemann, *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971; Tomás-Javier Aliste Santos, *La Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011; Ana de Lourdes Coutinho Silva, *Motivação das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012; Daisson Flach, *Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea*, Tese de Doutorado, UFRGS, Orientador Professor Doutor Danilo Knijnik, 2012.

80 Entre outros, na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; Luiz Guilherme Marinoni (coord.), *A Força dos Precedentes*, 2. Ed. Salvador: JusPodium, 2012; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; Francisco Rosito, *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012; Patrícia Mello, *Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; Caio Taranto, *Precedente Judicial – Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; Thomas da Rosa de Bustamante, *Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012; Otávio Motta, “Precedente e Jurisprudência no Estado Constitucional Brasileiro”. In: Mitidiero, Daniel (coord.), *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodium, 2012, pp. 263/320.

.....  
81 Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 3.

82 Cláudio Michelon, “Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica”. In: Macedo Júnior, Ronaldo Porto; Barbieri, Catarina Helena Cortada (coords.), *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

83 Hermes Zaneti Júnior, *Processo Constitucional – O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252.

84 Esboçar uma teoria do precedente judicial está fora do escopo do presente trabalho. Os conceitos mencionados, no entanto, foram brevemente trabalhados por nós no ensaio “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 68/75, n.

É imprescindível, portanto, um adequado discurso ligado à teoria dos *precedentes* judiciais.

A fidelidade ao precedente consiste no respeito às *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de uma determinada *questão* de um caso<sup>85</sup>. Constitui, portanto, respeito à *ratio decidendi*, que constitui a *universalização das razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso<sup>86</sup>. Tal é a *dimensão objetiva* do precedente<sup>87</sup>. O que não se oferece como *indispensável* para sustentação da solução da questão não pode ser considerado como integrante da *ratio decidendi* e compõe a categoria do *obiter dictum* – literalmente,

206. Sobre o assunto, com amplo recurso às fontes, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

85 Para identificação da *ratio decidendi* na tradição do *Common Law* são notórios dois métodos: o teste de Wambaugh e o método Goodhart. Sobre o assunto na doutrina inglesa, Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 52/71; na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 224/228.

86 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*(1978). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 215; “*Why Cases Have Rationes and What These Are*”. In: Goldstein, Laurence (coord.), *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 170; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 264.

87 Michele Taruffo, “*Dimensionidel Precedente Giudiziario*”, *RivistaTrimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 419; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 305/306.

dito de passagem, pelo caminho (*saying by the way*)<sup>88</sup>, cujo conteúdo não constitui precedente<sup>89</sup>. Isso quer dizer que o respeito ao precedente pressupõe em *primeiro lugar* o seu *reconhecimento* pelo juiz encarregado de aplicá-lo e em *segundo lugar* a *individualização dos pressupostos fático-jurídicos* que tornam os casos idênticos ou similares e que justificam a aplicação do precedente<sup>90</sup>. O raciocínio judicial aí é eminentemente analógico<sup>91</sup>. O respeito ao precedente pressupõe, desse modo, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de *apreensão* e *universalização* de razões e *comparação* entre casos – um *papel nada autômato e certamente decisivo* para promoção da tutela do direito.

A unidade do Direito que deve ser promovida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de precedentes move-se tanto *retrospectiva* como *prospectivamente*. Para que ambas as direções possam ser trilhadas, a regra do *stare decisis* tem de ser observada de forma *horizontal* e *vertical* por todos os órgãos do Poder Judiciário.

A expressão *stare decisis* é oriunda do brocardo *stare decisis et non quieta movere* e

88 Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68.

89 Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 81.

90 Michele Taruffo, “*Precedente e Giurisprudenza*”, *RivistaTrimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 712.

91 Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 26/27 e 192.

visa a garantir a *estabilidade* e a *confiabilidade* do precedente. Com a *determinação do significado* do Direito a partir de determinado caso no *precedente*, o que visa a proporcionar a sua *cognoscibilidade*, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela *necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente*, o que gera a confiança na sua *manutenção* por um determinado período de tempo e na sua *aplicação* aos casos futuros idênticos e semelhantes. A regra do *stare decisis*, portanto, é a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes.

A primeira condição para que exista segurança jurídica pelo precedente é que esse seja *respeitado pela própria corte* que o emanou. Não por acaso essa *dimensão horizontal* do *stare decisis* – que vincula os próprios membros da corte que formou o precedente – foi a primeira a ser afirmada expressamente no direito inglês<sup>92</sup>. Se a própria corte responsável pela formação do precedente não se sentisse submetida à sua força vinculante, é claro que a cognoscibilidade e a estabilidade da ordem jurídica ficariam enfraquecidas e seriamente comprometidas<sup>93</sup>. Sem *autovinculação*, o precedente não teria como contar com qualquer força de orientação. É claro, porém, que pouco adianta em termos de segurança jurídica assegurar o respeito da

própria corte ao precedente *se as demais cortes a ela submetidas não respeitarem igualmente o precedente*. Sendo a organização judiciária uma *organização hierarquizada* (“*chain of command*”<sup>94</sup>), em que determinados órgãos têm competência para rever as decisões de outros, a segurança jurídica depende do efetivo respeito ao precedente pelas cortes que se encontram na base da organização judiciária. Do contrário, o precedente não teria nenhum influxo sobre a atividade dessas cortes e não teria condições de viabilizar a *igualdade* de todos perante a ordem jurídica e proporcionar *segurança* ao jurisdicionado na sua pronta aplicação. Daí a razão pela qual é essencial à promoção da segurança jurídica igualmente a *dimensão vertical* do *stare decisis*, isto é, a vinculação de todos os juízes e das Cortes de Justiça àquilo que foi decidido pelas Cortes de Precedentes<sup>95</sup>. A junção de ambas as dimensões assegura um *forte sentimento unidade institucional do Poder Judiciário*, imprescindível para sua atuação *orquestrada*.

A combinação do *stare decisis* horizontal e vertical assegura a unidade do Direito em uma perspectiva *retrospectiva*, isto é, garante que uma *questão cuja solução era variável* na atividade dos tribunais seja resolvida *uniformemente* em um determinado período de tempo por força do precedente. Como, contudo, a unidade do Direito que deve ser

92 No célebre caso *London Tramways v. London County Council*, julgado em 1898 pela *House of Lords*, conforme Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 102.

93 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 43/44.

94 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36.

95 Michele Taruffo, “*Dimensionidel Precedente Giudiziario*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 416.

promovida pelas Cortes Supremas também é *prospectiva*, vale dizer, deve ser suficientemente aberta para permitir o tratamento de *novas questões sociais* e a *contínua evolução do Direito*, a regra do *stare decisis* horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela *corte responsável pelo precedente*. Isso quer dizer que as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se *justificadamente* dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*) do precedente.

A *superação total* de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua *dupla coerência* (congruência social e consistência sistêmica)<sup>96</sup> ou a um *evidente equívoco* na sua solução<sup>97</sup>. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado, sob pena de

estancar-se o processo de contínua evolução do Direito<sup>98</sup>. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*)<sup>99</sup>.

A *alteração parcial* de um precedente (*overturning*) pode ocorrer mediante a sua transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Isso porque para promoção da unidade prospectiva do Direito pode não ser *oportuna* ou *necessária* a superação total do precedente. Há *transformação* quando a corte, sem negar formalmente o precedente, isto é, sem admitir desgaste ou equívoco da antiga solução, *reconfigura-o parcialmente*, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos *não tidos por relevantes* na decisão anterior. Em tese, a transformação serve para alterar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível<sup>100</sup>. Há *reescrita* quando a corte *redefine o âmbito de incidência* do precedente. O precedente é normalmente reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que *não foi considerado* na decisão anterior é sopesado

96 O termo coerência, nessa passagem, é empregado em sentido amplo e abrange tanto o conceito de congruência social (*social congruence*) como o de consistência sistêmica (*systemic consistency*). Como lembra Melvin Eisenberg, “*the term coherence has several senses, depending on the type of material to which it is applied. One sense of the term is the ‘integration of social and cultural elements based on a consistency pattern of values and a congruous set of ideological principles’ – or coherence as congruence. A second sense is a ‘systematic or methodical connectedness or interrelatedness [especially] when governed by logical principles’ – or coherence as consistency*” (*The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 44).

97 Michael Gerhardt, *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 19.

98 A possibilidade de a antiga *House of Lords*, por exemplo, afastar-se dos seus próprios precedentes foi reconhecida pelo *Practice Statement* de 1966, emanado pela própria corte, sendo uma das razões elencadas para fundamentar esse poder o fato de uma “*rigid adherence to precedent*” importar restrição ao “*proper development of the law*” (Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 104).

99 Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 104/105; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 390/403.

100 Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 132/135.

e aí o seu alcance é comprimido<sup>101</sup>.

É evidente que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente. Vale dizer: apenas o Supremo Tribunal Federal pode se afastar de seus precedentes constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça de seus precedentes federais. As Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados *não podem deixar de aplicar um precedente apenas por que não concordam com a solução nele formulada*, isto é, com o seu conteúdo<sup>102</sup>. *É um equívoco que decorre da falta de compreensão da natureza do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas – de interpretação e não de controle, de precedentes e não de jurisprudência – imaginar que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais podem se afastar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça por não concordarem com as razões e*

*as soluções neles formuladas.*

Uma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema *não está dessa divergindo*. Está, na verdade, *desobedecendo* à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema. A possibilidade de *divergência* pressupõe cortes que ocupem o *mesmo grau na hierarquia* judiciária<sup>103</sup>. Imaginar que uma Corte de Justiça pode contrariar ou deixar de aplicar um precedente de uma Corte Suprema por não concordar com o seu conteúdo equivale supor que *inexiste ordem e organização* na estrutura do Poder Judiciário e que todas as cortes judiciárias desempenham a *mesma função* dentro do sistema de distribuição de justiça – o que, como é óbvio, constitui manifesto equívoco.

Mais do que isso, a suposição de que a regra do *stare decisis* pode ser violada pelo simples desacordo dos juízes obrigados a seguir o precedente a respeito do acerto ou desacerto da solução nele contida ignora a diferença básica existente entre *aprender* com o passado (“*learning from the past*”) e *seguir* o passado (“*following the past*”)<sup>104</sup>, isto é, a diferença entre *experiência* (“*experience*”) e *precedente* (“*precedent*”)<sup>105</sup>. Se determinado juiz está

101 Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 135/136.

102 Como corretamente observa o Lord Devlin em *Jones v. DPP*, julgado pela House of Lords em 1962 (conforme noticiam Vincenzo Varano e Vittoria Barsotti, *La Tradizione Giuridica Occidentale*, 3. Ed. Torino: Giappichelli, 2006, p. 299, vol. I). A propósito, sublinhando a gravidade institucional e moral implicada na recusa à adoção de um precedente, observam Rupert Cross e J. W. Harris que “*if a judge persistently and vociferously declined to follow cases by which he was bound according to countless statements of other judges, it is possible that steps would be taken to remove him from his office, but it would be a mistake to think in terms of such drastic sanctions for the judge’s obligation to act according to the rules of precedent. Those rules are rules of practice, and, if it is thought to be desirable to speak of a sanction for the obligation to comply with them, it is sufficient to say that non-compliance might excite adverse comments from other judges*” (*Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 99).

103 Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

104 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 38.

105 Frederick Schauer, *Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 182.

convencido – *persuadido*– da *bondade* de certa solução anterior, ao aplicá-la ele rigorosamente não está raciocinando à base do precedente. Ele está simplesmente se valendo do aprendizado oferecido por determinada experiência anterior. Quando, no entanto, “*courts are constrained by precedent, they are obliged to follow a precedent not only when they think it correct, but even when they think it incorrect. It is the precedent’s source or status that gives it force, not the soundness of its reasoning or the belief of the instant court that its outcome was correct*”<sup>106</sup>. A autoridade do precedente, ao contrário do *acerto* da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes.

Isso não quer dizer, contudo, que os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não possam manifestar nenhuma *discordância* com determinado precedente. É evidente que podem – inclusive por força constitucional, já que é livre a manifestação de pensamento em um Estado Democrático (artigos 1º, *caput*, e 5º, inciso IV, CRFB). O que juízes e desembargadores que compõem as Cortes de Justiça não podem é *usar suas razões dissidentes para julgar o caso concreto*. E isso porque a *violação do precedente é danosa para as partes*, que aí passam a ter o ônus de interpor recurso para as Cortes Supremas para poder ver o caso apreciado de acordo com o Direito, com manifesta violação da igualdade, da segurança jurídica e da duração

razoável do processo, e é *danosa para o próprio Poder Judiciário*, que passa a ter o dever de atuar apenas para reafirmar aquilo que já se encontra devidamente solucionado com o precedente, com manifesto prejuízo à eficiência administrativa e à racionalização da atividade judiciária. Como observa a doutrina, a ausência de uniformidade na aplicação do Direito causa um *dano atual* e um *dano potencial* ao sistema jurídico – a existência de duas decisões diferentes para casos iguais acarreta a *imediata violação do direito à igualdade* de todos perante a ordem jurídica e produz *tendencialmente* um sentimento de *insegurança jurídica* pela ausência de cognoscibilidade do Direito<sup>107</sup>. Inexiste qualquer razão jurídica que autorize agressões de tamanha envergadura ao Estado Constitucional.

Uma alternativa interessante para viabilizar a manifestação da discordância dos juízes e das Cortes de Justiça em relação aos precedentes das Cortes Supremas sem prejudicar as partes e a racionalidade do sistema de distribuição de justiça está na adoção da prática de uma espécie de *dissenting opinion* – ou simplesmente *dissent* – na redação das decisões judiciais. Embora seja uma prática oriunda da antiga *House of Lords* inglesa e da *Supreme Court* estadunidense utilizada para *reportar por escrito* determinada divergência

106 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41.

107 Embora formulada a partir de pressupostos teóricos distintos, essa lição de Piero Calamandrei a respeito da importância fundamental da uniformidade na aplicação do Direito é inteiramente invocável, conforme *La Cassazione Civile – Disegno Generale dell’Istituto*(1920). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976, pp. 70/73, vol. VII.

manifestada pelos *Lords* e pelos *Justices* no debate oral de determinado caso que ao final do julgamento restou vencida<sup>108</sup>, nada obsta a que semelhante prática seja adotada como forma de viabilizar a *crítica judicial* ao precedente. Trata-se de solução que pode inclusive servir como um bom parâmetro para aferição do grau de aprovação do precedente e eventualmente como elemento capaz de indicar o desgaste e necessidade de sua superação<sup>109</sup>.

### Considerações Finais

Tudo alinhado, parece-nos inegável que a compreensão da *interpretação jurídica* como um momento de *adscrição de sentido* a elementos textuais e não textuais da ordem jurídica – vale dizer, a interpretação jurídica como momento de produção normativa – conjugada com a colocação da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica como fundamentos do Estado Constitucional apontam para necessidade de enxergarmos no processo civil um meio para *tutela dos direitos*. E isso não apenas em uma dimensão

*particular*, como tradicionalmente se entende, mas também em uma dimensão *geral*, ligada à produção de um discurso para a sociedade civil a partir do caso concreto enfrentado no processo. A normatividade dos precedentes e a necessidade de trabalharmos de forma crítica as técnicas processuais concernentes à teoria dos precedentes também para tradição romano-canônica são simples decorrências desses movimentos mais profundos oriundos da teoria do Direito.

108 Gino Gorla, “La Struttura della Decisione Giudiziale in Diritto Italiano e nella ‘Common Law’: Riflessi di tale Struttura sull’Interpretazione della Sentenza, sui ‘Reports’ e sul ‘Dissenting’”, *Giurisprudenza Italiana*. Torino: UTET, 1965, p. 1.255.

109 Sobre a relação entre o instituto das *dissenting opinions*, a democracia e o desenvolvimento do Direito na doutrina estadunidense da metade de Novecentos, entre outros, William Orville Douglas, “The Dissent – A Safeguard for Democracy”, *Journal of the American Judicature Society*, 1948, vol. XXXII; Richard B. Stephens, “The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort”, *University of Florida Law Review*, 1952, vol. V, ambos citados igualmente por Giovanni Tarello, *Il Realismo Giuridico Americano*. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 14/15, nota de rodapé n. 28.

# O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NCPC E O PROCESSO DO TRABALHO

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante

Francisco Ferreira Jorge Neto

## Introdução

Com o NCPC (Lei 13.105/2015), inúmeros institutos ganham nova roupagem, sendo que ainda que o novo diploma normativo traz várias inovações para o processo civil.

Dentre eles, um novo instituto é o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com regramento detalhado.

Nosso estudo tem por finalidade apresentar, ainda que de forma breve, aspectos da personalidade jurídica no direito brasileiro e sua desconsideração, avançando as discussões sobre o NCPC e sua aplicação ao processo do trabalho.

## 1. A personalização da pessoa jurídica

A pessoa jurídica é a resultante do interesse individual ou da união de esforços

para a realização de fins comuns.

A existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, que é regulado por lei especial ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando necessária (art. 45, *caput*, CC).

Em face da personalidade jurídica, as pessoas jurídicas passam a ser sujeitos de direitos e obrigações, com consequências nas titularidades obrigacional, processual e patrimonial.

Na titularidade obrigacional, as relações jurídicas contratuais ou extracontratuais decorrentes da exploração da atividade econômica envolvem os terceiros e a pessoa jurídica, sendo que os sócios não são participantes dessa relação.



Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante

Professor da Faculdade de Direito Mackenzie. Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.



Francisco Ferreira Jorge Neto

Desembargador Federal do Trabalho (TRT 2ª Região). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Paulista de Direito. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP.

Com a sua personificação, a pessoa jurídica terá a legitimação para demandar e ser demandada em juízo – titularidade processual.

O patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com os bens dos sócios, bem como as suas obrigações não podem ser imputadas aos sócios, logo, respondem pelas obrigações da sociedade, em princípio, apenas os bens sociais. Em suma: a garantia do credor é representada pelo patrimônio social da pessoa jurídica.

Em face da concessão de personalidade jurídica às pessoas jurídicas, como consequência, temos a aquisição da autonomia patrimonial, ou seja: os bens da sociedade não se confundem com os bens particulares de seus sócios, bem como os sócios não respondem pelas obrigações sociais.

## **2. Os limites da personalização da pessoa jurídica**

O princípio da autonomia patrimonial é decorrência da personalização da pessoa jurídica. Em face desse princípio, os sócios não respondem, como regra, pelas obrigações da sociedade.

Com o avanço das relações sociais, o princípio da autonomia patrimonial passou a ter uma aplicação restrita: não é observado quando o credor da sociedade é empregado, consumidor ou o próprio Estado.

A origem do desprestígio da autonomia da pessoa jurídica repousa em dois fatores: (a) na utilização fraudulenta do instituto da personalidade jurídica, como forma de evitar os deveres legais ou contratuais; (b) em função da natureza da obrigação imputada à pessoa jurídica.

Para se coibirem as práticas fraudulentas dos sócios, na utilização da pessoa jurídica, a doutrina desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica: afasta-se o princípio da autonomia patrimonial, nos casos em que ele é mal utilizado.

Outro modo de limitação ao princípio da autonomia patrimonial reside na natureza da obrigação contraída pela pessoa jurídica. A doutrina faz a diferenciação entre obrigação negociável e a não negociável.

A obrigação negociável é a decorrente do exercício da atividade empresarial. A pessoa jurídica é a única responsável pelas dívidas e demais encargos decorrentes dos negócios jurídicos realizados com outras pessoas (naturais ou jurídicas). Tais obrigações pertencem ao campo do direito civil e comercial, geralmente representadas por títulos cambiais ou em contratos mercantis.

A obrigação não negociável é a originária de atos ilícitos ou por imposição legal. Nesse tipo de obrigação, deixa-se de lado o princípio da autonomia patrimonial, para que os bens particulares dos sócios também sejam responsáveis pelas dívidas da pessoa jurídica.

A razoabilidade dessa distinção encontra-se no argumento de que nas obrigações negociáveis, as partes, geralmente, estabelecem outros mecanismos de garantia, tais como: aval, fiança, hipoteca, penhor etc.

## **3. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica**

A desconsideração da personalidade jurídica representa um avanço doutrinário e jurisprudencial de grande valia, notadamente como forma de se aceitar a responsabilidade

patrimonial e particular dos sócios, em função dos débitos sociais das empresas em que são membros. Não se pode aceitar, por ser uma questão de justiça, o fato de os sócios recorrerem à ficção da pessoa jurídica para enganar credores, para fugir à incidência da lei ou para proteger um ato desonesto. Pode e deve o Judiciário como um todo desconsiderar o véu da personalidade jurídica, para que se possa imputar o patrimônio pessoal dos sócios como forma de se auferir elementos para a satisfação dos créditos, notadamente, dos empregados da sociedade.

Essa temática jurídica deriva da concepção desenvolvida pela doutrina americana e que se intitula nas expressões – *disregard theory* ou *disregard of the legal entity*, ou ainda, na locução *lifting the corporate veil* – erguendo-se a cortina da pessoa jurídica. A solução, diante de casos concretos, é o juiz desconsiderar o véu da personalidade jurídica, para coibir as fraudes, os jogos de interesses e os abusos de poder, para se conseguir o resguardo dos interesses de terceiros e do próprio Fisco.

Silvio Rodrigues<sup>1</sup> acentua que “o juiz deve esquecer a ideia de personalidade jurídica para considerar os seus componentes como pessoas físicas e impedir que através do subterfúgio prevaleça o ato fraudulento”.

Nas lições de Maria Helena Diniz:<sup>2</sup>

“a desconsideração ou penetração

1 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 1, 25. ed., p. 74.

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 11. ed., p. 370.

*permite que o magistrado não mais considere os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade para atingir e vincular a responsabilidade dos sócios, com o intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos, por meio da personalidade jurídica, que causem prejuízos ou danos a terceiros. Convém lembrar, ainda, que a disregard doctrine visa atingir o detentor do comando efetivo da empresa, ou seja, o acionista controlador (maitre de l'affaire ou active shareholder) e não os diretores assalariados ou empregados, não participantes do controle acionário. Pressupõe, portanto, a utilização fraudulenta da companhia pelo seu controlador, sendo que na Inglaterra, observa Tunc, opera-se sua extensão aos casos graves de negligência ou imprudência na conduta negocial (reckless trading), admitindo que se acione o administrador se houver culpa grave (misfeasance e breach of trust), para que sejam indenizados os prejuízos causados à sociedade por atos praticados contra ela. Nos Estados Unidos essa doutrina só tem sido aplicada nas hipóteses de fraudes comprovadas, em que se utiliza a sociedade como mero instrumento ou simples agente do acionista controlador. Em tais casos de confusão do patrimônio da sociedade com o do acionista induzindo terceiros em erro, tem-se admitido a desconsideração, para responsabilizar pessoalmente o controlador”.*

Segundo Fábio Ulhoa Coelho<sup>3</sup>, no direito

3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 2, p. 35.

brasileiro, há duas teorias envolvendo o instituto.

*“De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distingue-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao gerente etc.). Ela será chamada, aqui, de teoria maior. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria menor, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.”*

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, há duas maneiras para se formular a teoria da desconsideração da personalidade jurídica: (a) a primeira – a maior, quando o juiz deixa de lado a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, coibindo-se a prática de fraudes e abusos; (b) a segunda – a menor, em que o simples prejuízo já autoriza o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

#### 4. A desconsideração no direito brasileiro

A teoria da despersonalização não possui um enquadramento legal genérico na ordem jurídica nacional, mas, em vários julgados, é aplicada em hipóteses de simulação, fraude à lei ou à execução.

Em alguns diplomas legais, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica é prevista de forma expressa, como, por exemplo:

(a) na sociedade por cota de responsabilidade limitada, nos casos de excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei, a responsabilidade dos sócios-gerentes ou que derem o nome à firma encontra-se prevista no art. 10 do Decreto 3.708/19;

(b) na sociedade anônima, a responsabilidade do acionista, controlador e do administrador está prevista nos arts. 115, 117 e 158, da Lei 6.404/76;

(c) no direito pátrio, a *disregard doctrine* foi acolhida pelo CDC (art. 28, Lei 8.078/90), autorizando a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando houver: (1) abuso de direito, desvio ou excesso de poder, lesando consumidor; (2) infração legal ou estatutária, por ação ou omissão, em detrimento do consumidor; (3) falência, insolvência, encerramento ou inatividade, em razão da má administração; (4) obstáculo ao ressarcimento dos danos que causar aos consumidores, pelos simples fato de ser pessoa jurídica;<sup>4</sup>

4 “Esse preceito do Código de Defesa do Consumidor (art. 28, § 5º) é plenamente aplicável ao direito do trabalho, autorizando, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica do empregador na fase de execução

(d) a Lei 12.519/11, art. 34, determina a desconsideração da personalização da pessoa jurídica quando ocorrer infração à ordem econômica, desde que configurado abuso de direito, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social e quando houver falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração;

(e) de acordo com o art. 19, Lei 12.846/13, em razão da prática de atos lesivos à administração pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: (a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (c) dissolução compulsória da pessoa jurídica;

.....  
 trabalhista. Vale lembrar que o direito do consumidor, preocupado com a proteção da parte mais vulnerável em termos materiais e processuais, guarda especial semelhança com o direito do trabalho, igualmente atento à parte da relação jurídica que apresenta maior vulnerabilidade material e processual. Essa similitude de princípios e finalidades cancela a incidência daquele dispositivo nas relações laborais, como forma de assegurar a efetividade e o cumprimento da própria legislação trabalhista. Assim, havendo insuficiência de bens por parte da empresa empregadora pagar as dívidas trabalhistas, com fundamento no art. 28, § 5º, do CPC, a jurisprudência dos tribunais admite alcançar os bens dos sócios, por aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica” (PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Execução trabalhista e responsabilidade de sócios e diretores. In *Revista Magister de Direito do Trabalho*, nº 57, nov./dez. 2013, p. 17).

(d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos. A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado ter sido: (1) a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; (2) constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Qualquer das sanções poderá ser aplicada de forma isolada ou cumulativa. O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

O art. 50 do CC acabou por adotar essa teoria. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações civis sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Apesar das críticas doutrinárias, não se pode negar os avanços adotados no art. 50 do CC, a saber:

(a) a adoção de uma regra genérica a respeito da responsabilidade civil dos administradores e sócios da pessoa jurídica por abuso da personalidade jurídica;

(b) essa responsabilidade inclui o

administrador ou o sócio de qualquer pessoa jurídica; anteriormente, somente havia previsão legal para o administrador da sociedade anônima e os sócios das sociedades comerciais limitadas.

De forma inovadora, o NCPC tratou do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

## **5. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no NCPC**

O NCPC disciplinou o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 134 a 137):

(a) o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Será obrigatória a observância dos pressupostos previstos em lei. Admite-se a hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica;

(b) o pedido é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial;

(c) a instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. A comunicação é dispensada quando o pedido é efetuado na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica;

(d) a instauração do incidente suspende o processo, exceto se o requerimento for efetuado na petição inicial. O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis

no prazo de 15 dias. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno;

(e) acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

É considerado terceiro, para fins de embargos de terceiro, quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte (art. 674, § 2º, III, NCPC).

Na sistemática processual civil, o recurso contra as decisões proferidas em incidente de desconsideração da personalidade jurídica é o agravo de instrumento (art. 1.015, IV, NCPC).

## **6. A aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo do trabalho**

Assim como inúmeras outras inovações do NCPC, não temos dúvidas que o incidente da desconsideração da personalidade jurídica é compatível com o processo trabalhista (arts. 769 e 878, CLT; art. 15, NCPC<sup>5</sup>), notadamente, por ser um procedimento que permite o respeito à segurança jurídica e ao devido processo legal quanto à pessoa do sócio ou ex-sócio (arts. 7º e 10, NCPC).

5 NCPC – art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Contudo, face às peculiaridades microssistema processual, a aplicação do incidente de descon sideração da personalidade jurídica deve ser adequada aos procedimentos do processo do trabalho.

Por conta disso, entendemos que o incidente pode também ser instaurado de ofício, na medida em que a execução trabalhista pode ser processada por ato do magistrado (art. 878, CLT).

Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Não há dúvidas que, para fins de acolhimento do incidente, o juiz trabalhista irá adotar a teoria menor, não se exigindo que o credor trabalhista demonstre a culpa do sócio ou do ex-sócio na gestão patrimonial da pessoa jurídica.

Além disso, o magistrado, diante do caso concreto, poderá adotar medida acautelatórias (v.g. sequestro, arresto e indisponibilidade de bens) *ex officio*, na medida que visem a efetivar as decisões judiciais.

Em relação aos recursos na seara trabalhista, temos:

(a) na fase de conhecimento, seja a matéria discutida em decisão interlocutória ou na própria sentença definitiva, o recurso cabível é o ordinário quando da prolação da sentença (art. 893, § 1º, CLT). Assim, tratando-se de decisão interlocutória proferida no curso do processo, a parte interessada deverá consignar sua insatisfação – “protesto não preclusivo” (art. 795) e, posteriormente, questioná-la pelo recurso ordinário;

(b) se ocorrer o incidente apenas na fase recursal por decisão monocrática do relator

do processo, o recurso oponível será o agravo regimental;

(c) na liquidação ou execução de sentença, após a decisão do incidente, *a priori*, tem-se o direcionamento da execução em relação à pessoa do sócio ou ex-sócio. Após a garantia do juízo (art. 884), o sócio deverá interpor embargos à execução. Da decisão que julgar os embargos, caberá o agravo de petição (art. 897, “a”).

### Bibliografia

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Execução trabalhista e responsabilidade de sócios e diretores. *In Revista Magister de Direito do Trabalho*, nº 57, nov./dez. 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

# OS RECURSOS NO NOVO CPC E REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO\*

Jorge Pinheiro Castelo

## INTRODUÇÃO:

a) O novo CPC busca uma maior organicidade e coesão do sistema processual, bem como a obtenção do resultado máximo do exercício da atividade jurisdicional, afastando questões relacionadas a denominada jurisprudência defensiva e priorizando o julgamento de mérito sobre eventuais aspectos formais não relevantes.

b) O novo CPC tem por objetivo garantir a obtenção da tutela jurisdicional num prazo razoável e uma isonomia na aplicação da lei, para tanto se utiliza de procedimentos para julgamentos em massa, com o objetivo de garantir maior aderência aos princípios constitucionais, visando maior efetividade e segurança jurídica.

c) A seguir, numa apertada síntese, trataremos do tema objeto desse ensaio, na forma de comentários sobre implicações do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho, no que diz respeito ao recursos.

## I. DO TÍTULO II DO LIVRO III DA PARTE ESPECIAL DO NOVO CPC— DOS RECURSOS (ARTS. 994 A 1044)

### 1. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

a) Dispõe o art. 994 do novo CPC: **“Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:**

***I – apelação***

***II – agravo de instrumento***

***III – agravo interno***

***I- embargos de declaração***

***V – recurso ordinário***

***VI – recurso especial***

***VII – recurso extraordinário***

***VIII – agravo em recurso especial ou extraordinário***

***IX – embargos de divergência”***

b) Fixa o art. 995 do novo CPC:

**“Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.**

***Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser***



Jorge Pinheiro Castelo

Advogado, especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. Sócio do Escritório Palermo e Castelo Advogados.

*suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.”*

c) Estabelece o § 5º do art. 1003 do novo CPC:

*“Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 dias.”*

d) O artigo 1007 e §4º prevê:

*“Art. 1007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive, do porte e remessa e de retorno, sob pena de deserção.*

*§1º....*

*§2º. A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.*

*§3º. É dispensado o recolhimento do porte remessa e retorno no processo em autos eletrônicos.*

*§4º. O recorrente que não comprovar, no ato da interposição*

*o recolhimento do preparo, inclusive porte remessa e retorno, será intimado na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.*

*§5º. É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte remessa e retorno, no recolhimento na forma do §4º.*

*§6º. Provando o recorrente o justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo.*

*§7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.”*

e) E o art. 1008 do novo CPC estabelece:

*“Art. 1008. O julgamento proferido no tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.”*

## COMENTÁRIO

a) O novo CPC propõe simplificar o sistema de prazos recursais de modo que, com exceção

dos embargos de declaração (cujo prazo para interposição é de 05 dia, art. 1023 do novo CPC), todos os recursos e sua resposta devem ser apresentados no prazo de 15 (quinze) dias (§5º do art. 1003 do novo CPC).

b) Por outro lado, os recursos não terão efeito suspensivo, exceto aqueles que a lei especial assim determinar (v.g., apelação, recurso extraordinário ou recurso especial em sede de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas - § 1º do art. 987 do novo CPC) e o relator ou outra decisão judicial lhe atribuir observado o risco de dano e a probabilidade da viabilidade do recurso.

c) Outro ponto que merece destaque é a clara indicação do art. 1007 do novo CPC do norte e do objetivo proposto pelo novo Código, ou seja, o prestígio ao julgamento de mérito, de forma que quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não seja grave por não estar relacionado com pressuposto processual ou condição recursal de natureza substancial ou intrínseca ao próprio recurso e que propriamente afetasse o devido processo legal ou o contraditório ou violasse a imparcialidade, se autoriza sua regularização.

d) Assim, é a hipótese do pagamento de custas ou do preparo, ou no processo do trabalho do depósito prévio.

e) O novo sistema processual privilegiando o interesse do Estado na resolução de mérito das lides e do seu exame pelo Judiciário de forma a se outorgar uma prestação jurisdicional completa no sentido substancial e legitimando a decisão final perante o jurisdicionado,

determina que seja dada a oportunidade para que seja sanada eventual irregularidade ou deficiência no recolhimento do preparo, procedendo-se a intimação da parte para saná-la, em 05 dias, porém, com a pena de ter que proceder ao recolhimento devido em dobro (§2º e §4º do art. 1007 do novo CPC) e não tendo nova oportunidade (§5º do art. 1007 do novo CPC).

f) Da mesma forma, o equívoco no preenchimento da guia ou dúvida quanto a mesma, o relator deverá ofertar a oportunidade da parte sanear o defeito (§7º do art. 1007 do novo CPC)

g) Nesse sentido, também, dispõe o Parágrafo único do art. 932 do novo CPC: *“Art. 932...Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível.”*

h) Nessa direção, também, estabelecem os artigos 9º, 10, inciso IV do art. 489 do CPC, § único do art. 487, § único do art. 493, art. 933 e §3º; art. 938, §2º do art. 1029 e os arts. 1013 e 1014 do novo CPC.

i) Nesse sentido, deve ser entendida a aplicação supletiva (complementar) ao disposto no §4º do art. 789 da CLT (que trata do prazo para recolhimento e comprovação das custas) e o § 1º do art. 899 da CLT (que trata do depósito prévio).

j) Também vale para o caso de defeito na digitalização das peças para o SISDOC, ou

impressão de fax, ou no processo eletrônico.

k) Aliás, nessa mesma direção, ou seja, no propósito da superação das formalidades não essenciais impeditivas do acesso à ordem jurídica justa, já começara a se mover o sistema processual trabalhista, por conta do disposto no §11º do art. 896 da CLT (acrescido pela lei 13.015, de 21.07.2014)

L) Dessa forma, enunciados de Súmulas que traduzem jurisprudência defensiva e obstacularizante do acesso à ordem jurídica justa, apenas por questões formais não relevantes, devem ser tidas como superadas e incompatíveis com a nova sistemática recursal. Nesse sentido, por exemplo, enunciados como da OJ 140 da SBDI 01 do TST.

m) Da mesma forma, determinações de Instruções Normativas do TST que, por conta do critério da mera subsidiariedade suplantado pela autorização da supletividade e compatível com o escopo de garantia do acesso à ordem jurídica justa (já traduzido para o sistema trabalhista pelo §11º do art. 896 da CLT), ficam superadas, especialmente, no tocante a oportunidade para sanção de deficiências no recolhimento das custas ou do depósito recursal afastando a aplicação do §2º do art. 511 do CPC/73, nos termos do inciso V da Instrução Normativa nº 17 e do §2º do art. 3 da Instrução Normativa 27).

n) Assim, os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos recursos podem ser preenchidos de forma superveniente ao prazo do recurso, não se tratando de maior relevância a questões processuais que, efetivamente,

não afetam, a segurança e a isonomia do contraditório, mas, que legitimam a tutela jurisdicional pela garantia da ampla defesa, devendo se dar a oportunidade da parte regularizá-los, pois, o interesse maior do Estado é na entrega da prestação jurisdicional completa e melhor qualidade, que é o julgamento de mérito.

o) Cumpre dizer que, por conta do disposto no art. 15 do novo CPC, ou seja, da aplicação supletiva/complementar (e não meramente subsidiária), e dos objetivos maiores do exercício do poder jurisdicional previstos no art. 1º do novo CPC (*“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”*), bem como pelo fato de que o sistema processual contemporâneo almeja um processo de resultados e garantir o direito constitucional do acesso à ordem jurídica justa (e não um simples e formal acesso à justiça) entendemos que esses dispositivos que privilegiam o conhecimento dos recursos tem plena aplicação de forma subsidiária e supletiva ao processo do trabalho.

## **2. DA APELAÇÃO (ARTS. 1009 A 1014)**

### **1.1 DO CABIMENTO DA APELAÇÃO, DO REGIME DAS PRECLUSÕES E DO PEDIDO RECURSAL CONTRAPOSTO CONTIDO NAS CONTRARRAZÕES E DO CONTRADITÓRIO (ART. 1009)**

a) Dispõe o art. 1009 do novo CPC:

**“Art. 1009. Da sentença cabe apelação.**

**§1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e deverão ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.**

**§2º Se as questões referidas no §1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.**

**§3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1015 integram capítulo da sentença.”**

#### COMENTÁRIO

a) O art. 1009 do novo CPC deixa claro que a apelação somente cabe contra pronunciamento judicial com natureza de sentença no sentido do art. 485 e 486 do novo CPC tendo em vista o disposto no §1º do art. 203 do novo CPC (*“Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”*).

b) Não obstante, como já vimos o novo CPC criou decisões interlocutórias de mérito, verdadeiras sentenças interlocutórias (art. 356 do novo CPC) contra as quais cabe agravo de instrumento §5º do art. 356 e inciso II do art. 1015 do novo CPC).

c) No novo CPC desaparece o agravo retido e altera-se o regime das preclusões, de forma que todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação.

d) Assim, em conformidade com o §1º do art. 1009 do novo CPC as questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

e) Com esse novo posicionamento, o regime das preclusões das decisões da primeira instância fica igual ao regime adotado pelo processo do trabalho (*§1º do art. 893 da CLT: “Os incidentes do processo serão resolvidos pelo Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva.”*)

f) Importante, para dirimir celeumas, inclusive pela aplicação subsidiária e supletiva ao processo do trabalho, a definição que, nas contrarrazões a parte vencedora poderá suscitar pedidos recursais contrapostos cuidando das questões e de *causa excepiendi* deduzidas e rejeitadas (§ 1º do art. 1009 do novo CPC), mesmo que objeto das matérias suscetíveis de agravo de instrumento se integrantes de

capítulo da sentença, não precisando interpor recurso adesivo pertinente a elas.

g) Também merece destaque que, nesse caso, regra que, igualmente, deverá ser observada no processo do trabalho, por força da obrigatória aplicação supletiva - em não havendo (e não há) incompatibilidade-, sendo suscitadas essas questões e pleitos em contrarrazões, será ofertada a oportunidade para o recorrente apresentar suas contrarrazões (§2º do art. 1009 do novo CPC).

## 1.2 DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO DIRETAMENTE PELO TRIBUNAL (ART. 1010)

a) Dispõe o art. 1010 do novo CPC:

***“Art. 1010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:***

I- ***Os nomes e a qualificação das partes***

II- ***A exposição do fato e do direito***

III- ***As razões do pedido de reforma ou decretação de nulidade***

IV- ***O pedido de nova decisão***

***§1º. O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias***

***§2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar***

## ***contrarrazões***

***§3º Após as formalidades previstas no §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal, independentemente de juízo de admissibilidade.”***

## COMENTÁRIO

a) O inciso III na redação do art. 1010 do novo CPC deixa claro a necessidade da apresentação de forma explícita e fundamentada a contrariedade com a sentença recorrida ou da nulidade perpetrada no processo ou na própria sentença. Nesse sentido, também, nas disposições gerais relativas aos recursos consta o inciso III do art. 932 do novo CPC (*“Art. 932. Incumbe ao relator: III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”*).

b) Pelo novo CPC o recurso de apelação é interposto perante o 1º grau de jurisdição (*caput* do art. 1010 do novo CPC) e de acordo com o §3º do art. 1010 do NCPC o juízo de admissibilidade da apelação é retirado do juiz de primeiro grau, será exercido apenas pelo Tribunal.

c) No mesmo sentido, o § único do art. 1030 do NCPC quando da trata da interposição do recurso extraordinário e do recurso especial.

d) Assim, a apelação será interposta e processada no juízo de primeiro grau, intimado o apelado e decorrido o prazo da resposta, os autos serão remetidos ao tribunal, onde será

realizado o juízo de admissibilidade, da mesma forma o recurso especial (nosso similar ao recurso de revista).

e) A medida seria bem interessante, uma vez que afasta a dupla discussão e evita a interposição do agravo de instrumento.

f) No entanto, há incompatibilidade com a lógica e a funcionalidade procedimental do processo do trabalho o que impede sua aplicação.

g) Isto porque, primeiro, a alínea “b” do art., 897 da CLT prevê que cabe *“agravo de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos”*, e, segundo, o §2º do art. 897 da CLT fixa que o *“Agravo de instrumento contra despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução.”*

Ou seja, importando na conclusão que, no processo do trabalho, há juízo de admissibilidade do recurso ordinário pelo primeiro grau, bem como, do recurso de revista pelo Presidente/ Vice-Presidente do Tribunal que poderá denegar o processamento do recurso de revista.

h) Além disso, os §§s 7º e 8º do art. 899 da CLT dispõem:

*“§7º. No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrarcar.”*

*“§8º. Quando o Agravo de instrumento tem a finalidade de destrarcar recurso de revista que se insurge contra decisão contrária a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior*

*do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no §7º deste artigo”*

i) Logo, a aplicação supletiva do disposto no §3º do art. 1010 e no § único do art. 1030 do NCPC não é possível, uma vez que se trata de procedimento que é incompatível com a lógica procedimental e a organicidade do sistema do processo do trabalho.

j) Até porque, como na estrutura do processo do trabalho, a única função do agravo de instrumento é o destrancamento do recurso feito no juízo de admissibilidade negativo, na instância *“a qua”*, a aplicação do §3º do art. 1010 e do § único do art. 1030 do novo CPC implicaria na própria extinção do agravo de instrumento trabalhista, não se respeitando a identidade, a organicidade, a coerência e a funcionalidade lógica do procedimento e do sistema específico, ou seja, clara a incompatibilidade a afastar a aplicação supletiva.

k) Dessa maneira, não se trata e não se permite, pois, a aplicação casuística, meramente fragmentária de conveniência pessoal do julgador e que não reflete uma aplicação coerente e orgânica à unidade do método imposto pela funcionalidade e harmonia sistemática exigida pelo NCPC que leve a violação do devido processo legal e do contraditório.

L) Portanto, na técnica da tutela supletiva se passa a admitir, mesmo quando completo o iter procedimental, se compatível com o microsistema e seus escopos diretos,

a utilização do recurso a procedimentos diferenciados complementares para a proteção jurisdicional de direito ou interesse que não pode ser adequada e eficientemente protegido pela utilização do iter procedimental ordinariamente previsto.

### 1.3 RECEBIMENTO E DOS CASOS DE DECISÃO MONOCRÁTICA DA APELAÇÃO (ARTS. 1011)

Dispõe o art. 1011 do novo CPC

***“Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:***

***I – decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V***

***I- Se não for o caso de decisão monocrática, elaborará seu voto para julgamento do recurso pelo órgão colegiado.”***

#### COMENTÁRIO

a) O inciso I do art. 1011 c/c os incisos III a V do art. 932 do novo CPC estabelecem as únicas hipóteses de decisões monocráticas pelo relator do processo no tribunal.

b) Assim, monocraticamente, cabe ao relator do recurso ou da ação de competência originária do tribunal, determinar a produção de provas, homologar acordos, apreciar pedido de tutela de urgência, bem como liminarmente não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado

ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

c) Também, cabe ao relator do recurso ou da ação de competência originária do tribunal, liminarmente, dar provimento ou negar provimento a recurso que esteja, respectivamente, de acordo ou em contraste, com súmula do STF e do STJ, acórdão do STF ou do STJ proferidos em julgamentos de recursos repetitivos, de entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

d) Tratam-se de julgamentos impeditivos oriundos do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal que, por conta do disposto no art. 927 c]/c art. 932 (inciso III a V) do novo CPC (Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão...) que, atuam, analogamente à Súmula vinculante fixada pelo art. 103-A da C.F., inclusive face a possibilidade da reclamação (art. 988 do novo CPC)

e) No processo do trabalho há disposição das Súmulas 421 e 435 do TST (*“Aplica-se subsidiariamente ao processo do trabalho o art. 557 do Código de Processo Civil, rectius: de 73, com as alterações: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”*) e a Instrução Normativa nº 17 do TST já autorizava a aplicação do art. 557 do CPC/73 que trata de hipótese semelhante.

f) Dessa forma, aplicável ao processo do

trabalho a regra do art. 1011 do novo.

g) Todavia, diante da natural acumulação de diferentes pedidos (ações) de diferentes no processo do trabalho já se pode antever a dificuldade da aplicação das decisões impeditiva, visto que bastará uma matéria para suspender o processamento do Apelo.

h) Desse modo, tem aplicação subsidiária e supletiva, diante da omissão e ausência de incompatibilidade com o processo trabalhista, inclusive, por se tratar de matéria de ordem pública e eficiência processual (evitando-se desperdício de tempo e gastos)

i) Importante incumbência ao relator é decidir incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originalmente perante o tribunal.

“Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.” (art. 1021 do novo CPC)

#### 1.4 EFEITO IMEDIATO E SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA PELA APELAÇÃO (ARTS. 1012)

Dispõe o art. 1012 do novo CPC:

**“Art. 1012. A apelação terá efeito suspensivo.**

**§1º. Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua**

**publicação a sentença que:**

- I- **Homologa divisão ou demarcação de terras**
- II- **Condena a pagar alimentos**
- III- **Extingue sem resolução de mérito ou julga improcedentes os embargos do executado**
- IV- **Julga procedente o pedido de instituição de arbitragem**
- V- **Confirma ou revoga tutela provisória**
- VI- **Decretada a interdição**

**§2º Nos casos do §1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.**

**§3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do §1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:**

I- **Tribunal no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la**

II – **relator, se já distribuída a apelação**

**§4º Nas hipóteses do §1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dando grave ou de difícil reparação.”**

#### COMENTÁRIO

a) O artigo 1012 do novo CPC estabelece que a apelação é recebida no efeito suspensivo, com exceção das hipóteses enumeradas no §1º do art. 1012, que, também, poderão ser objeto de suspensão, caso demonstrada a situação de dano grave ou de difícil reparação e a probabilidade do provimento do recurso.

b) O requerimento do efeito suspensivo deverá ser feito diretamente ao tribunal, ou ao relator, não havendo mais necessidade de se aguardar o despacho de admissibilidade ou processamento da apelação (analogia ao entendimento da Súmula 635 do STF), tendo em vista que não há mais o juízo de admissibilidade de primeiro grau.

c) Outrossim, podendo o requerimento ser feito diretamente ao tribunal ou ao relator que terá o poder geral de cautela, tornar-se desnecessária a interposição de ação cautelar para a obtenção de tal efeito, e, por força da aplicação supletiva e não mais meramente subsidiária não por que se negar a competência do relator para tanto (como, até então, entendido por parte da jurisprudência trabalhista no tratamento da aplicação do art. 558 e § único do CPC/73) e se impor a propositura de uma ação

cautelar, o que, todavia, entendemos, também, possa ser opção do requerente (art. 300 e 301 do novo CPC), de forma a se garantir o resultado útil do processo.

d) E, no limite do sistema processual trabalhista, sempre, restará o socorro ao amplo poder geral de cautela do Corregedor Geral da Justiça do Trabalho (com base no art. 13 do Regimento Interno da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho)

#### 1.5 DA DEVOLUÇÃO DA MATÉRIA IMPUGNADA NA APELAÇÃO (ARTS. 1013)

Dispõe o art. 1013 do novo CPC:

**“Art. 1013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.**

**§1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.**

**§2º Quando o pedido ou defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.**

#### COMENTÁRIO

a) O art. 1013 do novo CPC reproduz basicamente o antigo 514 do CPC/73, aparentemente, porém, pretendendo deixar

mais claro e restringir pelo § 1º a cognição sobre as questões suscitadas e discutidas no processo com a alusão a que esta nova apreciação incidirá, apenas, sobre o capítulo da sentença impugnado e não deixando em aberto como no art. 515 do CPC/73 (“a todas as questões suscitadas e discutidas no processo”).

b) Lembrando que cada capítulo autônomo da parte dispositiva da sentença, normalmente, se refere a pretensão processual (pedido/causa de pedir) autônomos (deduzidos de forma cumulativa num mesmo processo).

c) No entanto, a alusão é a capítulo da sentença e não a capítulo da parte dispositiva da sentença, ou seja, a referência do §1º do art. 1013 é mais ampla, ainda, que pretenda restringir ao objeto do recurso que se relaciona a capítulo específico da sentença impugnado.

d) Outrossim, a despeito de questões conceitualmente não se confundirem com o próprio mérito do processo, o fato é que, por diversas vezes, o Código de Processo Civil se refere a questões (principais) como sinônimo de mérito (inciso III do art. 489 e art. 503 do novo CPC), o que abriria a discussão sobre a possibilidade de se apreciar não apenas as questões do processo., as *causas excepiendi* postas na defesa (que não representassem pedidos contrapostos propriamente ditos) e a situações de matéria só de direito (Súmula 393 do TST), como pedido (mesmo dependente da análise da matéria de fato) não apreciado pela sentença – até porque, essa é a autorização do inciso III do §3º do art. 1013 do novo CPC.

e) E, de fato, parece efetivamente ser essa

a melhor conclusão à luz do que dispõe o § 3º do art. 1013 do novo CPC (“§3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo...”).

2.6 DO JULGAMENTO DA CAUSA MADURA, DA SUPERAÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DE PRIMEIRO GRAU E DO APROVEITAMENTO MÁXIMO DOS ATOS PROCESSUAIS, COM O OBJETIVO DE ENTREGAR A TUTELA JURISDICIONAL COM JULGAMENTO DE MÉRITO (§3º DO ARTS. 1013)

Dispõe o §3º do art. 1013:

**§3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:**

***I – reformar sentença fundada no art. 485***

***II – decretar a nulidade por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir***

***III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo***

***IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação***

**§4º Quando reformar sentença**

***que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.***

***5º O capítulo da sentença que confirma ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.”***

#### COMENTÁRIO

a) O referido dispositivo segue a técnica que norteia todo o novo sistema do CPC, ou seja, com vista ao objetivo maior do processo de resultados e da legitimidade do resultado final do exercício do direito de ação e da jurisdição face à garantia do acesso a ordem jurídica justa com um julgamento de melhor nível e qualidade (decisão de mérito) a ser outorgado pelo Poder Judiciário.

b) Essa nova técnica de julgamento da apelação permite em ampla e larga escala o julgamento direto e único pelo Tribunal está relacionada, inclusive, com a técnica da permissão da ampla produção de provas (art. 938 do novo CPC) perante o próprio Tribunal a fim de suprir omissão probatória em primeiro grau que pudesse gerar nulidade no processo ou impedir o julgamento de todos os pedidos deduzidos no processo, e, em compasso com a ampla possibilidade de contraditório e não se causar surpresa a parte com a exigência que a parte seja sempre ouvida a cada inovação, a cada novo argumento ou motivo distinto para decisão sobre tema ou prova da qual não tenha

tido oportunidade de se manifestar.

c) Não há dúvida que se estabeleceu uma revolução na técnica do exercício da atividade jurisdicional e na proposta de tutela jurisdicional que se pretende oferecer aos jurisdicionados, inclusive, para atender o interesse maior e primário do Estado de eficiência (não ter desperdício) da atividade jurisdicional cumulado com efetividade e legitimidade (processo de resultados com tutela sempre que possível, em qualquer grau de jurisdição com julgamento do mérito (§3º do art. 1029 do novo CPC (recursos especial e extraordinário tempestivo) .– semelhante ao §11º do art. 896 da CLT: recurso de revista).

d) E, o julgamento direito e único pelo Tribunal, não só da causa de direito ou da causa relacionada a fatos madura, mas, em diversas outras hipóteses, superando a questão do duplo grau de jurisdição (ou se atendo a sua mera potencialidade num pronunciamento judicial regular).

e) Ou seja, em que se autoriza e se adota a técnica do julgamento direto pelo Tribunal, dentre outras, com relação a pedido não julgado (*citra-petita*), ao julgamento *ultra e extra petitta*, e, mesmo no caso de negativa de prestação jurisdicional) ou de superação de decadência e prescrição e relativas a fatos novos (art. 1013 do novo CPC).

f) Dessa forma, o art. 1013 do novo CPC vai além da autorização da Súmula 393 do TST (*“O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do §1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação*

*dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no §3º do art. 515 do CPC.”)*

g) Não há referência, expressa, a possibilidade de se passar ao julgamento dos pedidos relacionados a(s) causa(s) prejudicada(s) na hipótese do reconhecimento da procedência relativa a causa prejudicial. No entanto, a sistemática indica a possibilidade ao admitir o julgamento de mérito de pedido não julgado (inciso III do art. 1013), ou seja, ainda que conceitualmente se tratasse de pedido autônomo decorrente de exercício específico do direito de ação, ainda, que veiculado numa demanda que instaura um processo com pretensões processuais deduzidas de forma cumulativa.

h) Noutros termos, o sistema proposto pelo novo CPC pretende garantir de todas as formas o aproveitamento do exercício do direito de ação e da jurisdição na sua extensão máxima, evitando-se a extinção do processo sem julgamento do mérito e a anulação do processo com o retrocesso da marcha do processo, de maneira que autorizou ampla fase probatória em sede recursal e, também, em prestígio ao princípio constitucional da razoável duração do processo, constante no inciso LXXVIII do art. 5º da C.F. que prevalece sobre o princípio (mas, não garantia) do duplo grau de jurisdição (na verdade, se teve a possibilidade do duplo grau que não se deu efetivamente por deficiência da atividade jurisdicional de primeiro grau que será suprida pelo Tribunal, por conta da agilidade,

celeridade, efetividade e eficiência processual relacionadas ao processo de resultados.

i) Por conta dessas inovações que poderiam agredir o devido processo legal e o exercício do direito de ação no seu aspecto formal, é que se garantiu em todos os momentos, todas as etapas do processo e em todos os provimentos judiciais a observância substancial da garantia do direito de defesa e contraditório e da fundamentação específica e substancial de todas as decisões judiciais, conforme estabelecem os artigos 9º, 10, inciso IV do art. 489 do CPC, § único do art. 487, § único do art. 493, art. 933 e §3º; art. 938, §2º do art. 1029 e os arts. 1013 e 1014 do novo CPC.

j) Dessa forma, o estando em condições de imediato julgamento, o tribunal sem determinar o retorno do processo ao 1º grau, deve decidir desde logo o mérito quando reformar sentença que tiver extinto o processo sem julgamento do mérito (regra ampliada do anterior §3º do art. 515 do CPC/73, que se referia a matéria exclusivamente de direito), quando decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir ou por falta de fundamentação e quando constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipóteses em que poderá julgá-lo e quando afastar decadência ou a prescrição.

k) No processo do trabalho, antes mesmo do §11º do art. 896 da CLT (acrescido pela lei 13015/2014), já se encontram autorização nesse sentido extraída do inciso III da Súmula 297 (*“Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não*

*obstante opostos embargos de declaração”) e o item VII da Súmula 100 (“Não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição decisão do TST que, após afastar a decadência em sede de recurso ordinário, aprecia desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”).*

L) Por último o § 5º do art. 1013 do novo CPC deixa claro que a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, e a tutela de evidência, são capítulos autônomos referentes a tutela diferenciada tratada em capítulo próprio da sentença que a confirma ou revoga, mas, quando sua resolução estiver sediada na sentença, não será impugnado mais por agravo de instrumento (inciso I do art. 1015 do novo CPC), e, será impugnável na forma do restante da tutela ordinária, ou seja, por meio da apelação. O que para o processo do trabalho não altera a sistemática da impugnação definida pela Súmula 414, itens I e II, do TST.

m) Os referidos dispositivos legais em comento são aplicáveis de forma supletiva e subsidiária ao processo do trabalho face a compatibilidade e pelo princípio da celeridade e do aproveitamento dos atos do processo, de forma que o tribunal sempre que possível julgará o mérito do processo.

## 2.7 DO JULGAMENTO DA CAUSA MADURA, DAS QUESTÕES DE FATO SUPERVENIENTES DO APROVEITAMENTO MÁXIMO DOS ATOS PROCESSUAIS PARA SE CHEGAR AO JULGAMENTO DE MÉRITO (ARTS. 1013 E 1014)

Fixa o art. 1014 do novo CPC:

***“As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”***

### COMENTÁRIO

a) O art. 1014 do novo CPC reproduz o art. 517 do CPC/73, tendo, agora, maior aplicação diante da farta possibilidade instrutória e probatória perante os Tribunais cumulado com a exigência da observância do contraditório substancial e da fundamentação substancial das decisões.

b) Aliás, está em consonância com a ampla abertura do enfrentamento de todas as questões e matérias pelo tribunal, ainda, que não examinadas pelo juízo de primeiro grau, fixada pelo sistema recursal do novo CPC.

### 3. O AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTS. 1015)

Dispõe o art. 1015 do novo CPC:

***“Cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre:***

***I – tutelas provisórias***

***II – o mérito da causa***

***III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem***

***IV – o incidente de resolução de***

***desconsideração da personalidade jurídica***

***II- Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido do pedido de sua revogação***

***VI – a exibição ou posse de documento ou coisa***

***VII – exclusão de litisconsórcio***

***VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio***

***IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros***

***I- Concessão, modificação ou revogação de efeito suspensivo aos embargos à execução***

***XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º.***

***XII - vetado***

***XIII - outros casos expressamente previstos em lei.”***

**COMENTÁRIO**

a) A nova reforma do processo civil segue o caminho da restrição da apreciação imediata do inconformismo da parte diante das decisões interlocutórias.

b) A parte só está obrigada a apresentar o seu inconformismo, de imediato, através do Agravo de Instrumento, em se tratando de

situações particulares e especiais, as demais questões serão apreciadas como preliminares da apelação (§1º do art. 1009 do novo CPC).

c) Assim, o agravo de instrumento só é admitido em situações especiais, de maior gravidade e que, no mais das vezes, afete a própria lide.

d) Permite-se a sustentação oral do Agravo de instrumento no caso de tutela de urgência e da evidência (inciso III do art. 937 do novo CPC).

e) Constata-se uma omissão para a possibilidade da sustentação oral no caso do julgamento do Agravo de Instrumento que julga o mérito da causa (inciso II do art. 1015 do novo CPC)

f) Isto porque, na verdade, a decisão que surja do resultado do julgamento antecipado parcial do mérito (§ único do art. 354 e art. 356 do novo CPC) é sentença interlocutória e não decisão interlocutória a despeito dela ser admissível a interposição do agravo de instrumento (§5º do art. 356 do novo CPC), uma vez que ela resolve a lide nos termos dos arts. 485 e 487 do novo CPC e põe fim de forma parcial a fase cognitiva daquela parcela da lide.

g) E isso fica claro, não só pela referência a julgamento do mérito (art. 354, 355 e 356 do novo CPC), mas, porque o próprio *caput* e § único do art. 354 do novo CPC estabelece que tais decisões são sentenças, ainda que quando o julgamento seja parcial e o recurso nesse caso seja o agravo de instrumento: “Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* pode dizer respeito a

apenas parcela do processo, caso em que será impugnado por agravo de instrumento.”

h) Ademais, também é esclarecedor nessa direção o §2º do art. 203 ao dizer que *“decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1º”, uma vez que a decisão do julgamento antecipado parcial do mérito é sentença a despeito do recurso contra ela não ser a apelação, mas sim, o agravo de instrumento (§5º do art. 356 do novo CPC)*

i) No entanto, o *caput* e o inciso II do art. 1015 do novo CPC podem gerar confusão na medida que estabelecem que *“cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre:...II – mérito do processo.”*

j) Isto porque, nos termos do art. 487 do novo CPC decisões sobre o mérito, tais como a decisão do julgamento antecipado parcial do mérito (§ único do art. 354 e art. 356 do novo CPC) são sentenças interlocutórias (em conformidade com o disposto no § 1º do art. 203 e no *caput* do art. 354 do novo CPC) e não decisão interlocutória (nos termos do §2º do art. 203 do novo CPC), a despeito do recurso contra a decisão do julgamento antecipado do mérito seja o agravo de instrumento (§ único do art. 354 e §5º do art. 356 c/c inciso II do art. 1015 do novo CPC)

k) Assim, na técnica do novo CPC, as sentenças podem ser finais (se abrangerem toda a lide) ou interlocutórias (se resolverem parte da lide); assim, podendo ser terminativa do processo ou de parte dele.

L) Desse modo, tendo em vista o julgamento do mérito por meio de sentença interlocutória, ou, a decisão do julgamento antecipado parcial do mérito, ou seja, sentença interlocutória de parte da lide (por exemplo, relativa ao julgamento da causa prejudicial de mérito referente a pedido específico de parte da lide), com o julgamento de parte do mérito, evidente, se terá o direito a sustentação oral.

m) Até porque, a técnica do prosseguimento do julgamento com colegiado maior se aplica no caso do julgamento não unânime do agravo de instrumento quando julgar parcialmente o mérito (reformando-o) e com a admissão da sustentação oral, nos termos do que dispõe o inciso II do §3º do art. 942 do novo CPC (*Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e eventuais terceiros o direito de sustentar suas razões perante os novos julgadores.... §3º A técnica do julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:...II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.”*)

n) Ora, não teria sentido admitir-se a sustentação no prosseguimento do julgamento e não se admiti-la na primeira oportunidade.

o) Também, deveria ser admitida a sustentação oral em algumas das hipóteses de cabimento do agravo, tendo em vista a

relevância jurídica delas, v.g., *o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica, da exclusão de litisconsórcio por ilegitimidade de parte, da admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, da concessão, modificação ou revogação de efeito suspensivo aos embargos à execução, para que se concretizasse o amplo direito de defesa e do contraditório efetivo e substancial tão buscado pela estrutura e sistemática do novo CPC.*

p) Outrossim, observa-se que, inclusive, se admite a sustentação oral no caso de agravo em se tratando de julgamento conjunto de recurso especial e extraordinário (§5º do art. 1042 do NCPC)

q) No processo do processo do trabalho (art. 795 da CLT), a parte está obrigada a impugnar as decisões interlocutórias e argüir a nulidade, em audiência, oralmente, com redução a termo na ata da audiência, sob pena de preclusão, através do neologismo do “protesto” trabalhista.

r) Tendo em vista que no processo do trabalho o Agravo de Instrumento só é cabível para destrancar recurso denegado e tem processamento específico (§5º do art. 896; alínea “b” caput e §4º do art. 897 da CLT), não há que se falar em aplicação subsidiária e nem supletiva do dispositivo em comento por incompatibilidade.

s) E pelo regime do novo CPC o Agravo de Instrumento não tem mais cabimento contra decisão que nega seguimento a recurso, uma vez que o juízo de admissibilidade dos recursos no novo CPC é feito pelo tribunal competente

para conhecer do apelo, enquanto que, no processo do trabalho, o juízo de admissibilidade da revista é feito pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem (§5º do art. 896 da CLT).

t) O agravo de instrumento pelo regime do novo CPC é interposto, diretamente, perante o tribunal (art. 1019 do NCPC) e não contempla nas hipóteses de cabimento o destrancamento de recurso (art. 1015 do NCPC).

u) Até porque, a apelação embora interposta em primeiro grau não contempla juízo de admissibilidade pela primeira instância (§3º do art. 1010 do NCPC).

w) E o recurso especial e extraordinário, embora interposto perante os tribunais de origem são remetidos para o tribunal superior sem juízo de admissibilidade (§§2º e 3º do art. 1028).

O juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice-presidente do tribunal do recurso extraordinário e especial, caberá, apenas, nas hipóteses de recurso intempestivo, ou, quando já existir tese firmada por tribunal superior, em incidente de recurso repetitivo, ou se na tese decidida na decisão do Supremo Tribunal já estiver firmada a existência ou da inexistência da repercussão geral da questão constitucional, e, nesse caso, não cabe agravo de instrumento, mas sim, agravo em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 1042 do NCPC)

x) Portanto, o juízo de admissibilidade do recurso será feito pelo próprio tribunal, e, monocraticamente pelo relator, da sua decisão caberá o agravo interno, dispõe o art. 1021

do novo CPC: *“Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.”*

E, nesse caso, poderá haver a sustentação oral (§5º do art. 1042 do NCPC: *“O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo”*).

Ou seja, entendemos que haverá incompatibilidade que inviabilizaria a aplicação supletiva na medida que o §2º do art., 897 da CLT prevê que *cabe “agravo de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos”*.

y) Nesse sentido, também, o §2º do art. 897 da CLT (*“Agravo de instrumento contra despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução”*) e o §4º do art. 897 Consolidado (*“Na hipótese da alínea b deste artigo, o agravo será julgado pelo Tribunal que seria competente para conhecer o recurso cuja interposição foi denegada”*), importando na conclusão que não existe outro tipo juízo de outra natureza interlocutória que não a admissibilidade do recurso para o agravo de instrumento trabalhista.

Até porque, no processo do trabalho, a abertura da possibilidade do agravo de instrumento para tantas situações seria incompatível com a natureza e a estrutura do processo do trabalho baseado na irrecurribilidade das decisões interlocutórias,

conforme dispõe o §1º do art. 893 da CLT: *“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”*.

z) No entanto, é certo que já se admitem exceções para a interposição de recurso em face de decisões interlocutórias, previstas na Súmula 214 do 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 acolha exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para o Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante disposto no art. 795, §2º da CLT.”*).

De forma, que, no processo do trabalho, o controle imediato do dano iminente e irreparável resultante de decisão interlocutória é feito através do Mandado de Segurança, quando envolva correção de juízo de valor, e, pela via da Correção Parcial, quando se tratar de apenas de *“error in procedendo”*.

### 3.1. DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO DIRETAMENTE NO TRIBUNAL (ART. 1016)

Dispõe o art. 1016 do novo CPC:

***“Art. 1016. O Agravo de Instrumento será dirigido diretamente ao***

**tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos:**

***I – os nomes das partes***

***II – a exposição do fato e do direito***

***III – as razões do pedido de reforma ou invalidação da decisão e o próprio pedido***

***IV – o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo....”***

## COMENTÁRIO

a) A redação do art. 1016 do novo CPC é praticamente a mesma do art. 524 do CPC/73, inclusive, com a referência à interposição do Agravo de Instrumento diretamente ao tribunal.

b) A medida seria bem interessante, uma vez que afasta a dupla discussão e evita a interposição do agravo de instrumento.

c) No entanto, como já visto antes, há incompatibilidade com a lógica e a funcionalidade procedimental do processo do trabalho o que impede sua aplicação.

d) Isto porque, primeiro, a alínea “b” do art., 897 da CLT prevê que cabe “*agravo de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos*”, e, segundo, o §2º do art. 897 da CLT fixa que o “*Agravo de instrumento contra despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução.*”

Ou seja, importando na conclusão que, no processo do trabalho, há juízo de admissibilidade do recurso ordinário pelo primeiro grau, bem como, do recurso de revista pelo Presidente/Vice-Presidente do Tribunal que poderá denegar o processamento do recurso de revista.

e) Além disso, os §§s 7º e 8º do art. 899 da CLT dispõem:

*“§7º. No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar.”*

*“§8º. Quando o Agravo de instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão contrária a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no §7º deste artigo”*

f) Logo, a aplicação supletiva do disposto no §3º do art. 1010 e no § único do art. 1030 do NCPC não é possível, uma vez que se trata de procedimento que é incompatível com a lógica procedimental e a organicidade do sistema do processo do trabalho.

g) Até porque, como na estrutura do processo do trabalho, a única função do agravo de instrumento é o destrancamento do recurso feito no juízo de admissibilidade negativo, na instância “*a qua*”, a aplicação do §3º do art. 1010 e do § único do art. 1030 do novo CPC implicaria na própria extinção do agravo de instrumento trabalhista, não se respeitando a identidade, a organicidade, a coerência e a funcionalidade

lógica do procedimento e do sistema específico, ou seja, clara a incompatibilidade a afastar a aplicação supletiva.

h) A Instrução Normativa nº 16 do TST, estabelece no que se refere ao agravo de instrumento que é *“limitado o seu cabimento, no processo do trabalho, aos despachos que denegarem a interposição de recurso (art. 897, alínea b, da CLT), o agravo de instrumento será dirigido à autoridade judiciária prolatora do despacho agravado, no prazo de oito dias de sua intimação, e processado em autos apartados...IV - O agravo de instrumento, protocolizado e atuado, será concluso ao juiz prolator do despacho agravado, para reforma ou confirmação da decisão impugnada....”*

i) No entanto, nos parece que, a despeito da restrição da Instrução Normativa, caberá agravo de instrumento no processo do trabalho, também, contra decisão de primeiro grau que resolver o incidente da distinção (§§s 9º, 10, 11, 12 e 13 do art. 1037 do novo CPC) e seguimento do recurso no caso de indevida suspensão do feito por conta de decisão de afetação (§1º do art. 1036 e inciso II do art. 1037) – “§13 do art. 1037. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o §9º caberá: I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau...)

### 3.2. DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – OPORTUNIDADE DE SANAÇÃO DE IRREGULARIDADE (§3º DO ART. 1017)

Dispõe o art. 1017 do novo CPC:

**“Art. 1017. A petição de agravo de**

***instrumento será instruída:***

***§3º. Na falta de cópia de qualquer peça ou no caso de algum vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único..”***

### COMENTÁRIO

a) A redação do art. 1016 do novo CPC é praticamente a mesma do art. 524 do CPC/73.

b) Por outro lado, é de clara aplicação subsidiária o §3º do art. 1017 pela obrigatória aplicação supletiva consentânea com o escopo da outorga pelo Estado da tutela de mérito com o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado o acesso a ordem jurídica justa, ou seja, ao processo de resultados – cuja princípio e garantia já estão expressos no processo do trabalho, inclusive, através do §11º do art. 896, do art. 896-B e §14 do art. 896-C da CLT

### 4. DO AGRAVO INTERNO (ARTS. 1021)

Dispõe o art. 1021 do novo CPC:

***“Art. 1021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.***

***§1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificamente os fundamentos***

*da decisão agravada.*

**§2º. O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.**

**§3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.**

**§4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.**

**§5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no §4º, à exceção da Fazenda pública e do beneficiário da gratuidade da justiça, que farão o pagamento a final.”**

## COMENTÁRIO

a) O art. 1021 do novo CPC de certa forma reproduz e amplia as hipóteses anteriores previstas pelo art. 545 e 557 do CPC/73.

b) É importante que deixou claro que o agravo interno se aplica a todas as decisões proferidas, monocraticamente, pelo relator do processo no tribunal, sendo que o art. 932 do NCPC estabelece, especificamente, em que hipóteses o relator pode decidir monocraticamente (o que, também, é aplicado subsidiária e supletivamente ao processo do trabalho).

c) Também, é fundamental que se determinou que o relator não pode limitar-se à reproduzir a decisão agravada, mas, terá que enfrentar um a um todos os argumentos do agravante de forma clara e precisa, nos termos do §3º do art. 1021 e, especialmente, do determinado pelo §1º e incisos I a VI do art. 489 do novo CPC: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão...”.

d) Outrossim, não se compreende por que, em situação tão relevante do processo, houve o veto a possibilidade da sustentação oral que havia sido originalmente prevista no inciso VII do art. 937 do novo CPC.

e) Os referidos dispositivos legais em comento são aplicáveis de forma supletiva e subsidiária ao processo do trabalho face a compatibilidade, observando-se, apenas, a adaptação do prazo de 08 (oito) dias para a interposição do agravo interno e não de 15 (quinze) dias do novo CPC.

f) Aliás, a Instrução Normativa 17, após a resolução nº 184/2012, já autorizava a aplicação de regra semelhante do art. 557 do

CPC/73 (III - Aplica-se ao Processo do Trabalho o artigo 557, caput e §§ 1ºA, 1º e 2º do Código de Processo Civil, segundo a redação dada pela Lei nº 9.756/98, adequando-se o prazo do agravo ao prazo de oito dias”)

5. DOS EMBARGOS DE  
DECLARAÇÃO (ARTS. 1022 A 1026)  
Dispõe o art.1022 do novo CPC:

***“Art. 1022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:***

***I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição***

***II – suprir omissão de ponto ou de questão sobre o qual devia pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;***

***III – corrigir erro material***

***Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:***

***I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento***

***II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.”***

## COMENTÁRIO

a) Importante destaque para a referência que os embargos de declaração cabem contra qualquer pronunciamento judicial (art. 203 c/c 1022 do novo CPC) que contenha o vício de obscuridade, contradição, omissão e erro material (situação, igualmente, expressamente acrescentada pelo art. 1022 do novo CPC).

b) Ou seja, terminando polêmicas e afastando a jurisprudência defensiva que restringia o cabimento dos embargos declaratórios em face de sentenças ou decisões judiciais, como por exemplo decisão de denegação de seguimento do recurso (OJ 377 da SBDI 01 do C.TST.).

c) Também, importante a referência ao inciso II do art. 1022 que remete ao § 1º do art. 489 do novo CPC que estabelece os elementos essenciais da decisão judicial não admitindo qualquer pronunciamento que seja de natureza meramente formal ou aparente.

5.1 DOS EMBARGOS DE  
DECLARAÇÃO (ARTS. 1024)  
– DECISÃO MONOCRÁTICA,  
FUNGIBILIDADE E DESNECESSIDADE  
DE RATIFICAÇÃO

Dispõe o art. 1024, caput e §§s do novo CPC:

***“Art.1024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.***

***§1º. Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído***

*em pauta automaticamente.*

**§2º** *Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão do relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão prolator da decisão embargada decidi-los-á monocraticamente.*

**§3º** *O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-la às exigências do art. 1021, §1º.*

**§4º** *Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.*

**§5º** *Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de*

*ratificação.”*

## COMENTÁRIO

a) A determinação do §1º do art. 1024 do novo CPC para que os embargos sejam julgados na sessão subsequente ou em pauta automática deve se coadunar com o disposto nos arts. 934 e 935 do novo CPC.

b) De fato, o art. 934 do novo CPC determina sua aplicação para todas as hipóteses de julgamento previstas no Livro III do NCPC, ou seja, para todos os processos em curso nos tribunais, e, assim, dispõe: *“Em seguida, os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, ordenando em todas as hipóteses previstas neste Livro, a publicação da pauta no órgão oficial”.*

c) E, o art. 935 do NCPC estabelece: *“Entre a publicação da pauta e a sessão de julgamento, decorrerá pelo menos o prazo de 5 (cinco) dias, incluindo-se em nova pauta os processos que não tenham sido julgados, salvo aqueles cujo julgamento tiver sido expressamente adiado para a primeira sessão seguinte.”*

d) O § 2º do art. 1024 do NCPC deixa claro que em sendo decisão monocrática a decisão proferida no tribunal, objeto dos embargos declaratórios, o julgamento dos embargos declaratórios ser dará de forma igualmente monocrática.

e) Sendo certo que após essa decisão monocrática do relator ou do desembargador ou ministro (ou seja, em sede de tribunal) que, com o julgamento dos embargos declaratórios, passará a integrar o julgamento originário (da

qual já caberia diretamente se não fosse o caso dos embargos de declaração) caberá o agravo interno (art. 1021 do novo CPC) para o colegiado.

f) O §3º do art. 1024 do novo CPC estabelece que em sendo verdadeira hipótese de agravo interno e não de embargos de declaração, aplicar-se-á o princípio da fungibilidade.

Nesse sentido, o item II da Súmula 421 do TST *“II. Postulando o embargante efeito modificativo, os embargos declaratórios deverão ser submetidos ao pronunciamento do Colegiado, convertidos em agravo, face ao princípio da fungibilidade e celeridade processual.”*

g) Ocorre que, agora, face a aplicação subsidiária e supletiva (art. 15 do novo CPC), porém, essa conversão deverá se dar sempre ajustada ao método e técnica de julgamento (art., 9º, 10, §1º do art. 489, §1º do art. 927, §3º do art. 938, §2º do art. 1029 e art. 1013 e 1014 do novo CPC) estabelecidos pelo sistema do novo CPC que determina a interdição à surpresa e garante a ampla defesa substancial, com efetiva participação em contraditório na decisão a ser tomada, ou seja, a parte deverá ser intimada para adaptar as razões de seu recurso.

h) Alterado a decisão originária por força do julgamento dos embargos declaratórios é reaberta à parte que já havia interposto o recurso próprio complementá-lo ou alterar suas razões (§4º do art. 1024 do novo CPC), ou seja, a parte simplesmente poderá aditar seu recurso ou apresentar novas razões de recursais

relativas (ou no limite) a parte modificada.

i) Finalmente, o §5º do art. 1024 do novo estabelece princípio básico de lógica e economia processual, independentemente de ratificação, não havendo alteração do julgado originário, o recurso já interposto pela parte contrária será devidamente processado.

j) Os referidos dispositivos legais em comento são aplicáveis de forma supletiva e subsidiária ao processo do trabalho face a compatibilidade.

## 5.2 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ARTS. 1025) - PREQUESTIONAMENTO

Dispõe o art. 1025 do novo CPC:

***“Art. 1025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pre-questionamento, ainda, que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição e obscuridade.”***

## COMENTÁRIO

a) Reitera-se que o art. 1025 tal qual o art. 1023 do novo CPC menciona a hipótese dos embargos no caso de “erro” sem qualificar como erro material, como aduzido no inciso III do art. 1022 do novo CPC, o que pode abrir a discussão se é mais ou menos amplo que o erro material.

b) Importante inovação relativa ao prequestionamento, possibilitando o imediato julgamento caso, o processo esteja em condições de julgamento a partir da presunção gerada.

c) Aliás, a regra do art. 1025 do novo CPC está em conformidade com o §3º do art. 941 do NCPC (*“O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.”*)

d) O inc. III da Súmula 297 do TST já prevê essa possibilidade, como medida de agilização, na verdade, na maior parte das vezes, só é possível de ser adotada tal postura em se tratando de matéria de direito, ou de fato incontroverso aferível pela leitura da inicial e da defesa, do contrário a presunção da ocorrência da circunstância de fato por conta da omissão, da obscuridade ou da contradição do acórdão estaria prejudicando a parte contrária, invertendo o prejudicado.

### 5.3 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ART. 1026) - EFEITOS

Dispõe o art. 1026 do novo CPC:

***“Art. 1026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para interposição de recurso.***

***§1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada***

***a probabilidade de provimento do recurso ou sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação;***

***§2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao empregados multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.***

***§3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.***

***§4 Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.”***

### COMENTÁRIO

a) Os embargos que cabem contra qualquer decisão judicial (art. 1022 do novo CPC) interrompem o prazo para interposição de qualquer recurso (*caput* do art. 1026 do novo CPC) e mesmo quando forem considerados protelatórios já que terão sanção específica (§§

2º, 3º e 4º do art. 1026 do NCPC).

b) Somente, na hipótese dos dois primeiros embargos declaratórios serem considerados protelatórios é que não seria admissível a terceira interposição de embargos declaratórios.

c) Os embargos embora interrompam o prazo para interposição de outros recursos, não mais suspenderão a eficácia da decisão embargada, salvo se demonstrada a probabilidade de provimento, ou sendo relevante a fundamentação houver risco de dano grave ou difícil reparação (§1º do art. 1026 do novo CPC).

d) E, não serão admitidos novos embargos declaratórios, se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios (§4º do art. 1026 do NCPC).

e) Os referidos dispositivos legais em comento são aplicáveis de forma supletiva e subsidiária ao processo do trabalho face a compatibilidade.

## **II. DO CAPÍTULO VI DO TÍTULO II DO LIVRO III DA PARTE ESPECIAL – DOS RECURSOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ARTS. 1027 A 1044)**

### **1. DO RECURSO ORDINÁRIO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 1027 A 1028)**

Dispõe o art. 1027 do novo CPC:

**“Art. 1027. Serão julgados em recurso ordinário:**

**I – pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão:**

**II – pelo Superior Tribunal de Justiça:**

**a) Os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;**

**b) Os processos em que forem partes de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.**

**§1º Nos processos referidos no inciso II, alínea “b” contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art. 1015**

**§2º Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1013, §3º e 1029, §5º.**

Dispõe o art. 1028 do novo CPC:

**“Art. 1028. Ao recurso mencionado no art. 1027, inciso II, alínea “b”, aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, as disposições relativas à apelação e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.**

#### **§ 1º Na hipótese do art. 1027**

**§2º. O recurso previsto no 1027, inciso I e II, alínea a”, deve ser interposto perante o tribunal de origem, cabendo ao seu presidente ou vice-presidente determinar a intimação do recorrido para, em 15 (quinze) dias, apresentar as contrarrazões.**

**§3º Findo o prazo referido no §2º, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.”**

#### COMENTÁRIO

a) O art. 1027 do novo CPC trata do julgamento de recurso ordinário perante o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses, específicas, de mandado de segurança, habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão.

b) E, ainda, trata do recurso ordinário cabível perante o Superior Tribunal de Justiça, nas mesmas hipóteses com referência à

instância única dos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, bem como quando forem partes Estado estrangeiro, organismo internacional e, de outro lado, município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

c) Os recursos embora interpostos perante o tribunal de origem segue diretamente ao tribunal superior independentemente de juízo de admissibilidade.

d) As regras referentes ao recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, nos mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando denegatória a decisão, tem aplicação para o processo do trabalho.

## **2. DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL (ARTS. 1029 A 1035)**

Dispõe o art. 1029 do novo CPC:

**“Art. 1029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:**

**I – a exposição do fato e do direito;**

**II – a demonstração do cabimento do recurso interposto**

**III – as razões do pedido de reforma**

**ou de invalidação da decisão recorrida.**

COMENTÁRIO

a) Os arts. 1029 a 1035 do novo CPC devem ser compreendidos a partir do que foi estabelecido nos art 103 e 105 da Constituição Federal.

Assim, no que se refere ao recurso extraordinário o *caput* e o inciso III e o §3º do art. 102 da C.F. estabelecem que:

*“Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*III – julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

a) *contrariar dispositivo desta Constituição;*

b) *declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*

c) *julgar válida lei federal ou ato de governo contestado em face desta Constituição*

d) *julgar válida lei local contestada em face de lei federal*

§1º...

§2º...

*§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”*

Quanto ao recurso especial, o *caput* e os inciso III do art. 105 da C.F. fixam:

*“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

*III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:*

a) *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*

b) *julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;*

c) *der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”*

Destaque-se que o inciso II do art. 1029 do NCPC, assim como já referia o inciso II do art. 541 do CPC/73, exige como pressuposto recursal a demonstração do cabimento do recurso extraordinário ou especial.

### **3. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUSCITADO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E NO RECURSO ESPECIAL (§§s 1º e 2º DO ART. 1029)**

Dispõe o art. 1029 do novo CPC:

*“Art. 1029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:*

I – a exposição do fato e do direito;

II – a demonstração do cabimento do recurso interposto

III – as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

**§1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive, mídia eletrônica, em que houver publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.**

**§2º Quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência de distinção.”**

#### COMENTÁRIO

a) O §1º do art. 1029 do NCPC destaca que quando o recurso extraordinário ou o recurso especial estiver veiculado com base na divergência jurisprudencial, é indispensável “mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”, ou seja,

fazer o confronto analítico da hipótese recursal com o acórdão paradigma que representa o dissenso de julgados. Nesse sentido, também, é o §8º do art. 896 da CLT.

b) O §2º do art. 1029 do NCPC segue o critério estabelecido pelo novo sistema processual que não admite decisão substancialmente não fundamentada.

c) Nesse sentido, da vedação a fundamentação aparente ou não substancial, na diretriz fixada pelo novo CPC, são o §1º e incisos I a VI do art. 489 do novo CPC: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão...” e o §3º do art. 1021 do NCPC (*§3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.*)

d) O §1º do art. 1029 do NCPC corresponde ao §8º do art. 896 da CLT.

e) Já o §2º do art. 1029 do NCPC é aplicável de forma supletiva e subsidiária ao processo do trabalho face a compatibilidade e por ser mero corolário do disposto no art. 489 do NCPC.

#### 4. DA SUPERAÇÃO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS (§3º DO ART. 1029)

Dispõe o §3º do art. 1029 do novo CPC:

**“§3º. O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça**

**poderá desconsiderar vício formal do recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.”**

#### COMENTÁRIO

a) Existem matérias de alta relevância cujo interesse na sua resolução tem grande repercussão social e jurídica e que deveriam ser o mais rápido possível solucionadas pelos Tribunais Superiores, ou que não deveriam deixar de ser examinadas por conta de requisitos formais.

b) Com isso, permite-se que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos os requisitos de admissibilidade considerados menos importantes, com o objetivo de privilegiar o conteúdo em detrimento da forma.

i) Nesse sentido é o §3º do art. 1029 do NCPC.

j) Registre-se que o §3º do art. 1029 segue a diretriz do novo CPC, já observada no § único do art. 932 do NCPC, bem como do §3º do art. 938 (*§1º Constatada a ocorrência de vício insanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.*) e dos §§s 2º (“A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.”;

4º (“O recorrente que não comprovar, no ato da interposição o recolhimento do preparo, inclusive porte remessa e retorno, será intimado na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção”) e 7º (“O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.”) do art. 1007 do novo CPC

k) Ainda nesse diapasão, dispõe o §3º do art. 938 do novo CPC: *§1º Constatada a ocorrência de vício insanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.”*

l) Além desses, também, nessa direção o §3º do art. 1029 e art. 1013 e 1014 do novo CPC.

m) O referido dispositivo em comentado é aplicável de forma supletiva e subsidiária ao processo do trabalho face a compatibilidade e pela melhoria da técnica à vista do objetivo maior do processo de resultados e da legitimidade do resultado final do exercício do direito de ação e da jurisdição face à garantia do acesso a ordem jurídica justa com um julgamento de melhor nível e qualidade (decisão de mérito) a ser outorgado pelo Poder Judiciário. Até porque, está em consonância com o §11º do art. 896-A da CLT.

o) Não há dúvida que se estabeleceu uma revolução na técnica do exercício da atividade jurisdicional e na proposta de tutela jurisdicional

que se pretende oferecer aos jurisdicionados, inclusive, para atender o interesse maior e primário do Estado de eficiência (não ter desperdício) da atividade jurisdicional cumulado com efetividade e legitimidade (processo de resultados com tutela sempre que possível, em qualquer grau de jurisdição com julgamento do mérito (§3º do art. 1029 do novo CPC (recursos especial e extraordinário tempestivo) .– semelhante ao §11º do art. 896 da CLT: recurso de revista).

p) Noutros termos, o sistema proposto pelo novo CPC pretende garantir de todas as formas o aproveitamento do exercício do direito de ação e da jurisdição na sua extensão máxima, evitando-se a extinção do processo sem julgamento do mérito e a anulação do processo com o retrocesso da marcha do processo, de maneira que autorizou ampla fase probatória em sede recursal e, também, em prestígio ao princípio constitucional da razoável duração do processo, constante no inciso LXXVIII do art. 5º da C.F. que prevalece sobre o princípio (mas, não garantia) do duplo grau de jurisdição (na verdade, se teve a possibilidade do duplo grau que não se deu efetivamente por deficiência da atividade jurisdicional de primeiro grau que será suprida pelo Tribunal, por conta da agilidade, celeridade, efetividade e eficiência processual relacionadas ao processo de resultados.

q) Por conta dessas inovações que poderiam agredir o devido processo legal e o exercício do direito de ação no seu aspecto formal, é que se garantiu em todos os momentos, todas as etapas do processo e em todos os provimentos judiciais a observância substancial da garantia do direito de defesa e

contraditório e da fundamentação específica e substancial de todas as decisões judiciais, conforme estabelecem os artigos 9º, 10, inciso IV do art. 489 do CPC, § único do art. 487, § único do art. 493, art. 933 e §3º; art. 938, §2º do art. 1029 e os arts. 1013 e 1014 do novo CPC.

r) Os referidos dispositivos legais em comento são aplicáveis de forma supletiva e subsidiária ao processo do trabalho face a compatibilidade e pelo princípio da celeridade e do aproveitamento dos atos do processo, de forma que o tribunal sempre que possível julgará o mérito do processo.

#### 5. DA SUSPENSÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL AFETADOS PELO INCIDENTE DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS (art. 928) PELO PRESIDENTE DO STF OU DO STJ (§4º DO ART. 1029)

Dispõe o §4º do art. 1029 do novo CPC:

**“§4º. Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social,**

**estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto.”**

#### COMENTÁRIO

a) O inciso I do art. 982 do NCPC já estabelece:

*“Art. 982. Admitido o incidente, o relator:  
I – suspenderá os processos pendentes; individuais ou coletivos que tramitam na região, conforme o caso...”*

b) E o §3º do art. 982 do NCPC já preve:

*“Visando a garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.”*

c) Portanto, o §4º do art. 1029 do NCPC é mais um reforço visando a garantia da segurança jurídica para as hipóteses do incidente de demandas repetitivas na linha fixada no inciso I e no §3º do art. 982 do NCPC.

d) Trata-se de regra aplicável, no que couber ao recurso de revista, conforme já anteriormente previsto pela CLT no regime do julgamento de recursos repetitivos.

e) Com efeito, o art. 896-B da CLT já estabelece:

*“Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da lei 5.889, de 11 de janeiro*

*de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos.”*

f) E o § 3º do art. 896-C, embora se refira ao incidente de recursos de revista repetitivos e não ao incidente de demandas repetitivas (ambos incidentes, espécies do incidente do julgamento de casos repetitivos – art. 928 do NCPC), de maneira análoga determina:

*“§3º. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho oficialará os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para que suspendam os recursos interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.”*

g) Já os §§s 13, 4 e 15 do art. 896-C, embora se refira ao incidente de recursos extraordinários repetitivos e não ao incidente de demandas repetitivas, de maneira análoga determina:

*“§13. Caso a questão afetada e julgada sob o rito dos recursos repetitivos também contenha questão constitucional, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno não obstará o conhecimento de eventuais recursos extraordinários sobre a questão constitucional.*

*“§14. Aos recursos extraordinários interpostos perante o Tribunal Superior do Trabalho será aplicado o procedimento previsto no art. 543-B da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), cabendo ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho selecionar um ou mais recursos representativos*

da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, na forma do §1º do art. 543-B da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

“§15. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho poderá oficiar os Tribunais Regionais do Trabalho e os Presidentes das Turmas e da Seção Especializada do Tribunal para que suspendam processos idênticos aos selecionados como recursos representativos da controvérsia e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, até o seu pronunciamento definitivo.”

### III. DA SUBSEÇÃO II DO TÍTULO II DO LIVRO III DA PARTE ESPECIAL – DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVOS (ARTS. 1036 A 1042)

#### 1. DA MULTIPLICIDADE DE RECURSOS SOBRE IDÊNTICA QUESTÃO DE DIREITO E DA AFETAÇÃO PARA JULGAMENTO SOBRE RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 1036)

Dispõe o art. 1036 do novo CPC:

“Art. 1036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com o disposto no Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão admitidos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão de todos os processos pendentes individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§2º. O interessado pode requerer, ao presidente que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1042.

§4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§5º O relator do tribunal superior

**também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.**

**§6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”**

#### COMENTÁRIO

a) Foi mantido e aperfeiçoado o regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos que já estava previsto no art. 543-B e art. 543-C do CPC/73.

b) Dessa forma, sempre que identificada multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de pelo rito dos recursos repetitivos.

c) Assim, na presença de multiplicidade de recursos (extraordinários, especiais) sobre a mesma questão de direito, o presidente ou o vice-presidente de tribunal de origem do recurso extraordinário, especial, selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, para fins de afetação.

d) Ao proceder a seleção para fins de afetação e encaminhamento para o tribunal superior, o presidente ou o vice-presidente de tribunal de origem do recurso extraordinário ou especial, proferirá decisão determinando a

suspensão de todos os processos pendentes individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

e) A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

f) Sendo que, pela relevância e repercussão do julgamento sob o rito de recursos repetitivos, somente, podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (§6º do art. 1036 do novo CPC).

g) Já na vigência do CPC/73, o rito do julgamento repetitivos dos recursos extraordinários e dos recursos de especiais que, no processo do trabalho correspondem aos recursos de revistas repetitivos por aplicação subsidiária do CPC e depois específica (lei 13.015/2014), conforme determinação expressa dos arts. 896-B e 896-C e § 14 do art. 896 da CLT.

h) Desse modo, prevê o art. 896-B da CLT:

*“Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos”*

i) Sendo que o §4º do art. 1046 do NCPC estabelece:

*“§4º As remissões a disposições do Código de Processo revogado, existente em outras leis, passam a referir-se às que lhes são*

*correspondentes neste Código”*

j) E fixa o art. 896-C da CLT:

*“Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõe a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal. §1º O Presidente da Turma ou da Seção Especializada por indicação dos relatores, afetará um ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos...”*

k) Determina o §4º do art. 896-C da CLT a suspensão dos processos:

*“§4º Caberá ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho, ficando suspenso os demais recursos de revistas até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.”*

L) Impõe, mais, o §14 do art. 896-C da CLT:

*“Aos recursos extraordinários interpostos perante o Tribunal Superior do Trabalho será aplicado o procedimento previsto no art. 543-B da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), cabendo ao Presidente do*

*Tribunal Superior do Trabalho selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, na forma do § 1º do art. 543-B da lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil”*

m) E o §15º do art. 896 da CLT fixa:

*“O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho poderá oficiar aos Tribunais Regionais do Trabalho e os Presidentes de Turmas e da Seção Especializadas do Tribunal para que suspendam os processos idênticos aos selecionados como recursos representativos da controvérsia e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal até seu pronunciamento definitivo.”*

Assim, na presença de multiplicidade de recursos extraordinários e de revista sobre a mesma questão de direito, o presidente ou o vice-presidente de tribunal de origem do recurso extraordinário, especial ou de revista (art. 896-B e art. 896-C da CLT), selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, para fins de afetação.

n) Ao proceder a seleção para fins de afetação e encaminhamento para o tribunal superior, o presidente ou o vice-presidente de tribunal de origem do recurso extraordinário ou de revista (art. 896-B e art. 896-C da CLT), proferirá decisão determinando a suspensão de todos os processos pendentes individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso

**2. DO PROCEDIMENTO, DA AFETAÇÃO E DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS (RECURSOS DE REVISTA E DE EMBARGOS) POR CONTA DO JULGAMENTO SOBRE RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 1037)**

Dispõe o art. 1037 do novo CPC:

**“Art. 1037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do art. 1036, proferirá decisão de afetação, na qual:**

**I – identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;**

**II – determinará a suspensão do processamento de todos os recursos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;**

**III – poderá requisitar aos presidentes e vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.**

**§1º Se após receber os recursos selecionados pelo presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não proceder à afetação,**

**o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1036, §1º.**

**§2º É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 1040 questão não delimitada a que se refere o inciso I do *caput*.**

**§3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do *caput***

**§4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.**

**§5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do *caput*, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos que retomarão seu curso normal.**

**§6º Ocorrendo a hipótese do §5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art.**

**1036.**

**§7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do *caput* contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico da decisão a que se refere o inciso II do *caput*.**

**§8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso do *caput*.**

COMENTÁRIO

a) Assim, selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a existência da mesma questão de direito e a multiplicidade e de julgamentos, proferirá decisão de afetação, identificando a questão e suspendendo o processamento de todos os recursos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

b) O julgamento dos recursos repetitivos não poderá ultrapassar os limites da questão de direito delimitada na afetação (§2º do art. 1037 do novo CPC).

c) Os recursos afetados deverão ser julgado no prazo de 1 (um) ano, ultrapassado o prazo, cessa a suspensão dos processos.

d) Negada a afetação, o relator, no tribunal

superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado para que seja revogada a decisão de suspensão dos processos paralisados por conta da afetação.

e) Como já visto, o regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivo, que tem aplicação subsidiária e supletiva ao processo do trabalho, particularmente, no tocante ao julgamento dos recursos de revista repetitivos – como prevê o art. 896-B da CLT:

*“Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos”.*

f) E fixa o §1º do art. 896-C da CLT:

*“§1º. O Presidente da Turma ou da Seção Especializada por indicação dos relatores, afetará um ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos.”*

Já o §2º do art. 896-C determina:

*“§2º. O Presidente da Turma ou da Seção Especializada que afetar processos para julgamento sob o rito de recursos repetitivos deverá expedir comunicação aos demais Presidentes de Turma ou de Seção Especializada, que poderão afetar outros processos sobre a questão para julgamento conjunto, a fim de conferir ao órgão julgador visão global da*

questão.”

O §3º do art. 896-C da CLT prevê:

*“§3º O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho oficiará os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para que suspendam os recursos interpostos em casos idênticos ao afetados como recursos repetitivos, até pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.”*

g) Determina o §4º do art. 896-C da CLT a suspensão dos processos:

*“§4º Caberá ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho, ficando suspenso os demais recursos de revistas até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.”*

E, ainda, estabelece o §5º art. 896-C da CLT:

*“O relator no Tribunal Superior do Trabalho poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo.”*

### **3. DA APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA NA DECISÃO DO JULGAMENTOS DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS, ESPECIAIS E DE REVISTA REPETITIVOS (ARTS. 1039 E ART. 896 LETRAS B E C DA CLT)**

Dispõe o art. 1039 do novo CPC:

**“Art. 1039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.**

***Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.”***

#### COMENTÁRIO

a) Com a decisão dos recursos extraordinários, especiais e de revista afetados pelo rito do julgamento dos recursos repetitivos a todos os recursos pendentes que tiveram seu julgamento suspenso e que cuja resolução estava pendente será aplicada a tese firmada na resolução do rito dos julgamentos repetitivos.

b) Negada a tese pretendida e a sua repercussão geral, então, todos os recursos extraordinários sobrestados e baseados na mesma tese serão considerados inadmitidos.

c) No processo do trabalho, o rito do julgamento dos recursos de revista repetitivos segue as mesmas regras, não só pela aplicação subsidiária determinada pelo art. 896-B, mas, também, face o disposto no §11 do art. 896-C da CLT.

d) O item I §11 do art. do art. 896 da CLT

estabelece:

**“§11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:**

**I- Terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho.”**

**Julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”**

#### COMENTÁRIO

a) Destaque-se que, aqui, também, estabelece, mais uma possibilidade do juízo de retratação em favor da segurança jurídica da observância da orientação superior.

b) Noutras palavras, criou-se mais uma hipótese em que os Tribunais podem voltar atrás, mesmo depois de proferida a decisão de mérito, não mais, apenas, por conta de embargos de declaração ou erro material, mas com o objetivo de economia processual e segurança jurídica.

c) Lembrando que o novo CPC em diversas situações autoriza o juízo de retratação de decisões sem e com julgamento do mérito (também, autorizadas pelo inciso II do art. 515

do NCPC).

d) Com efeito, o art. 332 do novo CPC autoriza o juízo de retratação em situações especiais da improcedência liminar do pedido (sentença de mérito) sendo que o art. 331 e o §7º do art. 485 do NCPC estabelecem o juízo de retratação para sentença sem resolução de mérito; sendo possível também extrair tal possibilidade no caso do julgamento conforme o estado do processo e o julgamento antecipado do mérito na medida que a decisão é objeto de agravo de instrumento que traz ínsito o juízo de retratação (§ único do art. 354 e §5º do art. 356 do NCPC) e, agora, como se viu acima, no juízo de retratação após a tese firmada pelo julgamento dos recursos extraordinários, especiais e de revistas (inciso II do art. 1040 do NCPC).

e) Os processos sobrestados no primeiro e segundo grau e que, ainda, não tinham sido julgados, deverão ser julgados com aplicação da tese firmada pelo tribunal superior no julgamento dos recursos repetitivos, conforme determinam o inciso III do art. 1040 e o inciso III do art. 927 e inciso IV do art. 988 do NCPC.

f) No processo do trabalho, o rito do julgamento dos recursos de revista repetitivos segue as mesmas regras, não só pela aplicação subsidiária determinada pelo art. 896-B e §15 do art. 896-C da CLT, mas, por conta das normas específicas assemelhadas.

g) Assim, o item II §11 do art. do art. 896 da CLT estabelece:

**“§11. Publicado o acórdão do Tribunal**

***Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:***

II- ***serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.***”

#### **5. MANTIDA A DIVERGÊNCIA (ART. 1041 E ART. 896 LETRAS B E C DA CLT)**

Dispõe o art. 1041 do novo CPC:

***“Art. 1041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1036, §1º.***

#### **COMENTÁRIO**

a) Caso o tribunal de origem ao proceder o juízo de retratação optar por manter a decisão que diverge da tese firmada pelo tribunal superior no julgamento dos recursos repetitivos, a despeito da proibição expressa de tal procedimento conforme determinam o inciso III do art. 1040 e o inciso III do art. 927 e inciso IV do art. 988 do NCPC, então, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, sem proceder o juízo de admissibilidade, remeterá o recurso para o tribunal superior na forma da afetação (§1º do art. 1036 do NCPC).

b) No processo do trabalho, a apesar do rito do julgamento dos recursos de revista repetitivos segue as mesmas regras, pela aplicação subsidiária determinada pelo art. 896-B, nessa hipótese, parece existir uma contradição ou incompatibilidade.

c) De fato, o § 12 do art. do art. 896 da CLT estabelece:

***“§12. Na hipótese prevista no inciso II do §11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame da admissibilidade do recurso de revista.”***

d) No entanto, à vista do que dispõem o inciso III do art. 1040 e o inciso III do art. 927 e inciso IV do art. 988 do NCPC, sem prejuízo e simultaneamente ao próprio recurso de revista ou eventual agravo de instrumento, a fim de evitar o trânsito em julgado, a não realização da retratação poderá dar ensejo a sua correção pela via da reclamação, face ao disposto no inciso IV e § 1º do art. 988 do NCPC:

***“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: ...IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. §1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretende garantir.”***

#### **6. DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO ESPECIAL E DE**

**REVISTA REPETITIVOS (ART. 1042 E ART. §13º DO ART. 896 DA CLT)**

Dispõem os §§ 6º, 7º e 8º do art. 1042 do novo CPC:

**“§6º Na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinários e especial, o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.**

**§7º. Havendo apenas um agravo, o recurso será remetido ao tribunal competente, e, havendo interposição conjunta, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça”**

**§8º. Concluído o julgamento do agravo pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado”.**

**COMENTÁRIO**

a) Muito embora os §§ 6º, 7º e 8º do art. 1042 não se estejam inseridos na subseção II do Capítulo VI que cuida especificamente do julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, foram mencionados para observar que o trato da questão constitucional,

sempre, ficará a cargo da decisão final do Supremo Tribunal Federal.

b) E, de forma, similar dispõe §13 do art. 896-C da CLT:

**“Caso a questão afetada e julgada sob o rito dos recursos repetitivos também contenha questão constitucional, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno não obstará o conhecimento de eventuais recursos extraordinários sobre a questão constitucional.”**

**IV. DA SEÇÃO III DO TÍTULO II DO LIVRO III DA PARTE ESPECIAL – DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

**1. DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (ART. 1042)**

Dispõe o art. 1042 e §§s do novo CPC:

**“Art. 1042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou vice-presidente do tribunal que:**

**I- indeferir pedido formulado com base no art. 1035, §6, ou no art. 1036, §2º, de admissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo;**

**II- inadmitir, com base no art. 1040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob fundamento de que o acórdão recorrido coincide**

*com a orientação do tribunal superior;*

*III-inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1035, §8º, ou no art. 1039, parágrafo único, sob fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.*

*§1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:*

*I – a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do inciso I do caput deste artigo;*

*II – a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:*

*a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior;*

*b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.*

*§2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem e independe de pagamento de custas processuais e despesas postais.*

*§3º O agravado será intimado, de imediato, para oferecer resposta no prazo de 15 (quinze) dias*

*§4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.*

*§5º O agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se ainda o disposto no regime interno do tribunal respectivo.*

*§6º Na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinários e especial, o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.*

*§7º. Havendo apenas um agravo, o recurso será remetido ao tribunal competente, e, havendo interposição conjunta, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça”*

**§8º. Concluído o julgamento do agravo pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado”.**

#### COMENTÁRIO

a) O recurso extraordinário e o recurso especial, seguindo a regra do novo CPC, aparentemente, tem seu juízo de admissibilidade retirado do tribunal de origem, pelo art. 1030 e parágrafo único do NCPC:

*“Art. 1030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.*

*Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.”*

b) No entanto, já pelo §8º do art. 1035, e, ainda, pelo art. 1042 e parágrafos do NCPC percebe-se que, ainda, há o juízo de admissibilidade na origem.

c) De fato, já juízo de admissibilidade na origem para os casos que deverão estar sobrestados, nas hipóteses, em que o Supremo Tribunal já tenha declarado a inexistência de repercussão geral e/ou sejam contrários a tese firmada no julgamento de casos repetitivos (art.

1035, §8º, § único do art. 1039 e incisos III do art. 1042 do NCPC).

d) Ou, quando intempestivo o recurso – hipótese que deve ser rejeitado e excluído do sobrestamento (§6º do art. 1035 e §2º do art. 1036 do NCPC).

e) E, mesmo, nos casos em que a decisão recorrida coincidir com a orientação do tribunal superior (inciso I do art. 1040 do NCPC)

f) Os dispositivos referentes ao agravo em recurso especial, acima transcritos, referentes as hipóteses e permissivos ao recurso de agravo em recurso especial podem ter aplicação, supletiva (ou seja, complementar ao já previsto para o recurso de agravo de instrumento em sede de revista) no processo do trabalho, tendo em vista que a similaridade do recurso especial e do recurso de revista, inclusive, no tocante a sua admissibilidade e o recurso de agravo (de instrumento no processo laboral), até porque, no caso específico do art. 1042 do NCPC, o juízo de admissibilidade do recurso especial, embora restrito às hipóteses lá fixadas, é feito pelo tribunal de origem.

g) Os dispositivos referentes ao agravo em recurso extraordinário tem plena, subsidiária e supletiva, aplicação ao processo laboral, observando-se o disposto no §14º do art. 896 da CLT: *“Os recursos extraordinários interpostos perante Tribunal Superior do Trabalho será aplicado o procedimento previsto no art. 543-B da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) cabendo ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho selecionar um ou*

*mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, na forma do §1º do art. 543-B da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”, que é compatível com o §6º do art. 1035 do NCPC*

## V. DA SEÇÃO IV DO TÍTULO II DO LIVRO III DA PARTE ESPECIAL – DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

### 1. DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA (ART. 1043 E 1044)

Dispõem os arts. 1043 e 1044 do novo CPC:

**“Art. 1043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:**

*I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos embargado e paradigma de mérito;*

*II – em recurso extraordinário ou recurso especial, divergir de julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade;*

*III - em recurso extraordinário*

*ou recurso especial, divergir de julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;*

*IV – nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.*

**§1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas em julgamento de recursos e de ações de competência originária.**

**§2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação de direito material ou do direito processual.**

**§3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade dos seus membros.**

**§4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive, em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão**

*divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.*

**§5º** *É vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.*

**Art. 1044.** *No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.*

**§1º** *A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes.*

**§2º** *Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.”*

## COMENTÁRIO

a) Os arts. 1043 e 1044 do novo CPC não têm aplicação direta ao processo do processo, uma vez que os Embargos para a SBDI ou a SBDC do Tribunal Superior do Trabalho tem previsão própria e expressa no artigo 894 da CLT.

b) Com efeito, após a lei 11.496 de 2007, os Embargos para a SBDI 01 do C.TST. passaram a ter natureza de embargos de divergência, o que, foi ratificado e acentuado pela lei 13.015/2014.

c) No entanto, muitas questões restam em aberto sem definição explícita nos incisos e parágrafos do art. 894 da CLT.

d) Realmente, atualmente, ainda, é controvertida a admissibilidade de Embargos à SDI do TST em matéria processual, mesmo que fundada em Súmula ou OJ de natureza processual, cuja admissão, vem, sendo admitida em circunstâncias excepcionais, particularmente quando do conteúdo da própria decisão da Turma (então embargada) concluiu-se pela contrariedade do teor da Súmula; como por exemplo, a violação da Súmula 126 do TST, é constatado da própria decisão embargada que notícia e revela o revolvimento fático-probatório, portanto, quando do conteúdo da própria decisão da Turma, se verifica afirmação ou manifestação que diverge do teor da Súmula processual indicada como contrariada ou mal aplicada.

e) Por isso, entendemos que possa ter a aplicação supletiva (da “ratio legis”

contida) nas hipóteses ventiladas nos incisos I, II e III, e, nos §§s 1º, 2º e §3º do inciso IV do art. 1043 do NCPC.

f) Dessa maneira, com a aplicação supletiva dos incisos I, II e III, e, nos §§s 1º, 2º e §3º do inciso IV do art. 1043 do NCPC restariam superadas discussões a respeito, ou não do cabimento de Embargos para a SBDI em matéria de aplicação de direito material ou processual, bem como quando a divergência tiver origem em decisões proferidas na SDColetivo ou do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho.

# SÍNDROMES PROCESSUAIS TRABALHISTAS

Manoel Carlos Toledo Filho

Em vista do advento do novo código de processo civil, vários artigos, livros, seminários e congressos têm buscado abordar qual a influência que o mesmo poderá exercer no âmbito do direito processual do trabalho.

O tema da incidência supletiva ou subsidiária das normas instrumentais civis ao processo do trabalho nunca foi simples. Não se irá abordá-lo aqui. Pretende-se apenas registrar, de forma metafórica ou figurativa, alguns aspectos ou posturas – aqui cognominadas de “síndromes” - que, a nosso juízo, podem ser abstraídas da intensa discussão ora em curso. Assim, vejamos.

## Síndrome de Plutão

Plutão foi descoberto em 1930. Até então, apenas desconfiava de que existiria um planeta naquela área, que estaria interferindo na órbita de seu virtual vizinho, o gigante Urano. Em 2006, Plutão foi reclassificado, passando a ser oficialmente considerado não

um “planeta”, mas um “planeta-anão”.<sup>1</sup>

O processo do trabalho levou um bom tempo para conseguir afirmar sua identidade. Desconfiava-se, aliás, que ele, a rigor, não existiria. Seria uma sorte de *derivação anômala* do processo civil, algo que estaria “perturbando” sua órbita, com posturas agressivamente inquisitivas ou proativas. Agora, afirmada sua independência conceitual, está a se querer transformá-lo em uma sorte de “processo anão”. Em outras palavras, assim como Plutão não pode mais aspirar a ser da classe de Urano, tampouco o processo do trabalho poderia almejar possuir o mesmo *status* do processo civil, cujo código absorveria, como corolário, não o processo laboral todo, mas tudo quanto deste porventura lhe interessasse.

## Síndrome de Sete Quedas

Esta síndrome é uma exacerbação da anterior.

1 Conforme <https://pt.wikipedia.org/wiki/Plutão> .



Manoel Carlos Toledo Filho

Desembargador do Trabalho e Vice-Diretor da Escola Judicial do TRT-15. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela USP.

O Salto de Sete Quedas, que possuía um volume de água que o colocava como a maior cachoeira do mundo nesse quesito<sup>2</sup>, submergiu em 1982 com a formação do Lago de Itaipu. Do mesmo modo, o novo código de processo civil teria o efeito de “submergir” o processo trabalhista, englobando e disciplinando, de modo supostamente mais técnico ou adequado, todas as suas figuras e institutos.<sup>3</sup>

### Síndrome do Javali

Esta pode ser considerada uma síndrome antiga, cujos efeitos estão sendo potencialmente amplificados com o novo código.

Um organismo ou sistema circulatório debilitado pode ser fortalecido ou salvo por um procedimento de transfusão de sangue. Mas não basta que o sangue a ser doado provenha de uma fonte sadia. Ele deve ser compatível com o sistema que irá recebê-lo, sob pena de, inclusive, levá-lo a óbito. De nada adiantará, assim, que em um ser humano se injete o sangue de um animal – digamos, por exemplo, de um javali. Por robusto que este seja, seu sangue é bom apenas para ele.

Na rotina judiciária trabalhista, não é incomum transportar-se para o âmbito instrumental preceitos do processo civil que em nada se compatibilizam com os objetivos,

2 Conforme [https://pt.wikipedia.org/wiki/Salto\\_de\\_Sete\\_Quedas](https://pt.wikipedia.org/wiki/Salto_de_Sete_Quedas).

3 Seria então o caso de se lançar uma campanha similar a que houve em 1982 (Visite Sete-Quedas antes que acabe): visite (ou use) o processo do trabalho antes que ele acabe.

a lógica ou os fundamentos do processo do trabalho. Quando isso ocorre, o resultado em alguns casos é a completa ineficácia da prestação jurisdicional, vale dizer, a morte do receptor.

### Síndrome de Ripley

Assim como a anterior, esta síndrome já tem sua própria história.

Ripley é um personagem que insiste em transformar-se, com indiscutível talento, em algo ou alguém que ele não é.<sup>4</sup>

Nesta mesma ordem, não é de agora que no âmbito processual trabalhista buscam inserir-se, mediante adaptações engenhosas, figuras criadas pelo processo civil, cujo aproveitamento se imagina possa ser vantajoso. Fato é, todavia, que os ajustes realizados - por habilidosos ou inteligentes que sejam - são normalmente tantos ou de tal ordem que não há como deixar de concluir que, na verdade, está se tentando transformar uma coisa em algo que, definitivamente, ela não é.

### O Futuro

Se alguma das síndromes acima irá preponderar, desaparecer, aumentar, diminuir ou transmudar-se, é algo que somente o futuro dirá.

Uma coisa, porém, parece certa. Seja qual for o rumo que o processo do trabalho irá tomar, esse rumo há de ser delineado pela

4 <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-22925/>.

comunidade jurídica trabalhista. O futuro do processo do trabalho brasileiro deve ser definido por quem domine sua história e suas peculiaridades; por quem conheça suas vantagens e virtudes, assim como seus defeitos e limitações. Somente desta forma a legislação instrumental, trabalhista ou civil, logrará atingir aquele que se presume seja o objetivo precípua de ambas: dirimir com justiça os conflitos de interesses, pacificando a sociedade.

# O ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO

Salvador Franco de Lima Laurino

**Sumário.** 1. *Introdução: o novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho.* 2. *A unidade do direito processual: a teoria geral do processo e a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais.* 3. *A autonomia do processo do trabalho: o percurso histórico e as regras de procedimento.* 4. *O devido processo legal: a dimensão constitucional do procedimento.* 5. *A aplicação do processo civil como meio de integração das lacunas do processo do trabalho.* 6. *O artigo 15 do novo Código de Processo Civil: a aplicação “subsidiária” e “supletiva” do processo civil ao processo do trabalho.* 7. *Segue: vantagens e aplicações da distinção trazida pelo artigo 15 do novo Código de Processo Civil.* 8. *Conclusão: o artigo 15 do novo Código de Processo Civil e a crise da autonomia do processo do trabalho.*

## 1. Introdução: o novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho.

Ainda que ao longo dos últimos vinte anos o Código de 1973 tenha sofrido diversas reformas que o mantiveram em condições de fazer frente ao desafio de oferecer adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, as sucessivas alterações que começaram em 1994 afetaram-lhe a coerência sistêmica, que, inspirada no padrão do “processo ordinário de conhecimento”, ficou abalada por inovações como a antecipação de tutela, as medidas de coerção destinadas a assegurar a obediência às ordens judiciais, o regime de cumprimento de sentença.<sup>1</sup>

Ao mesmo tempo, estimou-se que

.....  
1 Sobre o modelo do “processo ordinário de conhecimento”, v. LUIZ GUILHERME MARINONI, “O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos”, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 65/1, 1999.



Salvador Franco de Lima Laurino

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Processual do Trabalho na Escola Superior da Advocacia da OAB de São Paulo.

inovações mais extensas e profundas ainda seriam necessárias para reforçar a garantia do contraditório, a segurança jurídica e para combater o persistente problema da demora na solução dos litígios. Conquanto pudessem ser introduzidas por meio de reformas pontuais, teriam o inconveniente de aprofundar a desorganização sistêmica, até em função do largo significado político veiculado por algumas delas, como o regime de precedentes, o que decerto concorreu para a elaboração de um novo Código de Processo Civil.

No plano da arquitetura legislativa, o novo Código afastou-se do critério de distribuição das matérias do Código de 1973, que se organizou em torno de quatro Livros: Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. Agora, o Código estrutura-se em torno de uma parte geral e de uma parte especial, o que resulta em quatro Livros: *i) a Parte Geral* -, que concentra grande parte da matéria que estava no Livro destinado ao Processo de Conhecimento - e *a Parte Especial*, que se desdobra em três Livros – *ii) Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença*, *iii) Processo de Execução* e *iv) Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*.

A aplicação do processo comum é um tema estratégico para o processo do trabalho. Não sem exagero, já se disse que é o enigma que a esfinge lhe propõe: “Decifra-me ou devoro-te”.<sup>2</sup> Daí que a compreensão das

2 Cf. MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO, “As transformações do Código de Processo Civil e sua repercussão no processo do trabalho”, *site da ANAMATRA*, acesso em 29-XI-2008.

mudanças que o novo Código de Processo Civil produzirá no processo do trabalho depende do prévio entendimento do sentido de seu artigo 15, que, juntamente com o velho artigo 769 da Consolidação, passa a disciplinar a aplicação do processo civil ao processo do trabalho.

## 2. A unidade do direito processual: a teoria geral do processo e a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais.

Conforme ensina a Teoria Geral do Processo, há uma unidade fundamental no direito processual.<sup>3</sup> Como se sabe, o direito processual é como uma árvore, cujo tronco comum cresce até certa altura quando começam a surgir os seus variados ramos: processo penal,

3 Sobre as origens e evolução da teoria geral do direito processual, ver NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, “Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso”, in *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, 1992, pp. 513-523. Convém lembrar que o vocábulo “processo” é polissêmico e veicula ao menos quatro significados. Primeiro, designa a “ciência”, isto é, o *direito processual*, um ramo do conhecimento jurídico. Nesse sentido, a *teoria geral do direito processual* é também conhecida como teoria geral do “processo”. Segundo, designa o *objeto material* dessa ciência. Aqui, “processo” significa o *sistema processual*, o conjunto operativo de normas que disciplina o exercício da jurisdição. Em terceiro lugar, “processo” é um *método dialético de debate* que se realiza por meio de afirmações, oposições e sínteses. Nesse sentido abrangente, é categoria presente em todas as funções públicas, bem como em atividades privadas, como os processos eleitorais e disciplinares de clubes, sindicatos etc. Em quarto lugar, a palavra “processo” designa o *processo judicial*, que é o *arquétipo*, o paradigma das demais espécies de processo. Assim, com o vocábulo “processo” nomeamos tanto *i) a ciência* – o *direito processual* –, como *ii) o seu objeto material* – o *sistema processual* –, *iii) um método dialético de debate*, utilizado tanto em atividades públicas como privadas – o *processo*, e *iv) um dos institutos fundamentais* do sistema processual, que é o *processo judicial*.

processo civil, processo do trabalho, processo eleitoral. Apesar das diferenças que existem entre eles, todos derivam de uma mesma base jurídica, o que lhes condiciona a *estrutura*, o *funcionamento* e a *finalidade* na ordem jurídica.<sup>4</sup>

Nessa analogia, o tronco da árvore representa o *núcleo jurídico comum* a todos os ramos do direito processual, ou seja, um *sistema jurídico* cuja estrutura compreende os *princípios constitucionais* que governam o direito processual (“acesso à justiça”, “devido processo legal” e “independência dos juízes”), os *institutos fundamentais* que representam as grandes unidades sistemáticas do direito processual (“jurisdição”, “ação”, “defesa” e “processo”) e a *finalidade* do sistema processual (“tutela jurisdicional”).<sup>5</sup>

Em essência, o processo civil e o processo do trabalho são iguais. Por uma perspectiva política mais abrangente, ambos são instrumentos por meio do qual o Estado exerce a jurisdição com o objetivo de solucionar conflitos, proteger sua própria ordem jurídica e,

assim, atribuir tutela jurisdicional a quem tem razão no litígio, seja o autor, seja o réu.

No plano da *ciência jurídica*, a unidade do sistema processual permite a elaboração de uma *teoria geral do direito processual*, uma disciplina de introdução ao estudo do direito processual cujo objeto é o corpo de conhecimentos comuns a todos os ramos do direito processual – os métodos, os princípios constitucionais, os institutos fundamentais e as finalidades do sistema.<sup>6</sup>

No plano da *norma posta*, a unidade permite a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos *processos especiais*, o que é particularmente importante para o processo do trabalho, cuja “simplicidade” acarreta uma elevada dependência do “processo comum”.<sup>7</sup> A operacionalidade do processo

4 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Das medidas cautelares na Justiça do Trabalho”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, 347.

5 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Processo trabalhista e processo comum”, in *O processo em sua unidade*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 123. “Sistema é um conjunto fechado de elementos interligados e conjugados em vista de objetivos externos comuns, de modo que um atua sobre os demais e assim reciprocamente, numa interação funcional para a qual é indispensável a coerência entre todos. Sistema processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos” (Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, I, São Paulo, Malheiros, 2001, n. 67).

6 Cf. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 27-30. Ao mesmo tempo em que é uma disciplina *dogmática*, voltada ao estudo sistemático das normas do sistema processual, ordenando-as em vista de sua aplicação prática, a *teoria geral do processo*, como qualquer teoria geral no campo do Direito, é também uma abordagem *crítica*, com uma função especulativa que não se limita às questões de natureza formal, indagando também sobre o papel político e social do sistema processual, o que a leva a buscar o apoio do direito comparado, da filosofia e de ciências humanas como a história, a sociologia, a antropologia e a ciência política (Cf. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 1988, pp. 42-46).

7 Convém lembrar que nem sempre o processo civil é o “processo comum”. Embora as lacunas do processo individual de conhecimento sejam sanadas por meio da aplicação do Código de Processo Civil (CLT, art. 769), as lacunas do processo de execução são superadas por meio da aplicação da Lei de Execução Fiscal (CLT, art. 889), enquanto as lacunas do processo coletivo do trabalho são superadas com a aplicação do chamado “processo coletivo comum”, cuja base é formada pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor (CLT, art. 769 e artigos 1º e 21, IV, da LACP). Quando exerce a função de “processo comum”,

do trabalho é possível exatamente porque há uma unidade que permite a interação dos elementos do sistema processual em ordem a complementá-lo por meio das regras do “processo comum”.<sup>8</sup>

Apesar da unidade do sistema, num dado momento termina o tronco das regras comuns e começam a surgir diferenças entre os variados ramos do direito processual,<sup>9</sup> o que decorre do caráter instrumental do processo, que, conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material.<sup>10</sup>

Dessa necessidade de “adequação”

.....  
o processo civil abarca as mais variadas espécies de posições jurídicas ativas e passivas de direito material, independentemente da existência de processo especial destinado à disciplina de situações específicas. Essa característica leva BARBOSA MOREIRA a afirmar que “o conceito de processo civil é, por assim dizer, *residual*, e não exclui certa *heterogeneidade* das matérias a cujo respeito, no seu âmbito, se exerce a atividade judicial” (Cf. “As bases do direito processual civil”, in *Temas de direito processual (primeira série)*, São Paulo, Saraiva, 1988, p.8).

8 Na velha lição de EDUARDO COUTURE, “interpretar a lei não é interpretar o Direito, mas um fragmento deste. Interpretar o Direito, isto é, averiguar o sentido de uma norma em sua acepção integral, pressupõe o conhecimento do direito em sua integridade, bem como a necessária integração entre a parte e o todo” (Cf. *Interpretação das leis processuais*, tradução Gilda Meyer Russomano, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 2).

9 Como explica CÂNDIDO DINAMARCO, “Não passam despercebidas as diferenças que existem entre os diversos ramos do direito processual, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, o *poder*, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção, nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo, nem pode se afastar tanto que dê a impressão de se isolar do sistema” (Cf. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros, 1993, n. 8, p. 73).

10 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Processo trabalhista e processo comum”, in *O processo em sua unidade*, cit., p. 123.

resulta a “autonomia” do processo do trabalho. Cuida-se, todavia, de uma “autonomia relativa”,<sup>11</sup> visto que o processo do trabalho está sujeito a uma “dupla dependência”. Primeiro, vincula-se à base jurídica comum a todos os ramos do direito processual – o “modelo constitucional de processo”, referido no artigo 1º do novo Código de Processo Civil -,<sup>12</sup> e, depois, ao “processo comum”, com o qual tem uma controvertida relação de complementação que condiciona a sua autonomia.

Em face dessa condicionante, há quem negue a autonomia do processo do trabalho frente ao processo civil.<sup>13</sup> Nessa linha, OCTÁVIO BUENO MAGANO pondera que os princípios que justificariam a autonomia do processo do trabalho “surgiram quase todos a modo de contraponto aos princípios e peculiaridades do processo comum, quando este possuía feições marcadamente individualistas, o que não mais

.....  
11 Cf. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Tratado de direito judiciário do trabalho*, São Paulo, LTR, 1977, p. 41.

12 Conforme CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, o artigo 1º do Novo Código de Processo Civil “alberga a necessidade de o CPC ser ‘ordenado, disciplinado e interpretado’ com observância do ‘modelo constitucional’ ou, como nele está escrito, ‘conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República’. É certo que, em rigor, a norma é desnecessária em função, justamente, ‘da força normativa da Constituição’. Trata-se, de qualquer sorte, de iniciativa importante para fins didáticos, quiçá educacionais e que, por isso mesmo, deve ser muito bem recebida pela comunidade do direito processual civil como um todo” (Cf. *Novo Código de Processo Civil anotado*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 41).

13 A propósito das correntes doutrinárias sobre a autonomia do processo do trabalho, ver CÁSSIO COLOMBO FILHO, “A autonomia do direito processual do trabalho e o novo CPC”, in *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, n. 39, 2015, pp. 118-127

ocorre nos dias atuais”.<sup>14</sup> No mesmo sentido, o jurista argentino RAMIRO PODETTI, para quem os princípios que presidem o processo do trabalho também podem se aplicar ao processo civil, “com levíssimas variações de intensidade”,<sup>15</sup> e VALENTIN CARRION, que argumenta que o processo do trabalho não possui princípio próprio algum, uma vez que todos os princípios que o norteiam - oralidade, celeridade etc. - são comuns ao processo civil.<sup>16</sup>

### 3. A autonomia do processo do trabalho: o percurso histórico e as regras de procedimento.

Na primeira metade do século XX, o processo do trabalho conquistou o estatuto de ramo autônomo do direito processual ao romper com os postulados liberais do processo civil, em especial o individualismo e o abstencionismo.<sup>17</sup> O esforço de “adequação” aos valores protegidos pelo Direito do Trabalho resultou na formação de um processo simples, rápido, econômico e eficiente, que pretendia assegurar o equilíbrio entre litigantes de forças desiguais.<sup>18</sup>

14 Cf. *Manual de direito do trabalho – parte geral*, São Paulo, LTr, 1990, pp. 78-79.

15 Cf. *Tratado del proceso laboral*, Buenos Aires, Ediar, 1949, apud AMAURI MASCARO NASCIMENTO, *Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 107.

16 Cf. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 557.

17 Cf. EDUARDO COUTURE, “Algunas nociones fundamentales de derecho procesal del trabajo”, in *Tribunales del trabajo*, Santa Fé, 1941, pp. 112-113.

18 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Processo trabalhista e processo comum”, cit., p. 123.

Enquanto o processo civil se destinava à solução de conflitos entre litigantes que estariam em pé de igualdade, o processo do trabalho buscava equilibrar uma relação marcada pela desigualdade. O impulso oficial, o poder de instrução do juiz, o recurso contra sentença sem efeito suspensivo, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o poder do juiz de iniciar a execução eram inovações que rompiam com a concepção liberal do processo civil, pela qual o juiz deveria agir como mero espectador, sem maiores poderes de impulso e instrução justamente para que sua intervenção não viesse a desequilibrar um duelo de iguais.

Tamanho foi o impacto ideológico dessas inovações que, ao lado de FRANCESCO CARNELUTTI,<sup>19</sup> a quem se atribui o reconhecimento da autonomia do processo do trabalho,<sup>20</sup> NICOLA JAEGER vislumbrou no processo do trabalho uma categoria intermediária entre o processo civil e o processo penal.<sup>21</sup> Com posição mais radical, EDUARDO COUTURE referia um processo estranho a todos os princípios do processo civil,<sup>22</sup> enquanto o mexicano ALBERTO TRUEBA URBINA dizia que o processo do trabalho estava fora da teoria

19 Cf. “Funzione del processo del lavoro”, in *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. VII, 1930, p. 109.

20 Cf. CARLOS COQUEIJO COSTA, *Direito processual do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 12.

21 Cf. *Curso de diritto processuale del lavoro*, Padova, IDEA, 1932, p. 11.

22 Cf. “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo”, cit., p. 128.

geral do processo, que seria a *teoria geral do processo burguês*, sujeitando-se à *teoria geral do processo social*.<sup>23</sup>

Ocorre que a evolução do processo civil ao longo da segunda metade do século XX mostrou que a ruptura não foi assim tão profunda. As transformações que sucederam à Segunda Guerra Mundial – a *crise do positivismo jurídico*, a *abordagem constitucionalista do processo*, o *movimento de acesso à justiça* – aproximaram o processo civil do mesmo ideal de efetividade e confirmaram que a base jurídica do processo do trabalho, cujos fundamentos estão na Constituição, é a mesma que define a estrutura e a dinâmica dos demais ramos do direito processual.<sup>24</sup>

Daí que a identidade do processo do trabalho não está em “objetivos” ou em “princípios” específicos. A diferença em relação ao processo civil está no plano do *procedimento*, num conjunto especial de normas que assegura o equilíbrio entre os litigantes na solução dos conflitos decorrentes da relação de trabalho. Portanto, é a partir desse conjunto de regras de procedimento que se deve identificar a “compatibilidade” que, na forma do artigo 769 da Consolidação, permitirá ou não a aplicação “supletiva” de que trata o artigo 15 do novo Código de Processo Civil.

23 Cf. *Nuevo derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1941, I, pp. 10-25.

24 Cf. OCTÁVIO BUENO MAGANO *Manual de direito do trabalho – parte geral*, cit., pp. 78-79. Sobre o tema a transição metodológica no direito processual após a Segunda Guerra Mundial, ver o nosso *Tutela jurisdicional – cumprimento dos deveres de fazer e não fazer*, São Paulo, Campus, 2010.

#### 4. O devido processo legal: a dimensão constitucional do procedimento.

Como qualquer outro ramo do Direito Público, o processo do trabalho opera de maneira a equilibrar a tensão entre a *autoridade* do Estado e a *liberdade* dos indivíduos ou grupos de pessoas. No campo do direito processual, essa tensão é equilibrada por meio dos princípios do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, que, exprimindo as bases políticas do sistema processual, constituem os pontos de partida que orientam a *interpretação* e a *aplicação* das regras de direito processual.

O *acesso à justiça* representa a *autoridade*. É o direito à jurisdição, a garantia de que as pretensões dirigidas ao sistema judiciário serão aceitas, processadas e julgadas de maneira a atribuir tutela jurisdicional a quem tem razão. O direito de livre e amplo acesso à jurisdição é o pressuposto de eficácia de todos os demais direitos da ordem jurídica. De pouco valeriam as leis se não houvesse instituições judiciárias independentes e com força superior aos litigantes para impor o cumprimento da lei sempre que faltasse a obediência espontânea.<sup>25</sup>

O *devido processo legal* representa a *liberdade*. A *liberdade* tem duas dimensões. Uma dimensão *negativa*, de feição *liberal*, concebida como proteção contra o arbítrio, e uma dimensão *positiva*, de feição *democrática*, que diz com a oportunidade de *participação* na formação das decisões do poder público e de acesso a prestações essenciais à dignidade da

25 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, I, cit., p. 199.

pessoa humana, como é a *justiça*.<sup>26</sup>

Concebido nas origens como freio ao poder do soberano, o *devido processo legal* culminou por se constituir em elemento estruturante do Estado de direito.<sup>27</sup> O princípio assegura o direito a um *processo justo*. Por definição, o processo judicial é um *procedimento em contraditório*.<sup>28</sup> Enquanto o *procedimento* é a garantia de legalidade, de que as atividades realizadas no processo, destinadas à aplicação da lei, serão também guiadas pela lei, o *contraditório* é a garantia de que os litigantes terão ciência dos atos praticados no processo para que possam participar da formação do convencimento do juiz, formulando alegações, produzindo provas, interpondo recursos a fim de obter um provimento favorável à própria esfera de interesses.<sup>29</sup>

O *devido processo legal* encerra um conjunto de garantias que se consolidou ao longo da história de lutas da humanidade contra o arbítrio das autoridades. Além do direito ao *procedimento* e ao *contraditório*, que são como o *corpo* e a *alma* do processo judicial, o princípio abrange também as garantias do juiz

26 Cf. NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1990, p. 32.

27 Cf. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 85.

28 Cf. ELIO FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, UTET, 1983, pp. 51-54.

29 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "O princípio do contraditório" in *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 90

natural, da ampla defesa, da publicidade, da coisa julgada, que se coordenam em um "método dialético de debate" cujo objetivo é impedir que se venha a perder a liberdade ou o patrimônio sem a oportunidade de participar na formação do convencimento de um juiz independente e imparcial.

Como os demais ramos do direito processual, o processo do trabalho é um espelho do Estado democrático de direito, uma vez que é instrumento para o exercício do poder político. Assim como é a liberdade de imprensa, combinada com a participação da sociedade em eleições regulares, que legitima o exercício do poder dos governantes, é a garantia da ciência dos atos processo, conjugada com a oportunidade de participação na formação do convencimento do juiz, que confere legitimidade ao provimento emitido no processo.<sup>30</sup>

Nessa dimensão política, o *procedimento* representa a *legalidade* no processo. A *legalidade* é elemento essencial à consecução do fim de justiça abrigado no princípio do *devido processo legal* porque a *liberdade* – em seus dois sentidos, como *autonomia* e como *participação* na formação das decisões do poder político – depende da possibilidade de calcular ações futuras com um mínimo de *previsibilidade*,<sup>31</sup> o

30 *Idem*, p. 93.

31 O princípio da *segurança jurídica* desenvolve-se em torno de dois eixos: *i) estabilidade* (eficácia *ex post*) – as decisões do poder público não podem ser arbitrariamente modificadas quando adotadas em consonância com os procedimentos legais, salvo em situações particularmente relevantes; e *ii) previsibilidade* (eficácia *ex ante*) – que representa a exigência de certeza e de calculabilidade dos efeitos jurídicos das normas (Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito*

que é impossível com a irrestrita liberdade de o juiz alterar as regras de procedimento sempre que as julgar inadequadas às suas concepções pessoais de efetividade da tutela jurisdicional.<sup>32</sup>

No processo do trabalho, uma corrente doutrinária defende que o “princípio de proteção” contido no *caput* do artigo 7º da Constituição legitimaria o abrandamento da legalidade do procedimento. Nesse sentido, MAURO SCHIAVI: “Assim como o Direito Material do Trabalho adota o princípio protetor, que tem como um dos seus vetores a regra da norma mais benéfica, o Direito Processual do Trabalho, por ter um acentuado grau protetivo, e por ser um direito, acima de tudo instrumental, com maiores razões que o direito material, pode adotar o princípio da norma mais benéfica, e diante de duas normas processuais que possam ser aplicadas à mesma hipótese, escolher a mais efetiva, ainda que seja a do Direito Processual Civil e seja aparentemente contrária à CLT”.<sup>33</sup>

.....  
*constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 380).

32 Como lembra CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “um sistema ideal e utópico de liberdade formal absoluta, em que fosse permitido a todos os sujeitos processuais externar suas intenções e vontades como bem entendessem, seria porta aberta à insegurança e ao arbítrio. A construção formal do sistema do processo, temperada pelas regras de tolerância contidas na garantia constitucional de liberdade dos litigantes e na instrumentalidade das formas, é penhor de fidelidade da ordem processual aos valores inerentes ao devido processo legal. A experiência milenar mostra que a probabilidade de obter resultados justos pela via processual depende de ter sido ‘justo e equo’ o próprio processo e que este não o será quando não for realizado segundo as cautelas representadas por exigências formais razoáveis” (Cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, III, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 530).

33 Cf. “Novas reflexões sobre a aplicação do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho à luz da recente jurisprudência do TST”, in *Revista LTr*, v. 72, n. 3, p. 274.

Na mesma linha, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR: “Na atuação voltada à efetividade dos direitos trabalhistas, cumpre reconhecer, sem traumas, que o juiz possui poderes para criar, em situações concretas, o procedimento necessário para conferir efetividade ao direito material, partindo do pressuposto, sobretudo, da desigualdade das partes”.<sup>34</sup>

Embora seja pedra angular do Direito do Trabalho, o “princípio de proteção” não é absoluto. A reconhecida exigência de “adequação” do instrumento ao objeto de sua proteção está longe de significar que o processo do trabalho seja regido por um princípio de direito material.<sup>35</sup> Alguma incidência desse princípio no campo processual não prescinde da ponderação com outros princípios constitucionais, em particular com o princípio do devido processo legal, ao qual não se sobrepõe. A busca pela efetividade da ordem jurídica não é exclusividade do processo do trabalho, porquanto decorre do princípio do acesso à justiça. Não apenas o processo do trabalho, mas todos os ramos do direito processual visam efetiva, adequada e tempestiva tutela jurisdicional - a proteção que a jurisdição dispensa a quem tem razão no litígio, seja o autor, seja o réu -, o que invalida a linha de pensamento que sobrevaloriza o “princípio de proteção” de forma a afastar a legalidade do procedimento no processo do trabalho.

#### O exercício da jurisdição no Estado

.....  
 34 Cf. “O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho”, *site da ANAMATRA*, acesso em 05-VII-2015.

35 Cf. VALENTIN CARRION, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, cit., p. 557.

democrático de direito é governado por *ética de responsabilidade*. A generosidade abrigada no “princípio de proteção” não justifica desviar dos caminhos formais que a Constituição traça para atribuir tutela jurisdicional. No Estado democrático de direito não se busca efetividade a qualquer preço, mas com *justiça*. Efetividade sem as garantias do devido processo legal é *ética de convicção*, o discurso autoritário em que a crença na generosidade dos fins justifica qualquer meio para atingi-los, o que representa a própria negação da ideia de justiça, cuja concretização não prescinde de critérios impessoais e objetivos.<sup>36</sup>

Como adverte FERRUCIO TOMMASEO, é preciso evitar a armadilha que se esconde na velha polêmica contra o formalismo. Confundir o formalismo com suas degenerações alimenta uma atitude perniciosa que coloca em dúvida a utilidade das formas processuais e, ao mesmo tempo, fomenta uma postura de hostilidade que favorece o que se chamou de a “grande ilusão”, a enganosa ideia de que a jurisdição pode ser bem exercida com uma desmedida redução das formas processuais.<sup>37</sup>

36 “A revolta contra o formalismo? Sempre foi uma típica característica das ditaduras, que não tem freios nem limites ao arbítrio de suas autoridades. Certamente não é necessário que se recorde a apaixonada defesa feita por CALAMANDREI do princípio da legalidade. E, no fundo, em que consiste o princípio da legalidade, senão em uma forma de designar mais amavelmente o formalismo. Naturalmente, tudo isto não impede a jurisprudência de orientar a interpretação da lei, adaptando-a, quando é necessário, às variáveis exigências da sociedade, da economia e dos costumes” (Cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, “A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”, in *Revista de Processo* n. 43, p. 60).

37 Cf. *Appunti di diritto processuale civile – nozione introduttiva*, Torino, Giappichelli, 1995. pp. 14-15.

## 5. A aplicação do processo civil como meio de integração das lacunas do processo do trabalho: a norma do artigo 769 da Consolidação.

Embora não haja diferença ontológica entre processo do trabalho e o processo civil – afinal, ambos são instrumentos com que, por meio de um método dialético de debate, o Estado exerce a jurisdição para o fim de solucionar conflitos e proteger a esfera jurídica de quem tem razão -, é certo que, no plano das regras do procedimento, se estabelece uma controversa relação de complementação, visto que as frequentes lacunas do processo do trabalho devem ser integradas por normas do “processo comum”.<sup>38</sup>

Com o propósito de ser simples e, portanto, acessível, rápido e eficiente, o processo do trabalho não regula temas essenciais ao exercício da jurisdição, o que acarreta uma significativa dependência do processo comum. Tanto na doutrina como na jurisprudência é pacífico o cabimento da aplicação ao processo do trabalho de um alargado conjunto de regras do processo civil sobre pedido, contestação, antecipação de tutela, litisconsórcio, assistência, regime de produção de provas, extensão e profundidade dos efeitos dos recursos, limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, eficácia preclusiva da coisa julgada, ação rescisória, ação declaratória, matéria de embargos à execução, embargos de terceiro, poder geral de cautela.

Nesses casos, a aplicação do processo civil decorre de um *imperativo jurídico*. Pese

38 Sobre o conceito de “processo comum”, ver nota n. 8.

embora a omissão do processo do trabalho em se ocupar desses temas ao detalhe, impõe-se que os valores contidos nos princípios constitucionais, sobre os quais se estrutura o processo judicial em sua unidade, notadamente o acesso à justiça e o devido processo legal, prevaleçam na disciplina concreta, prática, cotidiana de um determinado processo judicial.

Em outros casos, a aplicação do processo comum justifica-se por um *juízo de conveniência*. Conquanto não haja um imperativo jurídico que imponha a aplicação do processo comum, tal como sucede em temas fundamentais para o exercício da jurisdição, como o regime da coisa julgada, a aplicação do processo civil justifica-se por um juízo de aprimoramento do processo do trabalho, como ocorre, por exemplo, com as figuras da reconvenção e da denunciação da lide, que, embora admitidas pela jurisprudência, poderiam ser excluídas do processo do trabalho em nome da celeridade, uma vez que podem ser comodamente substituídas pela via da “ação autônoma de regresso”.<sup>39</sup>

Desde os anos 1940, quando ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1939, a norma de regência para a aplicação subsidiária do processo civil é o artigo 769 da Consolidação: “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>40</sup>

39 Nessa linha, o *caput* do art. 125 do Código de 2015 acaba com a obrigatoriedade da denunciação da lide, prevista no artigo 70 do Código de 1973, e torna-a facultativa, ressalvando no parágrafo 1º a via da ação autônoma de regresso “quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida”.

40 A interpretação da regra do artigo 769 da Consolidação é objeto de disputa por duas correntes: a

De maneira analítica, a aplicação subsidiária do processo civil justifica-se pelo binômio “omissão + compatibilidade”: *i)* *omissão* do processo do trabalho (“Nos casos omissos...”) e *ii)* *compatibilidade* com o regime do processo do trabalho (“...o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”).

Dois desafios interpretativos são corriqueiros na dinâmica do processo do trabalho. O primeiro é distinguir as “verdadeiras lacunas” das “falsas lacunas”, também conhecidas como “silêncio eloquente”. No primeiro caso, em nome da simplicidade do procedimento, a lei apenas relega ao processo comum a disciplina pontual de determinadas matérias; no segundo caso, o sistema jurídico deliberadamente deixa de disciplinar determinada situação exatamente para excluir

.....  
*tradicional* e a *reformista*. Amparada na letra do artigo 769 da Consolidação, a corrente *tradicional* defende que a aplicação do processo comum depende de duas premissas: *i)* a omissão do processo do trabalho em cuidar de determinada situação processual e *ii)* a compatibilidade da norma de processo comum com o procedimento do processo do trabalho. A corrente *reformista* opõe-se afirmando que a utilização conjugada das ideias de *omissão* e de *compatibilidade* tende a levar a um bloqueio exagerado na relação do processo do trabalho com o processo comum, pelo que a aplicação do processo comum deve ser orientar não por uma “compatibilidade formal” com as normas do processo do trabalho, mas com seus “princípios informadores” e com seus “objetivos institucionais”. Assim, independentemente da compatibilidade com as regras de procedimento, seria legítima a aplicação de toda norma do processo comum que suponha uma “abreviação” ou “simplificação” do processo do trabalho, que busque dinamizá-lo com o propósito de lhe conferir maior eficiência. Sobre o tema, ver o nosso “Aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho”, in *Curso de Direito do Trabalho*, III, coordenação de Jorge Luiz Souto Maior e Marcos Orione Gonçalves Correia, São Paulo, LTr, 2009, e MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO, “As transformações do CPC e sua repercussão no processo do trabalho”, cit.

a aplicação do processo comum.

Além da chamada “lacuna normativa”, que significa a ausência de norma específica para regular determinada situação, a doutrina mais recente menciona a “lacuna axiológica”, que representa a ausência de norma justa para a solução de um caso específico - embora exista um preceito normativo específico, sua aplicação levaria a um resultado injusto ou insatisfatório -, e a “lacuna ontológica” - apesar da existência de norma específica para o caso, ela perdeu atualidade em virtude da evolução das relações sociais.<sup>41</sup>

Identificada a omissão, o segundo desafio interpretativo, não menos polêmico, é encontrar a solução mais adequada para a integração da lacuna. Nesses casos, a aplicação do processo civil legitima-se pela “compatibilidade” com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho, na linha do que dispõe o artigo 769 da Consolidação - “... exceto naquilo que for incompatível *com as normas deste Título*” -, que é o Título X da Lei, que se ocupa do “Processo Judiciário do Trabalho”.

O juízo de “compatibilidade” deve ser formulado em face da lógica formal dos procedimentos e não de “objetivos” ou “princípios” do processo do trabalho, que, em essência, são os mesmos dos demais ramos do direito processual. O que a doutrina aponta como “princípios” do processo do trabalho são,

41 Sobre as variadas espécies de lacunas, ver MARIA HELENA DINIZ, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1994, P. 97. Sobre a aplicação ao processo do trabalho, ver LUCIANO ATHAYDE CHAVES, “As lacunas no Direito Processual do Trabalho”, in *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*, org. Luciano Athayde Chaves, São Paulo, LTr, 2007, p. 52-96.

na verdade, “regras” de procedimento ligadas à oralidade e que estão presentes em outros campos do processo civil, como, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais, que se destinam à proteção de direitos tão relevantes quanto os que emergem da relação de emprego, como são os benefícios previdenciários e a remuneração de servidores públicos,<sup>42</sup> de modo que não prevalecem perante os princípios constitucionais que governam o direito processual em sua unidade, incluído o processo do trabalho.

## 6. O art. 15 do novo Código de Processo Civil: a aplicação “subsidiária” e “supletiva” do processo civil ao processo do trabalho.

Certamente com o propósito de reforçar a segurança jurídica na relação entre o processo civil e os processos especiais, em particular com o processo do trabalho,<sup>43</sup> o artigo 15 do novo Código de Processo Civil fixou que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

À partida, não há contradição com o artigo 769 da Consolidação, o que exclui a hipótese de revogação. O artigo 15 do novo Código dispõe sobre a aplicação do processo civil aos *processos especiais* – isto é, “processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos” -, sem se referir exclusivamente ao processo do trabalho, o que significa que possui a natureza

42 Ver Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

43 Cf. PAULO CESAR PINHEIRO CARNEIRO, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

de “lei geral”, que, em virtude do atributo de generalidade, não revoga a “lei especial” anterior, conforme resulta do disposto no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>44</sup>

Se não houve revogação integral, cumpre indagar se houve revogação parcial do artigo 769. Por esse ângulo, a comparação entre as normas mostra coincidência quanto ao critério de *omissão* - “Nos casos omissos...” (CLT, art. 769) e “Na ausência de normas que regulem processos...” (NCPC, art. 15). As diferenças surgem em relação: *i*) à *forma de aplicação do processo civil* - a Consolidação menciona somente a aplicação “subsidiária”, ao passo que o novo Código de Processo Civil acrescenta a hipótese de aplicação “supletiva” -, e *ii*) à *exigência de “compatibilidade”* - o novo Código nada dispõe a respeito, enquanto que a Consolidação condiciona a aplicação do processo civil à “compatibilidade” com o processo do trabalho (“... exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título”).

A propósito da “compatibilidade”, o silêncio do artigo 15 é irrelevante. Como tem a natureza de “regra geral”, a norma do novo Código cede passo à “regra especial” do artigo 769 da Consolidação, que subordina a aplicação do processo comum à “compatibilidade” com

44 “Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali” (‘a lei geral posterior não derroga a lei especial anterior’) é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar, por si só, a queda da autoridade da prescrição especial vigente... Em princípio não se presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto. Incumbe, entretanto, ao intérprete verificar se a norma recente eliminou só a antiga regra geral, ou também as exceções respectivas” (Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 360).

o processo do trabalho.<sup>45</sup> Nem poderia ser diferente. Se o requisito da “compatibilidade” fosse desnecessário, estaríamos diante da revogação integral não apenas do artigo 769, mas de todo o processo do trabalho, o que evidentemente não é o caso.

Daí que a alteração trazida pelo artigo 15 do novo Código resume-se ao acréscimo do vocábulo “supletivo” a par da tradicional fórmula de aplicação “subsidiária”. Tomando-se em consideração o cunho vernáculo das palavras, até seria possível defender uma sinonímia.<sup>46</sup> À objeção de que a lei não contém palavras inúteis, valeria lembrar que o preceito não é absoluto.<sup>47</sup> O próprio Código de 1973 tem exemplos que o desmentem, mostrando que nem sempre as palavras podem ser interpretadas por seu valor de face. O artigo 268 diz que “O pedido deve ser certo *ou* determinado”, embora a doutrina sempre tenha entendido a conjunção alternativa “ou” pela aditiva “e”, que é exatamente o contrário do que está escrito.<sup>48</sup> Em outro trecho, o

45 Cf. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de processo civil comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 232.

46 Nesse sentido, o significado jurídico de “subsidiário” apontado por DE PLÁCIDO E SILVA: “Do latim *subsidiarius* (que é de reserva, que é de reforço), na linguagem vulgar designa o que vem *em segundo lugar*, isto é, é *secundário*, *auxiliar*, ou *supletivo* (grifei). Nesta razão, o que se mostra *subsidiário*, como secundário, revela, ou pressupõe, o *principal*, a que vem, conforme as circunstâncias, *auxiliar*, *apoiar*, ou *reforçar*” (Cf. *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, IV, p. 278).

47 Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., p. 251.

48 “A certeza e a determinação não são sinônimos, nem requisitos alternativos. A partícula ‘ou’, dessa forma, deve ser entendida como ‘e’, de tal modo que todo pedido

inciso VIII do artigo 485 dispõe que a *sentença de mérito* pode ser objeto de ação rescisória quando houver fundamento para invalidar a “desistência”. Ocorre que a sentença que homologa a “desistência” não faz coisa julgada material, pelo que o vocábulo “desistência” sempre foi entendido como “renúncia”, já que o texto inspirou-se no Código de Processo Civil de Portugal, em que “desistência da instância” correspondia à nossa “renúncia”.<sup>49</sup> Ainda no campo da ação rescisória, a hipótese do inciso IX do artigo 485 – “[sentença de mérito] fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa” – apenas adquire sentido razoável quando a palavra “resultante” é substituída pela expressão “que transparece”, que corresponde à tradução mais adequada do verbo “risultare” contido no texto inspirado no Código de Processo Civil da Itália: “*errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa*”.<sup>50</sup>

De outra parte, é sabido que a *interpretação sistemática* sobrepõe-se à *interpretação gramatical* em termos de eficiência para apurar o exato sentido da norma. Como explica EROS GRAU, não se interpreta o direito “em tiras”, “aos pedaços”, mas no seu todo. “Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.<sup>51</sup> Mesmo com

.....  
seja sempre ‘certo e determinado’ (Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, I, 1985, p. 387).

49 Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 167.

50 *Idem*, pp. 171-172.

51 Cf. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/*

o auxílio desse método, a comparação da letra do artigo 15 com outras disposições do novo Código que empregam os vocábulos “supletivo” e “subsidiário” – artigos 196, 318, 326, além do parágrafo único do artigo 771 - mostra que não há uniformidade de sentido que elimine as dúvidas semânticas e permita aportar num significado inequívoco para esses dois termos.

Entretanto, apesar dos sinais de uma possível sinonímia, é aconselhável seguir a lição da Hermenêutica clássica. Como ensina CARLOS MAXIMILIANO, “na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último”.<sup>52</sup> Adotado esse caminho, começemos pelas explicações do legislador. Em emenda ao artigo 15, o Deputado Federal REINALDO AZAMBUJA justificou a distinção entre “supletivo” e “subsidiário”. Argumentou que, com frequência, os termos tem sido usados como sinônimos, quando, na verdade, não o são. Segundo o parlamentar, a *aplicação subsidiária* visa aplicação do processo civil de modo a preencher as lacunas dos

.....  
*aplicação do direito*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 40.

52 “Se de um trecho não se colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apegar o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos da a dar o verdadeiro alcance da norma. Bem avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica nestes termos: ‘deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula ou sentença’. Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo de seus autores. Todavia é possível e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último. Quando, porém, o texto é preciso, claro o sentido e o inverso se não deduz, indiscutivelmente de outros elementos de Hermenêutica, seria um erro postergar expressões, anular palavras ou frases, a fim de tornar um dispositivo aplicável a determinada espécie jurídica (Cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., p. 251).

processos especiais, enquanto que a *aplicação supletiva* ocorre quando uma lei complementa a outra.<sup>53</sup>

Alinhada com esse entendimento, embora focada no campo dos negócios jurídicos privados, encontramos a doutrina de JOSÉ TAVARES BORBA, para quem a *aplicação subsidiária* significa a integração da legislação para preencher as lacunas com preceitos imperativos, ao passo que a *aplicação supletiva* destina-se a incidir naquelas hipóteses dispositivas em que o contrato poderia ter regulado a matéria.<sup>54</sup>

No plano do Direito Processual, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO assinala que “existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto”. Acrescenta que, “na prática, tem-se confundido a etimologia destas palavras, aplicando, uma ou outra, nos dois sentidos”, como mostra a regra do artigo 769 da Consolidação.<sup>55</sup>

O confronto dessas notas com a jurisprudência dos tribunais do trabalho permite uma primeira aproximação ao sentido do artigo 15 do novo Código. Já foi visto que o processo civil tem aplicação ao processo do trabalho em duas situações: quando há um *imperativo*

*jurídico de integração* destinado à superação de uma “lacuna” e quando está em causa um *juízo de conveniência* voltado ao aprimoramento do processo do trabalho perante os princípios do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*.

A primeira hipótese visa à integração de “lacuna” em matérias essenciais ao exercício da jurisdição, como o regime de coisa julgada, em que a aplicação do processo civil sempre foi obrigatória. Na segunda hipótese, embora não haja “lacuna”, a aplicação do processo civil passa a ser obrigatória se existir compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho, o que exclui o escrutínio de compatibilidade com “objetivos” ou “princípios” do processo do trabalho.

Se prestigiarmos o sentido como o vocábulo é empregado na jurisprudência dos tribunais do trabalho, podemos avançar que haverá “aplicação subsidiária” quando estiver em causa um *imperativo jurídico de integração*, ao passo que haverá “aplicação supletiva” quando, suposta a compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos, estiver presente um *juízo de conveniência* voltado ao aprimoramento do processo do trabalho à luz da Constituição e em conformidade com a pauta de valores estabelecida pelo novo Código de Processo Civil. Como bem percebeu CÉLIO HORST WALDRAFF, “no caso de subsidiariedade, há lacuna completa; no caso de supletividade, a lacuna é parcial”.<sup>56</sup>

53 <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/922280>, acesso em 15 de março de 2015.

54 Cf. Direito societário, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 121-123.

55 Cf. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 94.

56 Cf. “A aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo do trabalho”, in *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, n. 39, cit., p. 88.

## 7. Segue: vantagens e aplicações da distinção trazida pelo artigo 15 do novo Código de Processo Civil.

Ainda que o artigo 15 do novo Código não signifique uma novidade na forma como a jurisprudência admite a aplicação do processo comum ao processo do trabalho, visto que o sentido de “supletivo” já está abrangido na maneira ampla como se interpreta a aplicação “subsidiária”, é inegável que a inovação, para além de seu sentido prescritivo, exprime valiosa forma de sistematização de um antigo costume na Justiça do Trabalho.

Ao explicitar a exigência de aplicação do processo civil tanto em caso de *necessidade* de integração da lacuna como em caso de *conveniência* para o aprimoramento do processo do trabalho, diferença sobre a qual não se tinha clara consciência, muito embora comum no cotidiano forense, será possível aportar em aplicação mais criteriosa do processo civil, o que vai ao encontro do princípio da segurança jurídica.

Nesse esforço de busca por precisão conceitual – “mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência pelo refinamento maior ou menor de seu vocabulário específico” –,<sup>57</sup> é possível dizer que a “aplicação

57 “Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados sem inclusão em uma estrutura adequada, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim. À medida que a ciência jurídica se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vai sentindo os reflexos dessa evolução, tornando-se mais minucioso e apurado” (Cf. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, “Vocabulário de direito processual”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 136-137).

supletiva” envolve casos em que, apesar de não existir propriamente uma “lacuna”, que é o que justifica a “aplicação subsidiária”, também não se configura o “silêncio eloquente”. São situações intermédias em que o processo do trabalho mostra-se operacional mesmo sem a aplicação do processo comum, como ilustram as mencionadas hipóteses da reconvenção e da denúncia da lide. Ainda assim, por opção do legislador do Código de 2015, configura-se a “omissão” que, em nome de um dado juízo de aprimoramento dos processos especiais, torna obrigatória a aplicação do processo civil.

Em contrapartida a essa abertura, do imperativo de segurança jurídica veiculado pelo novo Código decorre a exigência de “compatibilidade” com a lógica formal do procedimento do processo do trabalho, o que exclui a *aplicação* ou o *afastamento* do processo civil por parâmetros subjetivos e de duvidosa cientificidade como “princípios informadores” ou “objetivos institucionais” do processo do trabalho.

Portanto, para o bem ou para o mal, descarta-se qualquer hipótese de “aplicação supletiva” do processo civil quando não existir “compatibilidade” com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho. Sendo assim, não se aplica a norma contida no artigo 219 do novo Código, que fixou a contagem de prazos apenas em dias úteis, uma vez que conflita com o critério do artigo 775 da Consolidação.<sup>58</sup> Também não tem aplicação o

58 Em sentido contrário: PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 95.

artigo 459 do novo Código de Processo Civil, que permite aos advogados formular as perguntas diretamente às testemunhas, já que o artigo 820 da Consolidação tem disposição diferente sobre a matéria.<sup>59</sup>

Por igualdade de motivos, não subsiste justificativa para aplicação da multa prevista no parágrafo 1º do artigo 523 do novo Código, que corresponde ao antigo artigo 475-J do Código de Processo Civil, simplesmente porque, pese eventual conveniência para a efetividade da execução, não há compatibilidade lógico-formal com o procedimento que a Consolidação estabeleceu para a fase de execução no processo do trabalho.<sup>60</sup>

De outro lado, há temas estruturantes do sistema processual que, situados no plano do “modelo constitucional de processo”, afetarão o processo do trabalho por meio da *aplicação subsidiária* ou, no limite, por *aplicação supletiva* do processo civil. Nesse sentido, a força atribuída à garantia do contraditório, que se irradia por todo o sistema processual como expressão do princípio do devido processo legal.<sup>61</sup>

59 “Art. 820. As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos juízes classistas, seus representantes ou advogados”.

60 Sobre a incompatibilidade da aplicação de regra com a estrutura lógico-formal do procedimento de execução do processo do trabalho, ver, por todos, ESTÊVÃO MALLETT, “O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil”, Revista LTr, vol. 70/6, 2006, p. 670. No mesmo sentido, a Súmula n. 31 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região: “Multa do art. 475-J do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade ao processo do trabalho. A multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil não é aplicável ao Processo do Trabalho”.

61 Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, cit., pp. 46-48.

Ao proibir a chamada “decisão-surpresa”, aquela proferida sem que as *partes* tenham a prévia oportunidade de se manifestar,<sup>62</sup> a norma do artigo 10 do novo Código assegura também aos *terceiros* a oportunidade de manifestação antes de eventual decisão que possa vir a afetá-los, o que, no fundo, nada mais é do que efetivação do princípio do devido processo legal, pelo qual, por definição, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem oportunidade de participar da formação da convicção de um juiz independente e imparcial.

Nessa linha de valorização do contraditório, tem particular importância para o processo do trabalho a regra contida no artigo 18 do novo Código que, com pequena diferença de linguagem, praticamente reproduz a regra de legitimação do velho artigo 6º do Código de 1973 - “Ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado *pelo ordenamento jurídico*” - mas acrescenta, no parágrafo único, que, “Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

O objetivo da novidade é assegurar o *contraditório* ao terceiro que, embora não seja *sujeito* do processo, é *sujeito* da relação jurídica controvertida.<sup>63</sup> Como a garantia do

62 *Idem*, p. 47.

63 Conforme a lição de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que reproduz o entendimento uniforme da doutrina, o conceito de *terceiro* é obtido em contraposição ao conceito de *parte*, que, na conhecida definição de ENRICO TULLIO LIEBMAN, é o *sujeito do contraditório instaurado perante o juiz* (Cf. *Manual de direito processual civil*, trad. Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Forense, 1985, p. 89). “No plano do direito processual, o conceito de terceiro terá de ser encontrado por *negação*. Suposta uma relação jurídica processual pendente entre A, como autor, e B, como réu, apresentam-se como terceiros C, D,

contraditório exprime-se no binômio “ciência necessária + reação possível”, é obrigatório que o titular da relação jurídica controvertida seja informado da instauração do processo (“ciência necessária”) para que possa escolher um de três caminhos (“reação possível”): *i*) ignorar a comunicação e consentir com os resultados do processo sobre sua esfera jurídica, o que legitima a vinculação a um julgado negativo; *ii*) pedir a exclusão do processo, com o que não será beneficiado nem prejudicado pelo resultado do processo, ou *iii*) intervir como assistente litisconsorcial para exercer sua própria defesa no processo instaurado pelo substituto processual.

Em face do alcance da norma, é legítimo dizer que, com uma fórmula discreta, o novo Código adotou os mecanismos da “fair notice” (“ciência necessária”) e do “right to opt out” (“reação possível”) do regime da *class action* do direito norte-americano,<sup>64</sup> com o que se eliminam antigas dúvidas sobre a constitucionalidade da sujeição do substituído ao julgado negativo formado em processo para o qual não foi oficialmente comunicado.<sup>65</sup>

.....  
E etc., ou seja, todos os que não forem partes no processo pendente” (Cf. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Intervenção de terceiros*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 49). Portanto, *terceiro* é aquele que não é parte no processo e *parte* é quem participa do contraditório instaurado perante o juiz, condição esta que o autor adquire por meio da *demand*, o réu da *citação* e o terceiro da *intervenç*o. Assinale-se que o conceito de *parte* é “puramente processual”, uma vez que prescinde de qualquer cogitação no plano da *legitimidade*, isto é, da maneira como se desenvolveu eventual relação jurídica no plano do direito material (Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 276).

64 Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “Class action” e mandado de segurança coletivo, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 23-28.

65 Cf. EDUARDO TALAMINI, *A coisa julgada e sua*

Sublinhe-se que a hipótese do parágrafo do artigo 18 diz respeito apenas e tão-somente à defesa de *direitos individuais heterogêneos*, assim definidos como aqueles em que as questões individuais a cada substituído prevalecem sobre as questões comuns a todos.<sup>66</sup> A regra não se aplica à substituição processual para a defesa de *direitos individuais homogêneos*, que não é regida pelo Código de Processo Civil, mas pelo “processo coletivo comum”, cuja base é formada pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>67</sup>

Em razão da inovação do parágrafo do artigo 18, doravante a petição inicial da demanda ajuizada por entidades sindicais para a defesa de direitos individuais heterogêneos deverá ser acompanhada pela relação dos substituídos, condição necessária para que possam ser *identificados* e *comunicados* da instauração do processo de forma a exercerem o direito ao contraditório da maneira como julgarem mais adequada. O mesmo raciocínio aplica-se à *ação de liquidação por artigos* da sentença genérica proferida na defesa de direitos individuais homogêneos, cujo objeto configura hipótese de direito individual heterogêneo.<sup>68</sup>

.....  
*revisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 113-114.

66 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira”, in *Ação civil pública: 15 anos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

67 Cf. ELTON VENTURI, *Execução da tutela coletiva*, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 40-43.

68 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “As três figuras da liquidação de sentença”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1255. Em linhas gerais, foi o que defendemos em “Questões atuais sobre a substituição processual”, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 74-3, 2008, pp. 93-104.

Outro efeito derivado do “modelo constitucional de processo” é o “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”, cuja compatibilidade com o processo do trabalho é confirmada pela Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que, em seu artigo 68, reproduz o mesmo cuidado com o contraditório e com a segurança jurídica contido no método agora delineado pelos artigos 133 a 137 do novo Código.<sup>69</sup> Além de compatível com o processo do trabalho, a novidade aplica-se também a situações análogas em que terceiros podem ter seus patrimônios diretamente atingidos pela decisão judicial, como é o caso da *sucessão de empregador* e do *grupo de empresas* reconhecidos apenas na fase de execução.

Por esse enfoque, não se justifica a recusa à aplicação do Incidente a pretexto de assegurar a “surpresa” do terceiro, mesmo que em nome da ampliação da probabilidade de afetar patrimônio à execução. Em sintonia com o artigo 10 do Código de 2015, o objetivo da inovação é justamente evitar essa “surpresa” para quem não é sujeito do processo, em ordem a equacionar a efetividade da tutela

69 **Art. 68.** Ao aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências: I - determinar a reatuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista; II - comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões no Judiciário do Trabalho a inclusão do sócio no pólo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso; III - determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 596 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência ou não da sua responsabilidade executiva secundária.

jurisdicional com a segurança jurídica que deriva das garantias do devido processo legal.<sup>70</sup>

De todo modo, não se exclui a necessidade de adaptações de maneira a respeitar as especificidades dos procedimentos do processo do trabalho, como faz sugerir a Instrução Normativa n. 27 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em semelhante momento de transição com o objetivo de esclarecer as regras procedimentais a que deveriam se submeter os processos que foram deslocados da competência da Justiça Comum para a da Justiça do Trabalho por força da Emenda n. 45.

As dúvidas envolvem matérias sensíveis, como, por exemplo, o prazo para resposta do réu, que no regime do processo do trabalho é de cinco dias (CLT, art. 841, “in fine”),<sup>71</sup> em vez dos 15 dias previstos no artigo 135 do novo Código.<sup>72</sup> Outro ponto que justifica reflexão é a previsão de imediata impugnação da decisão que acolhe a desconsideração (NCPC, art. 136),<sup>73</sup> o que contraria a regra de irrecorribilidade imediata

70 “A norma [art. 10] exige que as *partes* sejam ouvidas previamente. É possível interpretar a palavra mais amplamente para se referir aos terceiros, assim entendido também o Ministério Público quando atuante na qualidade de fiscal da ordem jurídica? A resposta só pode ser *positiva* porque, a insistência nunca será demasiada, o contraditório deriva diretamente do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, sendo mera expressão redacional sua a contida no dispositivo anotado” (Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 48).

71 **Art. 841** - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

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

73 **Art. 136.** Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

das decisões interlocutórias em incidentes do processo do trabalho (CLT, art. 893, § 1º).<sup>74</sup>

Nesse quadro, é razoável defender que o prazo para resposta seja de 5 dias e que a decisão que admite a desconsideração não possa ser impugnada de imediato, o que permitirá ordenar ao sócio o imediato pagamento ou a garantia da execução, na forma do artigo 880 da Consolidação, relegando-se para após os embargos à execução a oportunidade para o recurso (CLT, art. 884, “caput”), assim como já sucede com o agravo de petição contra a sentença de liquidação.<sup>75</sup>

Está descartada, contudo, a possibilidade de instauração do Incidente por iniciativa do juiz. A regra do artigo 765 da Consolidação restringe-se ao *impulso oficial*.<sup>76</sup> Não prevalece sobre o postulado de *iniciativa de parte*, abrigado no princípio do acesso à justiça e reproduzido no artigo 133 do Código de 2015.<sup>77</sup> A finalidade da legitimação do credor é justamente excluir a iniciativa oficial para o fim de reforçar a *imparcialidade* do julgamento, elemento

essencial para concretizar o direito ao *processo justo*, que estaria ameaçado se o mesmo sujeito que instaura o incidente pudesse também julgá-lo.

Não é demais lembrar que o processo é um método dialético de debate que envolve três personagens: *juiz*, *autor* e *réu*. Sem essa dialética, não existe processo no sentido *democrático* da expressão. Com a instauração do Incidente por iniciativa oficial, os litigantes, em vez de participar da formação da convicção de um juiz imparcial, seriam reduzidos à condição de figurantes de um espetáculo em que o julgamento não é a síntese do embate de vontades contrapostas, como acontece no *processo de partes ou de ação*, mas o corolário do arbítrio solitário de uma única vontade, que encena o processo como um artifício formal destinado a oferecer uma ilusória justificação retrospectiva de uma decisão já tomada *a priori*.<sup>78</sup>

## 8. Conclusão: o artigo 15 do novo Código de Processo Civil e a crise da autonomia do processo do trabalho

Assim como acontece em outros países, também entre nós a autonomia do processo do trabalho frente ao processo civil está em crise, por um motivo *sistemático* e por um motivo *axiológico*.<sup>79</sup>

74 **Art. 893** - Das decisões são admissíveis os seguintes recursos: (...)

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

75 Por todos, ver MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, *Execução no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 2005, pp. 356-357.

76 **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.

77 **Art. 133**. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

78 Cf. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, in *Estudios de teoría general e historia del proceso*, II, México, UNAM, 1992, pp. 245-292; PIERO CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere Giuridiche*, I, Napoli, Morano Editore, 1965, pp. 678-689.

79 Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO,

Do ponto de vista *sistemático*, a “simplicidade” que impõe a aplicação subsidiária abrandou ao longo do tempo a fronteira com o processo civil, favorecendo uma aproximação pela qual o processo do trabalho vem se beneficiando da evolução do processo civil nas últimas décadas.

Do ponto de vista *axiológico*, os atributos que diferenciavam o processo do trabalho foram gradativamente incorporados pelo processo civil,<sup>80</sup> resultado da tendência de “socialização” desencadeada pelo próprio processo do trabalho na primeira metade do século XX, o que também reduziu a distância entre um e outro.<sup>81</sup>

Em consequência dessa aproximação, é legítimo dizer que não se descortinam mais “eixos valorativos”, “objetivos institucionais” ou “princípios informadores” que diferenciem o processo do trabalho do processo civil, que, cada vez mais, configura-se como um “processo especial” vinculado ao processo civil.<sup>82</sup>

Cumpra-se a previsão de RAMIRO PODETTI, que, no contexto das transformações que sucederam à Segunda Guerra, calculou que o processo civil e o processo do trabalho “marchavam para um futuro comum”,<sup>83</sup> o que

.....  
 “Processo do trabalho: autonomia ou especialidade em relação ao processo civil”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, VI, Lisboa, Almedina, 2012, pp. 21-31.

80 *Idem*, p. 30.

81 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Processo trabalhista e processo comum”, cit., pp. 124-125

82 Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Processo do trabalho: autonomia ou especialidade em relação ao processo civil”, p. 31.

83 “Eu não creio na sua autonomia [do processo do trabalho], porque os princípios que o presidem poderão,

afinal se confirmou pela conjugação de fatores como a crise do positivismo jurídico, os estudos constitucionais do processo e o movimento de acesso à justiça.

Agora, o artigo 15 do novo Código reforça a convergência do processo do trabalho para o “modelo constitucional de processo”, o que, sem embargo da identidade do processo do trabalho, exprime um ajuste no equilíbrio entre *direitos de liberdade* e *direitos sociais*, que, em essência, é a marca axiológica do Estado democrático de direito.<sup>84</sup>

Publicado originalmente na Revista “Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior”, vol. 39, 2015.

.....  
 também, aplicar-se ao processo comum, com levíssimas variações de intensidade e é de se esperar que assim suceda no futuro. Eu vejo nosso processo comum e nosso processo laboral, tão díspares no momento presente, marchando para um futuro comum, pela assimilação, por parte daquele das conquistas deste” (Cf. *Tratado del proceso laboral*, cit., p.107).

84 O Estado democrático conjuga o *individualismo*, no sentido filosófico, compreendido como a prioridade dos valores humanos, com o *universalismo*, pautado pela democracia. Na lição de FRANCISCO AMARAL, “Chega-se a uma posição de síntese, com o homem no centro e como destinatário da ordem jurídica. Não mais como indivíduo, mas como pessoa integrada no meio social, interessada na realização do bem comum, com a ajuda do Estado. E como valores fundamentais do direito, a segurança e a liberdade, expressão do individual, e a justiça, o bem comum e a igualdade, expressão do social. Não mais uma oposição sistemática entre a doutrina individualista e a doutrina do direito social, mas uma influência recíproca e concorrente” (Cf. FRANCISCO AMARAL, “Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?”, in *Revista de direito civil*, n. 71, 199, p. 75).

# TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC E ATUAÇÃO EX OFFICIO DO JUIZ DO TRABALHO

Cassio Colombo Filho

*A justiça atrasada não é justiça;  
senão injustiça qualificada e manifesta.*

(Ruy Barbosa)

**Resumo:** Este artigo visa analisar as raízes das tutelas de urgência no Direito Processual Civil à luz do novo Código de Processo e sua relação com Direito Processual do Trabalho, apresentar rápida síntese da sistemática das tutelas de urgência e de evidência, sua aplicação ao Processo do Trabalho, inclusive por iniciativa judicial, independentemente de expresse requerimento da parte.

**Palavras-chave:** direito processual civil, direito processual do trabalho; autonomia; novo código de processo civil; heterointegração; tutela de urgência; tutela de evidência; tutela antecipada; tutela cautelar; direitos e garantias fundamentais; direitos sociais; direitos individuais; direitos coletivos; direitos patrimoniais; desformalização contraditório póstepicado; técnica de sumarização; incoação judicial; iniciativa *ex officio*.

## INTRODUÇÃO

A quem serve um processo judicial cheio de garantias, porém complicado e moroso?

Resposta: ao paradigma normativo do estado liberal capitalista - cidadão dotado de patrimônio - homem, branco, cristão, burguês, livre do controle ou impedimentos públicos.

Por isso os sistemas processuais foram desenvolvidos com medidas visando proteger este paradigma e sua liberdade, onde a maior preocupação sempre foi segurança jurídica, já que este tutelado tinha condições econômicas para custear e suportar a demora da demanda. As tutelas de urgência, com cognição sumária, destinavam-se apenas ao Processo Penal para garantir liberdade de “ir e vir”.

E de onde vieram tais tutelas urgentes?



.....  
Cassio Colombo Filho

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 9a Região - PR; Professor Mestre e Especialista em Direitos e Garantias Fundamentais, Teoria Crítica de Direitos Humanos, e Direito do Trabalho.

Para responder esta indagação doravante se fará uma breve retrospectiva histórica das tutelas de urgência e sua utilização no Processo do Trabalho.

## TUTELA DE URGÊNCIA E PROCESSO CIVIL UM COMEÇO NADA URGENTE

O sistema processual civil destinado à consecução das garantias individuais burguesas e declaração de direitos respectiva, era fundado na maior certeza e segurança possíveis, repudiando medidas com análise sumária de direito ou provas. Outrossim, era voltado para um público que supostamente tinha recursos bastantes para aguardar o resultado final de uma demanda.

De tudo isto pode-se resumir que o direito processual civil foi projetado para tutela de interesses individuais e patrimoniais.

A evolução gradativa das relações econômicas e sociais trouxe a necessidade das tutelas de urgência para a área cível e deu causa à evolução de conceitos como: tutela preventiva de dano em lugar de tutela meramente ressarcitória<sup>1</sup>.

Só a partir de então surge a ideia de **efetivação imediata do direito em detrimento do valor “segurança”**.

Na Europa evidencia-se isto na segunda metade do século XIX, principalmente na Itália,

1 ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: Armelin, Donald. Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Batista da Silva. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 152-176

com o Código de Processo Civil de 1865, que já previa um “Poder Geral de Cautela” com observância dos requisitos *do fumus boni juris* e *periculum in mora*.

No Brasil, o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832 previam o *habeas corpus* sendo que, na esteira de esforços doutrinários e da jurisprudência do STF, a Constituição Republicana de 1891 deu ao instituto maior extensão, assim dispondo no § 22, do art. 22:

**“dar-se-á habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.**

Diante disso, criou-se uma doutrina brasileira de ampla utilização do *habeas corpus* para obtenção de medidas de urgência fora da esfera criminal, cujo grande defensor foi ninguém menos que RUY BARBOSA :

**“o *habeas-corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas-corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”.**<sup>2</sup>

2 SOUZA. Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Pesquisado em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina\\_habbeas\\_corpus\\_177.pdf?sequence=7](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina_habbeas_corpus_177.pdf?sequence=7) acesso em 04-09-2015

Este é o início das liminares fora da esfera criminal no direito brasileiro, que acabou evoluindo para o nosso “mandado de segurança”.

O Processo Civil Brasileiro sempre acatou a possibilidade de concessão de liminares com caráter satisfativo e expressa previsão legal em: ações possessórias (proteção de patrimônio); e, ações que envolvessem prestações alimentícia; mas também as admitia em ações de mandado de segurança (garantias de cidadão contra do Estado).

Fica claro que a concentração da pressa na solução de uma demanda era apenas para *proteção patrimonial e individual*, na linha que norteou o Processo Civil do Direito Romano.

A doutrina cautelar veio para o Brasil já no século XX, com tímido início em sua metade, e consolidação nos anos 70, em decorrência da mudança dos paradigmas da concepção liberal de “igualdade material” e de “manutenção do *status quo*” que acabavam privilegiando o réu, que ficava na posse do bem, desfrutando e dilapidando-o durante o curso da discussão judicial, em detrimento dos interesses e direitos do autor.

O Código de Processo Civil de 1939 previu em seu artigo 675, aquilo que a maioria da doutrina identifica como o poder geral de cautela do magistrado:

**“Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:**

**I – quando do estado de fato da lide**

**surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;**

**II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;**

**III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.**

Já o CPC de 1973 explicitou, em seu artigo 798, o poder geral de cautela:

**“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.**

O objetivo de proteger o processo apenas mostrou-se insuficiente para garantia do resultado e efetividade, levando o direito processual a desenvolver a chamada “tutela antecipada”, implementada em 1994 com a primeira grande reforma do Código de Processo Civil de 1973, por intermédio da Lei n.º 8952, para admitir a urgência na concessão do direito de material de fundo pleiteado.

Daí para frente o conceito evoluiu para “antecipação dos efeitos da tutela”, acabou por fundir as tutelas cautelares com as antecipatórias, até chegar ao estágio atual.

## TUTELA DE URGÊNCIA E PROCESSO DO TRABALHO

### “A SOLUÇÃO NA MEDIDA”

Se o Direito do Trabalho é uma ciência muito nova, tem pouco mais de dois séculos, e surge com a intervenção do Estado para melhorar as relações entre particulares, o que se dizer do Processo do Trabalho?

Até o final do século XVIII a maioria do trabalho humano era prestado em regime escravo ou de servidão, cujos trabalhadores praticamente não gozavam de proteção social ou legal.

A popularização do trabalho livre coincide com a revolução industrial e com o desemprego por ela causado, somados aos efeitos nefastos da política liberal estatal, como mostra a história.

O melhor retrato das relações da época está estampado na preciosa obra “Germinal”, de Émile Zola, narrada com a riqueza própria do naturalismo, e que mostra as condições precárias e aviltantes que dominavam as relações de trabalho.

Até então prevalecia a política do *laissez faire* e o Estado não intervinha nas relações entre capital e trabalho.

A primeira lei trabalhista protetiva que se tem notícia no mundo ocidental é uma regra estatal britânica - *The 1802 Health and Morals of Apprentices Act* – também chamada de *PEEL’s act*, ante a proposição de Sir ROBERT

PEEL, um abastado dono de uma fábrica de algodão (*cotton mill*), na região de Lancashire, no norte da Inglaterra.

Apesar de seu caráter protetivo, tal lei não tinha o real objetivo de proteger os trabalhadores, mas sim de assegurar a concorrência e manter a fábrica de Sir PEEL no mercado.

Foi o próprio sir PEEL que em 1780, para baratear custos, iniciou a prática de empregar crianças pobres e órfãs na condição de aprendizes (*apprentices*).

Estima-se que em 1800 houvesse cerca de 20.000 *apprentices* nas *cotton mills*. Eles trabalhavam incessantemente, só parando para refeições (40 min.) e para dormir, mediante revezamento dos leitos no piso superior da fábrica, onde ficavam trancados em alojamentos mistos.

As condições trabalho eram tão ruins que um surto de gripe (*low, putrid fever, of a contagious nature*) matou quase todas as crianças da PEEL’s Mill.

Feita investigação pelo Departamento Médico de Manchester, não apuraram as causas da doença, mas fizeram as seguintes recomendações:

- parar de empregar crianças muito jovens e frágeis;
- janelas e portas deveriam ficar abertas nas horas de repouso e refeição;
- os fornos de aquecimento deveriam ter menor fluxo de ar e chaminés voltadas para fora –

evitar a fumaça forte, penetrante, e pungente;  
 - os ambientes deveriam ser limpos diariamente, com piso lavado com água sanitária;  
 - os apartamentos deveriam ser defumados com tabaco;  
 - os lavatórios deveriam ser lavados diariamente e arejados, de modo que o mau cheiro não se espalhasse pelos demais ambientes.

Sir PEEL relutava em parar de empregar tais crianças pois o custo envolvia apenas seu sustento e abrigo. Se melhorasse as condições ou empregasse adultos, não teria preços competitivos com as fábricas que o copiaram e também usavam trabalho infantil, o que certamente resultaria em insucesso nos negócios.

ROBERT OWEN era proprietário e dirigia uma fábrica têxtil diferente, em New Lanark. Ele recusava-se a empregar crianças menores de 10 anos e fornecia casas decentes e estudo aos seus trabalhadores.

OWEN persuadiu PEEL a propor ao parlamento o *Health and Morals of Apprentices Act* – que acabou se tornando a primeira iniciativa estatal para melhorar as condições de trabalho das fábricas<sup>3</sup>.

A principal finalidade do ato era legislar para os aprendizes pobres **FIXANDO A JORNADA MÁXIMA DE 12 HORAS POR DIA PARA CRIANÇAS**, e mais as seguintes medidas:

- as fábricas devem ter janelas suficientes para garantir a circulação de ar fresco;
- as paredes e janelas devem ser lavadas regularmente;
- deve haver camas separadas para ambos os sexos;
- não devem ser acomodadas mais que duas crianças por cama;
- cada criança deve receber pelo menos duas mudas de roupa, e pelo menos uma deve ser trocada a cada ano;
- nos primeiros quatro anos de aprendizagem a criança deve ser instruída para ler, escrever e fazer operações aritméticas;
- nos domingos deve haver educação religiosa cristã por pelo menos uma hora, conduzida pelo ministro anglicano local.

Empregadores que descumprissem tais regras ficariam sujeitos a multas de 2 a 5 Libras, só que não havia fiscalização na época...

De todo o exposto a conclusão é que na primeira lei trabalhista o objetivo principal era assegurar competitividade aos proprietários de indústrias e, por reflexo, deveria melhorar as condições de saúde e higiene daqueles pequenos trabalhadores órfãos e desprotegidos. Tal regra, infelizmente, foi ineficaz.

Este breve e dramático relato tem um objetivo ligado ao Processo do Trabalho, cuja finalidade não é outra senão a de assegurar o cumprimento do Direito do Trabalho.

Se se fosse judicializar a questão dos *apprentices* ingleses, já que os empregadores não cumpriram espontaneamente as regras, qual seria a medida cabível?

3 The 1802 Health and Morals of Apprentices Act  
 Pesquisado em <http://www.historyhome.co.uk/peel/factmine/1802act.htm> acesso em 05-09-2015

Claro que tais crianças não tinham maturidade ou autonomia para demandar em juízo, pelo que a tutela cabível seria uma medida destinada à tutela de direitos coletivos, sociais, ligados à higiene e segurança do trabalho, mediante propositura pelo Ministério Público ou entidade de classe, e com pedido de liminar para assegurar a sobrevivência dos aprendizes e minimizar os danos ao seu crescimento.

Ou seja, para fazer valer a primeira regra trabalhista seria necessária uma demanda de direitos coletivos e interesses sociais, com pedido liminar e solução rápida.

E aqui se estabelece a grande e fundamental diferença entre o Processo do Trabalho e o Processo Civil, pois enquanto este foi concebido para proteger interesses *individuais e patrimoniais*, o trabalhista veio para atender direitos *coletivos e sociais*.

Para tais fins, o processo demanda respostas rápidas, após análises sumárias, pois a segurança jurídica sucumbe à necessidade de atender as urgentes e vitais demandas sociais.

Logo, a tutela de urgência “cai como uma luva” no Processo do Trabalho.

## **PROCESSO DO TRABALHO + PROCESSO CIVIL = MISTURA**

### **(E NÃO UMA SOLUÇÃO)**

Do mesmo modo que na química o clássico exemplo de que água e óleo não se unem, e, portanto, não formam uma solução e sim uma mistura, isto também se dá entre o

Processo do Trabalho e o Processo Civil, pois cada um mantém suas características básicas, sem perder a identidade, unindo-se apenas pelas superfícies de contato entre eles.

Esta conclusão científica decorre das constatações do Prof. WAGNER GIGLIO ao proceder ao exame da realidade brasileira: - no Brasil há autonomia doutrinária e jurisdicional, carecendo de autonomia didática e legislativa; - reconhece-se também autonomia científica, com institutos próprios (decisões normativas e todas as suas implicações nas negociações coletivas; outorga generalizada de *jus postulandi*; eliminação de recursos no rito sumário; organização judiciária com 3 graus); princípios próprios (protetor, jurisdição normativa, despersonalização do empregador, simplificação procedimental e princípios ideais, como, extrapetição, iniciativa extraparte, coletivização das ações individuais); fins próprios (atuação prática do direito material, mediante compensação da inferioridade econômica, da desigualdade subjetiva do trabalhador enquanto perdura o vínculo empregatício, com superioridade jurídica; celeridade do procedimento, ante a urgência ditada pela necessidade de satisfação econômica de direitos, em grande parte de natureza alimentar, como também em decorrência de imperativos sociais e políticos; fins do processo coletivo do trabalho)<sup>4</sup>.

Além da autonomia do Direito Processual do Trabalho está demonstrado

4 GIGLIO, Wagner D. e CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88/89.

que suas finalidades e métodos divergem sobremaneira dos do processo civil, sendo possível sistematizar-se o seguinte resumo:

PROCESSO CIVIL	PROCESSO DO TRABALHO
Instrumental ao direito civil	Instrumental ao direito do trabalho
Tutela de interesses individuais	Tutela de interesses coletivos e individuais
Proteção de direitos patrimoniais	Proteção de direitos sociais
Paradigma tutelado – homem, ocidental, branco, proprietário, livre de impedimentos	Paradigma tutelado – ser humano, com poucos recursos materiais e financeiros
Objetivo: manutenção da ordem	Objetivo: melhoria da condição social dos trabalhadores

Talvez o grande erro advenha já desde os bancos escolares, já que nas faculdades de direito dedica-se grande parte do programa ao ensino do Direito Processual Civil, com pelo menos dois anos de aulas, e uma pequena parcela (um ou dois semestres) ao Direito Processual do Trabalho.

E mais, como primeiro se estuda Processo Civil, a abordagem do Direito Processual do Trabalho normalmente está

ligada à ótica do Processo Civil, como se fosse uma ciência a ela ligada ou dependente.

Concluindo, deve-se ter muito cuidado para importar as regras de Processo Civil para o Processo do Trabalho, pois como já demonstrado, são ciências com fins e métodos próprios, já que seu surgimento emerge de necessidades e situações bastante distintas.

## A HETEROINTEGRAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO

Apesar da água e óleo não se misturarem, as superfícies do Direito Processual do Trabalho e do Processo Civil têm grandes pontos de contato, principalmente nas tutelas de urgência, como demonstro a seguir.

As tutelas de urgência não são novidade no Processo do Trabalho, e apesar de poucas previsões expressas, estas sempre se mostraram eficazes, inclusive quanto à satisfatividade nos direitos materiais pleiteados.

Veja-se o exemplo das expressas possibilidades de liminares, inicialmente identificadas como providências cautelares:

**CLT Art. 659** - Competem privativamente aos Presidentes das Juntas, além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições: ... (*omissis*)

... IX - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 desta Consolidação. (incluído pela

Lei nº 6.203, de 17.4.1975)

X - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador. (incluído pela Lei nº 9.270, de 1996)

Por outro lado, o Direito Processual do Trabalho sempre contou com expressa hipótese de antecipação dos efeitos da tutela de mérito:

**CLT Art. 39** - Verificando-se que as alegações feitas pelo reclamado versam sobre a não existência de relação de emprego ou sendo impossível verificar essa condição pelos meios administrativos, será o processo encaminhado a Justiça do Trabalho ficando, nesse caso, sobrestado o julgamento do auto de infração que houver sido lavrado. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 1º - Se não houver acordo, a Junta de Conciliação e Julgamento, em sua sentença ordenará que a Secretaria efetue as devidas anotações uma vez transitada em julgado, e faça a comunicação à autoridade competente para o fim de aplicar a multa cabível. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - Igual procedimento observar-se-á no caso de processo trabalhista de qualquer natureza, quando for verificada a falta de anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social, **devendo o Juiz, nesta hipótese, mandar proceder, desde logo, àquelas sobre as quais não houver controvérsia.** (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

O Processo Civil inicialmente chamou tal fenômeno de “técnica de sumarização”, consistente no julgamento da parte incontroversa do pedido (CPC/73, art. 273, § 6º - inserido pela Lei 10.444/2002), e atualmente o chama de tutela da evidência.

O que se constata é que as tutelas de urgência desenvolveram-se ligadas à evolução das relações sociais e, portanto, afinadas com o Direito Processual do Trabalho, para tutela dos direitos sociais.

### AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A SISTEMÁTICA DO NOVO CPC

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, instituído pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, que entrará em vigor em março de 2016, dedicou três capítulos do Título II às “tutelas de urgência” (art. 300 a 310), classificando-as em “antecipadas” (para tutelas finais) e “cautelares” (para assegurar resultado útil ao processo).

Foi separada em título à parte (III) a “tutela de evidência” (art. 311), para os casos de: abuso do direito de defesa do réu; matéria pacificada por jurisprudência ou súmulas; pedido reipersecutório em contrato de depósito; e, prova inequívoca.

Este sistema mistura os modelos italiano (*provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori 'o innovativi*) e francês (*référé*), e mantém a teoria trinária das ações segundo a natureza do provimento: conhecimento (declaratória, condenatória e constitutiva); execução; cautelar; e sempre balizou os procedimentos respectivos.

Porém, agora, os procedimentos

cautelares deixam de ser tratados em capítulo à parte, e situam-se na parte geral do Código. Restaram apenas o processo de conhecimento (Livro II) e o de execução (Livro III)

Houve autonomização da tutela sumária e condensação como tutela de urgência, sendo mantida a distinção entre antecipação de tutela (satisfativa do direito material) e tutela cautelar (para proteção do processo e assegurar o resultado prático da demanda), com diferenciação procedimental.

Nota-se evidente tendência de simplificação das formas procedimentais (“desformalização”), com valorização da cognição sumária para resolver a crise de direito material da lide processual.

Além da celeridade e possibilidade de liminares em diversos casos, nos quais o contraditório fica pós-tecipado e o juiz decide sem ouvir o réu, a tutela de urgência pode ter seus efeitos estendidos, porém sem alcançar o *status* de coisa julgada.

Com isto, com cognição sumária, fundada em direito consagrado, aparência, e prova forte, havendo relevância ou perigo de dano, o Juiz pode conceder medida cautelar ou antecipar os efeitos da tutela, para garantia de efetividade dos direitos em discussão ou do resultado prático da demanda.

Claro que um necessitado de alimentos não pode aguardar com fome o desfecho de sua demanda, sob pena de sucumbir, restando ineficaz a eventual concessão posterior de direitos.

Para concluir o presente estudo e verificação da possibilidade de atuação *ex officio* deve ser analisado que tipo de poder mune o Juiz para atuar nos casos de tutelas urgentes. Poder-dever ou poder-faculdade?

## A INCOAÇÃO DO JUIZ DO TRABALHO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Para chegar-se a uma conclusão sobre a iniciativa do juiz nas tutelas de urgência, necessária se faz remissão ao início deste trabalho, onde se demonstrou que para tornar efetivo o Direito do Trabalho, o instrumental Direito Processual do Trabalho deve estar atento à finalidade e natureza dos direitos materiais em discussão.

E que direitos materiais são estes?

Os direitos dos trabalhadores situam-se entre “os direitos e garantias fundamentais” (Título II da Constituição da República), ao lado dos “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I – art. 5.º), sendo tratados como “direitos sociais” no Capítulo II, art. 6º ao 10º.

PAULO BONAVIDES classificou os direitos fundamentais em cinco gerações da seguinte maneira: **primeira geração** – direitos de liberdade – direitos civis e políticos; **segunda geração** – direitos de igualdade – sociais; **terceira geração** – direitos de fraternidade – direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação; **quarta geração** – globalização política dos direitos fundamentais – direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo. Por fim conclui que tais direitos envolvem os das gerações anteriores; **quinta geração** – direito à paz, extraído dos direitos de terceira geração, dando novo conceito ao termo paz, em seu caráter universal, em sua feição agregadora de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do

homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam.<sup>5</sup>

De outra maneira, Ingo SARLET prefere o termo “dimensões” por entender que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. A organização dos direitos fundamentais é traçada nos seguintes termos: **primeira dimensão** – direitos individuais (do indivíduo contra o Estado) – de cunho negativo, pois dirigidos a uma abstenção por parte dos poderes públicos, são os de inspiração jusnaturalista, direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; **segunda dimensão** – direitos a prestações sociais estatais – que abrange mais que os direitos de cunho prestacional, mas tem como marco o cunho positivo, como direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.; **terceira dimensão** – direitos de titularidade coletiva ou difusa – são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação; a **quarta dimensão**, seguindo o escólio de Paulo BONAVIDES, resultado da globalização dos direitos fundamentais, são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo; e, a **quinta dimensão** para o direito à paz.<sup>6</sup>

As gerações ou dimensões, longe de hierarquizar os direitos fundamentais, são mera classificação para estudo histórico

de seu desenvolvimento. O trinômio igualdade-liberdade-fraternidade (*conatus*), segundo FLORES, constitui a grande base e fundamentação dos direitos humanos<sup>7</sup>.

De qualquer modo, é inexorável a conclusão que o direito do trabalho trata de direitos fundamentais, cuja aplicação é buscada no direito processual do trabalho.

Tenho repetido que uma das melhores lições de Direito Processual do Trabalho pode ser sorvida da doutrina do processualista civil GALENO LACERDA sobre iniciativa nas cautelares:

“Alarga-se, portanto, no processo trabalhista, pela própria natureza dos valores que lhe integram o objeto, o poder judicial de iniciativa direta. Isto significa que, ao ingressarem no direito processual do trabalho, como subsidiárias, as normas do processo civil não de sofrer, necessariamente, a influência dos mesmos valores indisponíveis. Por isto, o teor do art. 797 - ‘só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes’ - ao transmudar-se subsidiariamente para o processo trabalhista, deverá ser interpretado de modo extensivo e condizente com os princípios sociais que informam esse direito, e com o conseqüente relevo e autonomia que nele adquirem os poderes do juiz, consubstanciados, até, na execução de-ofício. Não há necessidade, pois, aí,

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34-35.

7 FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009, p.191

de autorização legal ‘expressa’ para a iniciativa judicial cautelar. Esta há de entender-se legítima e implícita, em virtude da própria incoação executória que a lei faculta ao magistrado.”<sup>8</sup>

Logo, em se tratando de direitos fundamentais e de atendimento a hipossuficientes, a lógica processual já aponta para a possibilidade de iniciativa do juiz na concessão de tutelas de urgência.

A restrição à atuação judicial *ex officio* no Processo Civil decorria de entendimentos antiquados e da própria sistematização dos dispositivos legais:

CPC/73 Art. 273. O juiz poderá, a **requerimento da parte**, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela...

CPC/73 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento....

...§ 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.

Por isso, no Direito Processual Civil a doutrina condicionava a concessão de tutelas antecipadas à iniciativa da parte.

Tal óbice já não se mantém.

Entre os artigos que regulam a tutela de urgência no novo CPC não foi repetida regra condicionante à iniciativa da parte, apenas havendo referência à sua concessão ou efetivação pelo juiz. Nada além disso.

Não é só a atual omissão à iniciativa da parte que permite concluir pela possibilidade de iniciativa pelo juiz na concessão de tutelas urgentes, cautelares ou satisfativas, liminares ou não, mas também pela natureza dos direitos tutelados, e dos protagonistas do processo trabalhista, principalmente o hipossuficiente, que não pode esperar o longo desenrolar de uma demanda para ver seu direito fundamental protegido e assegurado.

Digno de nota abalizado entendimento doutrinário nesse sentido:

“Primeiramente, o instituto da tutela antecipada tem fundamento constitucional, pois decorre do direito fundamental à tutela efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), sendo certo que o direito fundamental consagrado no dispositivo garante ao jurisdicionado não apenas o direito formal de propor a ação, indo muito mais além, pois assegura o direito a uma tutela adequada e efetiva. Desse modo, considerando que uma das principais características que o moderno constitucionalismo reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata,

8 LACERDA, Galeno, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. VIII, Tomo I, Rio de Janeiro : Forense, 1993, págs. 70/71

o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental (no caso, o direito à tutela efetiva ou à ação), pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém, muito menos ao legislador....

...Terceiro, as verbas alimentícias (p. ex., as decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais) trazem sempre consigo um clamor de urgência na sua obtenção. Desse modo, tratando-se de verbas dessa natureza, o pedido não precisa fazer menção expressa à antecipação de tutela ou ao art. 273, do CPC, pois está implícita a necessidade de sua concessão, sobretudo quando se trata de pessoa humilde, desamparada, idosa, que, em regra, não tem condições de contratar um bom advogado para representá-la.”<sup>9</sup>

Reconhecendo a necessidade de tutela urgente para direitos fundamentais, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais inclina-se no sentido de possibilidade de incoação judicial:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA E FILHOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. DE CUJUS. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. CARÊNCIA. EXEGESE DA LEI 8213/91.

9 LIMA, George Marmelstein. **Antecipação de tutela de ofício?** pesquisado em <http://jus.com.br/artigos/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio#ixzz33dk-WUTEd> acesso em 07-09-2015

TERMO INICIAL DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO A PARTIR DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.

- A teor do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, é reconhecida a figura da companheira e dos filhos como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado. E, segundo o parágrafo 4º, do referido diploma legal a dependência econômica dessas pessoas é presumida, dispensando, pois, comprovação.

- É possível a comprovação da condição de trabalhador rural e do tempo de serviço através de depoimentos testemunhais e de documentos os quais, apesar de não servirem como prova documental *stricto sensu*, já que não previstos na legislação, têm o condão de fortalecer a prova testemunhal, funcionando como início de prova material. Declaração do sindicato do Trabalhadores Rurais e certidão de óbito.

- O e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de admitir, como início razoável de prova material as anotações no registro civil.

- É possível a concessão da medida antecipatória de ofício, em face da demonstração do direito da autora ao benefício postulado e pelo fato de, em se tratando de prestação de natureza alimentícia, a demora na sua concessão acarretará sérios prejuízos à sobrevivência da demandante, por ser ela beneficiária da justiça gratuita.

- O benefício pensão por morte, nos termos do art. 26, inciso I, da Lei nº 8213/91 independe de carência.

- Verba honorária adequada aos termos da Súmula nº 111 - STJ. Apelação do INSS parcialmente provida (TRF 5ª Região. AC 0001313-95.2004.4.05.8401. Primeira turma.

Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena. 19/06/2008).

Por todos estes motivos, mostra-se atual o entendimento dos juízes do trabalho consubstanciado na tese aprovada no CONAMAT 2008:

#### 34 — Tutela antecipada de ofício

Tutela antecipada de ofício como fator de promoção dos direitos oriundos da relação de trabalho. Postura ativa do magistrado, com o alcance imediato do direito vindicado, quando presentes os requisitos do art. 273 do CPC, independentemente de requerimento da parte. Máxima efetividade da garantia constitucional de duração razoável do processo. Interesse do Estado na concretização do direito para afirmação da democracia. **Autora: Juíza Angela Maria Konrath TRT 12<sup>a</sup>**<sup>10</sup>

A separação da tutela de evidência da tutela antecipada reforça ainda mais a necessidade de atuação de ofício do juiz, ao constatar prestações incontroversamente devidas ou robustamente comprovadas, amparadas em teses jurisprudenciais dominantes, principalmente ante a força persuasiva dos precedentes na sistemática do novo CPC.

Logo, ao exercitar a iniciativa na concessão de tutelas de urgência, o juiz lança mão de um poder-dever, sendo obrigatório que atue em prol da imediata efetivação do direito, sob pena de não se desincumbir a contento de seu ofício jurisdicional.

CONCLUSÃO

10 Pesquisado em [http://www.conjur.com.br/2008-mai-31/anamatra\\_aprova\\_47\\_teses\\_justica\\_trabalho?pagina=6](http://www.conjur.com.br/2008-mai-31/anamatra_aprova_47_teses_justica_trabalho?pagina=6) acesso em 07-09-2015

Os esforços históricos mostram que o Direito Processual Civil e o Direito Processual do Trabalho têm origens e finalidades distintas, destinando-se o primeiro prioritariamente à tutela de direitos individuais e patrimoniais, enquanto o segundo visa tutelas coletivas e individuais de direitos sociais fundamentais.

As tutelas de urgência são velhas conhecidas do Direito Processual do Trabalho, e nele caem bem, devendo ser manejadas em profusão pelos juízes trabalhistas, sem peias, inclusive *ex officio*, principalmente nas tutelas de evidência, para asseguar dos direitos fundamentais buscados na Justiça do Trabalho, com imediatidade e sumariamente, de modo que a efetividade deixe de ser um sonho e converta-se na realidade necessária para pacificação das relações e melhoria das condições do trabalho, sem perder de vista a asseguar de possibilidade de êxito negocial nas atividades produtivas, de serviços, ou de capitais.

O juiz do trabalho tem um poder-dever de iniciativa para conceder tutelas de urgência, a fim de asseguar a garantia constitucional da efetividade.

A repetição do que já foi dito anteriormente justifica-se pela beleza das palavras e força de expressão do Juiz Federal GEORGE MARMELSTEIN DE LIMA: “...para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém, muito menos ao legislador...”

Curitiba, 2º semestre de 2.015

BIBLIOGRAFIA:

- ALVIM, Arruda. **A evolução do direito e a tutela de urgência**. In: Armelin, Donaldo. Tutelas de

urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Batista da Silva. São Paulo : Saraiva, 2010.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

- FLORES, Joaquin Herrera. **(Re)invenção dos Direitos Humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009.

- LACERDA, Galeno, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VIII, Tomo I, Rio de Janeiro : Forense, 1993, págs. 70/71

- GIGLIO, Wagner D. e CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88/89.

- Inglaterra **The 1802 Health and Morals of Apprentices Act**

Pesquisado em <http://www.historyhome.co.uk/peel/factmine/1802act.htm> acesso em 05-09-2015

- LIMA, George Marmelstein. **Antecipação de tutela de ofício?** pesquisado em <http://jus.com.br/artigos/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio#ixzz33dkWUTEd> acesso em 07-09-2015

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- SOUZA. Luiz Henrique Boselli. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do**

**mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Pesquisado em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina\\_habbeas\\_corpus\\_177.pdf?sequence=7](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina_habbeas_corpus_177.pdf?sequence=7)

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

Ubirajara Carlos Mendes

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

## 1. INTRODUÇÃO

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

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

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



Ubirajara Carlos Mendes

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

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

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

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

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

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

Como assinalou Luiz Fux<sup>5</sup> durante o trâmite do projeto, à semelhança das evoluções normativas verificadas em outros países do *civil law* e do *common law*, como Inglaterra,

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

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

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

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

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

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

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

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

Princípios e regras encerram comandos do que *deve ser*, com o emprego de expressões deonticas básicas da ordem, da permissão e da proibição. O melhor critério de distinção destes dois tipos de normas<sup>6</sup> parece ser aquele empregado por Robert Alexy<sup>7</sup>, para quem

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

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

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

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

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

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

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

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

O princípio, afirma Luiz Lopes de Souza Júnior<sup>9</sup>, costuma ser associado ao mínimo existencial, que “consiste no conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna”, conjunto este que, todavia, na visão de Ricardo Lobo Torres<sup>10</sup>, é indeterminado, dependente da época, da comunidade e do local em estudo, incidiriam sobre um conjunto de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade.<sup>11</sup> As regras, de sua vez,

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

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

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

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

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

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

Sidney.pdf> Acesso em 19.08.2015.

12 SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes. Op. cit.

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

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

tradicionalmente vinculado a uma reflexão sobre a norma positivada.

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

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

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

inconstitucionalidade de um dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída.<sup>15</sup>

Há a percepção, de outro lado, como em Ran Hirschl<sup>16</sup>, de que esta transferência de ações e responsabilidade dos órgãos legislativo e executivo ao judiciário atua no interesse dos primeiros, dado corresponder a inegável redução de custos pessoais. Explica-se que as cortes constitucionais tornaram-se cruciais na resolução de questões mais fundamentais que a democracia política pode contemplar. Pondera-se ser perceptível a vantagem da delegação, que ainda pode ser benéfica quando surgem questões que se desejam manter afastadas do debate político, notadamente quando representam dilemas políticos, não vitoriosos, sobre questões polêmicas para a sociedade, como anencefalia, aborto, homofobia, união homossexual, reforma política, dentre tantos outros temas característicos da sociedade plural em que vivemos.

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

Ontem, a separação de Poderes se movia

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

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

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

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

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

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

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

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

Já no art. 1.º o novo CPC reafirma, dogmaticamente, a supremacia da Constituição Federal sobre as demais espécies normativas da ordem jurídica: *“Art. 1.º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”*

Nítida inspiração neoprocessual se revela no art. 8.º, que impõe ao magistrado o dever de observar, na aplicação da lei processual, *aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando*

*a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.* O dispositivo promove, expressamente, como vetor de interpretação e aplicação da norma processual, a heterointegração das normas principiológicas previstas na Constituição Federal (arts. 1.º, II, 37, caput) e na LICC (art. 5.º). Nesta ordem, o novo CPC *“erigiu normas in procedendo destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no tecido constitucional e ínsitos ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade.”*<sup>19</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. NOVO CPC E JUSTIÇA DO TRABALHO

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

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

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

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

É assente na doutrina, e também já consagrado na jurisprudência, em especial do TST, que o alcance do termo “omissão” tratado no art. 769 da CLT não se pode reduzir ao nível das lacunas normativas. A fim de preservar a efetividade do direito processual do trabalho, deve-se considerá-lo sob o influxo das modernas teorias das lacunas, que permitem revigorar o direito a partir de valores, princípios e instrumentos próprios do desenvolvimento da teoria geral do processo e de diversos institutos processuais ao longo do tempo e que viabilizam, assim, mais eficazmente e de forma mais célere, o atingimento de seus fins. Trata-se da comaltação, em prol da maior efetividade da prestação jurisdicional, das chamadas lacunas *objetivas* referidas por Bobbio, por ele consideradas aquelas decorrentes do envelhecimento da norma em face do desenvolvimento das relações sociais, propiciando, com isso, uma *“oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema”*<sup>22</sup>; e *secundárias* por Engisch<sup>23</sup>, consideradas aquelas decorrentes da mudança

das circunstâncias e dos valores relativos ao objeto da norma, que eram vigorantes quando de sua edição; e *axiológicas* e *normativas* por Maria Helena Diniz<sup>24</sup>.

Em suma, a aplicação de normas processuais civis exige do intérprete a ponderação de que são elas muitas vezes concebidas para a solução de conflitos estabelecidos sob a ótica de um interesse puramente individual. De qualquer modo, sob a ótica da melhoria da prestação jurisdicional, é certo que, sendo a norma de processo civil efetivamente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação ao processo do trabalho ao argumento de que a CLT não é omissa. A regra de proteção eleita pelo sistema processual trabalhista não pode ser usada como óbice ao seu avanço, conforme síntese de Jorge Luiz Souto Maior<sup>25</sup>:

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

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

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

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

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

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

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

Exemplo de superação da literalidade legal em prol da consagração do direito social de proteção à maternidade e à infância e da dignidade humana pode ser aferido, na seara trabalhista, no julgamento do RO 01234-2013-009-00-5<sup>26</sup>, em que se discutia se a obrigação de manter local apropriado para amamentação poderia ser estendido a um shopping center. Decidiu-se, com esteio no art. 6º da Constituição Federal e no art. 5º da Convenção nº 103 da OIT, que a proteção deveria ser estendida às trabalhadoras desta espécie de estabelecimento, sem vinculação à literalidade do art. 389, § 1º, da CLT.

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

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

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

## 6. CONCLUSÃO

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

A constitucionalização do processo, cujos objetivos são a adequação, a tempestividade e a efetividade do acesso individual e coletivo ao Poder Judiciário, tem dentre suas características<sup>27</sup>, a existência de novos

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

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

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

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

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

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECH, Simone Aparecida. A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3942](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3942)> Acesso em: 20.08.2015.

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

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

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

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

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

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

# DOS PRAZOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC, INCLUSIVE SUA CONTAGEM CONTÍNUA EM DIAS ÚTEIS – DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA AO PROCESSO DO TRABALHO – COMENTÁRIOS INICIAIS

Jorge Pinheiro Castelo

## I. INTRODUÇÃO

O novo CPC busca uma maior organicidade e coesão do sistema processual, bem como a obtenção do resultado máximo do exercício da atividade jurisdicional, afastando questões relacionadas a denominada jurisprudência defensiva e priorizando o julgamento de mérito sobre eventuais aspectos formais não relevantes.

O novo CPC tem por objetivo garantir a obtenção da tutela jurisdicional num prazo razoável e uma isonomia na aplicação da lei, para tanto se utiliza de procedimentos para julgamentos em massa, com o objetivo de garantir maior aderência aos princípios constitucionais, visando maior efetividade e segurança jurídica.

O novo CPC traz importantes alterações no que diz respeito aos prazos processuais,

com aplicação subsidiária e supletiva (art. 15 do NCPC) com forte reflexo no processo do trabalho.

Vejamos, a seguir, numa apertada síntese, e, na forma de sucintos comentários, alguns pontos desse tema que, numa inicial leitura, julgamos mais importantes, em especial no que podem refletir para o processo do trabalho.

## II. DOS PRAZOS – DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO (ARTS. 212/213)

O art. 212 do novo CPC fixa:

*“Os atos processuais serão realizados em dias úteis das seis às vinte horas”*

*“§ 1º Serão concluídos após as 20 horas (vinte) horas os atos iniciados antes, quando o*



Jorge Pinheiro Castelo

Advogado, especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. Sócio do Escritório Palermo e Castelo Advogados.

***adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano. ”***

E o art. 213 do novo Código de Processo reza:

***“A prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até as vinte e quatro horas do último dia do prazo”***

***“Parágrafo único. O horário vigente no juízo perante o qual o ato deve ser praticado será considerado para fim de atendimento do prazo.”***

#### **COMENTÁRIO:**

a) No processo eletrônico os atos podem ser praticados durante as 24 horas do dia.

b) No entanto, tendo em vista que o petição eletrônico rompeu as barreiras geográficas, deverá ser observado o fuso horário, ou, o horário do juízo no qual o ato deverá ser praticado e não daquele que o ato foi praticado.

c) O que exige, no caso do petição eletrônico, em território brasileiro, o cuidado com a diferença natural de alguns fusos horários e a observância do horário de verão por região.

#### **III. DOS PRAZOS – QUANDO DA AUSÊNCIA DE EXPEDIENTE FORENSE - NÃO SE TEM DIAS ÚTEIS - DOS FERIADOS PARA EFEITO FORENSE (ARTS. 216)**

O art. 216 do novo CPC estabelece:

***“Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense”***

#### **COMENTÁRIO:**

a) O art. 216 do NCPC dá base de apoio ao art. 219 do novo CPC que estabeleceu a contagem em dias úteis *“Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”*

b) Dessa maneira, para efeitos forenses, sábados, domingos e quando não houver expediente forense serão considerados dias não úteis, ou seja, feriados.

c) De fato, na redação anterior, ou seja, do art. 175 do CPC/73 só constava: *“São feriados, para efeito forense, os domingos e os dias declarados por lei.”*

#### **IV. DOS PRAZOS – TEMPESTIVIDADE (ARTS. §4º DO ART. 218)**

Dispõe o art. §4º do art. 218 do novo CPC:

***“Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.”***

#### **COMENTÁRIO:**

a) O §4º do art. 218 afasta a discussão sobre a tempestividade da prática do ato antes do início do prazo, especialmente no que toca

a interposição de recurso antes da publicação da decisão, bastando que a parte tenha ciência daquela.

b) A antiga Súmula 434, no item I, do TST dava como *“extemporâneo o recurso interposto antes da publicação do acórdão”*.

c) No entanto, diversas decisões do TST já mitigavam esse entendimento no tocante à sentença, pois, as partes poderiam ter ciência da mesma com o acesso aos autos, diferenciando do entendimento relativo ao acórdão de que só teria existência com a publicação.

d) E já se antecipando ao disposto no §4º do art. 218 do novo CPC, no dia 12.06.2015, o Plenário do TST cancelou a Súmula 434.

e) Até porque, o Supremo Tribunal Federal em decisões, do Ministro Luiz Fux, já vinha se antecipando e adotando o entendimento do §4º do art. 218 do novo CPC.

f) A nova determinação tem aplicação subsidiária e supletiva para o processo do trabalho (art. 15 do NCP).

## V. DA CONTAGEM DOS PRAZOS – DIAS ÚTEIS (ART. 219)

O art. 219 do novo Código de Processo estabelece:

***“Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”***

## COMENTÁRIO:

a) A lei processual sempre adotou critérios diferentes no trato de prazos que poderiam ser contados por unidades maiores ou menores, ou seja, em dias ou horas.

b) Portanto, os prazos podem ser contados em diferentes unidades, maiores, menores, em dias corridos ou em dias úteis, com diferentes expressões para fins do legislador e do operador forense.

c) Caso a contagem dos prazos não se interrompa em feriados e nem em dias sem expediente forense quando ocorridos durante sua duração (feriados e dias com fórum fechado intercorrentes) tem-se que os prazos, ditos contínuos, são contados em dias corridos.

d) Caso, porém, para fins forenses, a contagem dos prazos só considere os dias úteis, ou, seja, os dias em que houver expediente forense, tem-se que os prazos são contados em dias úteis.

e) Entendemos ser aplicável de maneira subsidiária ou supletiva ao processo do trabalho, a disposição do art. 219 do novo CPC, no sentido de que, para fins forense, a contagem do prazo será feita considerando, apenas, dias úteis.

f) Com efeito, o art. 775 da CLT fixa que *“os prazos estabelecidos neste título se contam com exclusão do dia do começo e inclusão do vencimento, e são contínuos e irrelevantes, podendo ser prorrogados pelo tempo estritamente necessário pelo juiz ou Tribunal ou em virtude de força maior devidamente*

*comprovada.*”

g) Portanto, como se constata da leitura do art. 775 da CLT não há referência a que, para fins forense, a contagem do prazo seja feita em dias úteis, ou, em dias corridos, apenas, à alusão a que a contagem do prazo será contínua.

h) O contínuo ou continuidade é o que ocorre de forma sequencial.

O contínuo é o que é contado em sequência na mesma unidade de referência.

O contínuo é a contagem contínua da mesma unidade de referência (de tempo adotada).

A contagem do prazo contínuo se dá de forma sequencial adotando-se a mesma unidade de referência sequencialmente na sua contagem.

i) Contínua é a contagem em sequência da mesma unidade de referência adotado pelo observador (legislador).

j) Logo, é possível a contagem contínua de dias úteis, ou seja, dessa mesma unidade de referência adotada pelo legislador (observador).

j) E, tendo em vista que a CLT (art. 775) é omissa no que diz respeito a qual unidade de tempo teria adotado, posto que não se refere a dias úteis e nem a dias corridos, apenas, que a contagem do prazo é contínua, é plenamente aplicável de forma subsidiária a contagem por dias úteis, até porque, do contrário, a contagem dos prazos contínuos da Consolidação perderia

ou ficaria sem referência já que a contagem em dias corridos era a proposta do CPC/73 que restou revogado.

Melhor explicando.

k) Ocorre que o tempo (assim como o espaço), a sua duração e a sua continuidade são categorias físicas que tem expressão e significado relativo e variável (especialmente, quando se deixa a física mecânica e se passa para a física quântica) dependendo da referência adotada pelo observador, ou, pelo legislador, ou, pelo operador forense.

Não existe outra forma de medi-lo.

L) De fato, com Einstein, apreendeu-se que o espaço e o tempo são relativos: um contínuo espaço e tempo em quatro dimensões. Ou seja, o espaço e o tempo são sempre contínuos em quatro dimensões (*“o espaço se tornara curvo e o mesmo acontecia com o tempo, que não era absoluto, mas simplesmente agia como uma quarta dimensão em um contínuo espaço-tempo”*).

Com Einstein, o tempo absoluto não existe.

*“Se a luz viaja em curva, então o tempo não podia evoluir em linha reta mais rápida, tinha que evoluir em curva também”*.

m) Daí, que o tempo contado em dia úteis não deixa de ser curvo e contínuo e não deixa de evoluir, dependendo da velocidade que se pratiquem os atos de forma mais rápida que quando se desprezem os dias úteis, ou, se contêm todos os dias, mas, que se pratique os

atos em velocidade menor para o observador, em especial o jurisdicionado.

n) O tempo não é o mesmo para todos os observadores já que depende do referencial (de velocidade que se adote, perto da velocidade da luz o tempo se torna mais lento, chegando a zero na velocidade da luz).

o) O tempo só se aplica ao local em que está sendo medido, daí, que a sua medida depende do referencial adotado.

Ou seja, o tempo não existe isolado do espaço (e do observador e da unidade) ao qual se referia, da mesma forma, o espaço não existe exceto no tempo.

A melhor prova disso é o fuso horário terrestre.

Realmente, o mesmo fato pode estar ocorrendo para determinado observador num dia e para outro, no dia seguinte, já que a contagem do tempo depende do espaço de referência do seu observador. Assim, os americanos comemoram o final da II Guerra Mundial, em solo europeu (VE Day), no dia 08.05.1945, e, devido a diferença de fuso horário, os russos comemoram no dia 09.05.1945.

p) Logo, a continuidade do tempo depende do referencial ou da unidade de referência (de tempo) que se adote para contar o próprio tempo.

Assim, caso o observador adote triângulos como unidade de referência para a contagem do tempo e no percurso se encontre um triângulo, um quadrado, triângulo e mais outro triângulo, então, desprezar-se-á o quadrado na contagem

contínua do prazo contado em triângulos e o final do prazo contínuo em triângulos se dará após se ultrapassar o terceiro triângulo contínuo.

q) Daí, que, voltando para a ciência jurídica, o novo CPC determinou que a contagem dos prazos, para fins forenses, se desse observando-se, ou, contando-se os dias úteis contínuos, ou, os dias úteis em sequência havidos no prazo fixado.

r) Por conseguinte, dentro do tempo e espaço forense, ter-se-á a contagem contínua de dias úteis, de forma que os dias úteis correspondem ao tempo contínuo forense.

s) Ou seja, transformando o raciocínio matemático para raciocínio ou para a experimentação jurídica, para o observador forense o tempo contínuo é o tempo contado em dias úteis.

t) É como, de fato, declaram os arts. 216 e 219 do novo CPC.

u) Dessa maneira, o art. 775 da CLT ao tratar da continuidade do tempo ou do prazo, expressamente, não determina que, na consideração da continuidade do tempo, ou, do prazo, se deva adotar como unidade de referência os dias corridos, de forma, que não há óbice para a aplicação subsidiária ou supletiva dos arts. 216 e 219 do NCPC e, se faça a contagem contínua de dias úteis ao invés da contagem contínua de dias corridos.

Até porque a contagem do prazo contínuo considerando como unidade de referência, ou,

de tempo, os dias corridos nunca foi estabelecida pela CLT, e sim, pelo art. 178 do CPC/73 que foi revogado pelos arts. 216 e 219 do NCPC - que obrigatoriamente deverão preencher esse vazio (essa omissão).

v) Com efeito, o art. 216 do novo CPC – que dá base de apoio ao art. 219 do NCPC – igualmente estabeleceu a contagem contínua em dias úteis: *“Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense”*

Dessa maneira, para efeitos forenses, sábados, domingos e quando não houver expediente forense serão considerados dias não úteis, ou seja, feriados.

w) Assim, a contagem do prazo pelo art. 219 do novo CPC é feita em dias úteis contínuos (*“Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”*), ou seja, de forma contínua considerando-se os dias úteis e desprezando os dias não úteis como aqueles sem expediente forense, conforme fixa o art. 216 do novo CPC (*“Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense”*)

x) E, uma vez que a CLT não é expressa quanto a qual o sentido ou qual a referência a ser adotada para fixar a continuidade do tempo, para fins forenses, ou, para fim da contagem o prazo processual, necessária e obrigatoriamente, deve-se adotar o disposto nos arts. 216 e 219 do NCPC.

y) Insista-se não há na CLT alusão a que se devesse considerar os dias corridos que pudesse tornar incompatível a contagem contínua dos dias úteis, para que se pudesse ter por incompatível a classificação do dia útil como aquela a ser adotada para a contagem contínua (em termos de dias úteis) do prazo.

z) Aliás, a única referência a unidade de tempo (em dias) específica feita pela CLT é que os atos processuais são realizados em dias úteis, podendo se extrair daí os prazos para que a prática dos mesmos atos processuais se dê em dias úteis. (Art. 770 da CLT: *“Os atos processuais serão públicos, salvo quando o contrário determinar o interesse social e realizar-se-ão nos dias úteis das 6 às 20 horas.”*)

Até porque, o próprio o § único do art. 775 da Consolidação já esclarece que essa continuidade da contagem do prazo é relevada quando o mesmo terminar em dia que não seja útil: *“Os prazos que se vencerem em sábado, domingo ou dia feriado, terminarão no primeiro dia útil seguinte.”* E, agora, por conta da aplicação do art. 216 do NCPC, também, quando se vencerem em dias sem expediente forense.

Ou seja, a própria continuidade estabelecida pelo art. 775 da CLT não é absoluta e não tem sentido tão estrito que não permita considerá-lo conforme as circunstâncias, a ponto de não deixar de considerar se o dia é, ou não, útil.

z.1) Tanto é que a superveniência do recesso forense suspenderá a continuidade ou o curso do prazo processual, cuja contagem só recomeça a partir do primeiro dia útil seguinte

e não do primeiro dia ao término do recesso e das férias forenses.

Nessa direção o item II da Súmula 262 do TST: “O recesso forense e as férias coletivas dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho suspendem os prazos recursais.”

z.2) Também a superveniência de obstáculo ao acesso à justiça ou ao peticionamento eletrônico, faz com que já se considere que, em tais casos, não existirá dia útil para fim de prazo processual, ou seja, fará com que a continuidade observe se o dia é ou não útil do ponto de vista processual.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 1 do TST: “Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação, com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial será contado da segunda-feira imediata, inclusive, salvo se não houver expediente, caso em que fluirá no dia útil que se seguir.”)

z.3) E, igualmente, o item I da Súmula 262 do TST: “Intimada ou notificada a parte no sábado, o início do prazo se dará no primeiro dia útil imediato e a contagem no subsequente.”

Ainda, assim a Súmula 385 do TST: “Feriado Local. Ausência de Expediente Forense. Prazo Recursal Prorrogação...II – na hipótese de feriado forense, incumbirá à autoridade que proferir a decisão de admissibilidade certificar o expediente nos autos. III – Na hipótese do inciso II, admite-se a reconsideração da análise da tempestividade do recurso, mediante prova documental superveniente em Agravo Regimental, Agravo de Instrumento ou Embargos de Declaração.”

z.4) Observe-se, mais, que para o próprio início da contagem do prazo exige que se observe que o dia seja útil ou que tenha expediente forense, inclusive, para fins do processo laboral

Nesse diapasão, dispõe o item IX da Súmula nº 100 do TST, citando o próprio art. 775 da Consolidação: “Prorroga-se até o primeiro dia útil, imediatamente subsequente, o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando expira em férias, forenses, feriados, finais de semana ou que não houver expediente forense. Aplicação do art. 775 da CLT.”

z.5) Aliás, a própria audiência trabalhista é contínua e, por ficção legal, não deixa de ser, mesmo que seja concluída noutro dia útil (Art. 849 da CLT: “A audiência será contínua, mas 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”)

z.6) Dessa maneira, o art. 775 da CLT ao tratar da continuidade do prazo, expressamente, não determina que na consideração da continuidade do prazo não se possa levar em conta, apenas, os dias úteis.

z.7) Por tudo isso, cabe a aplicação subsidiária ou supletiva (art. 15 do novo CPC) dos arts. 216 e 219 do novo CPC ao processo do trabalho - e, sem prejuízo do que já foi dito, até porque, tratando-se de regra de acesso à ordem jurídica justa (e, portanto, de teoria geral do processo e de garantia do contraditório e da ampla defesa) complementa, atualiza e melhora o sistema.

**VI. DOS PRAZOS – RECESSO FORENSE (20 DE DEZEMBRO A 20 DE JANEIRO) e SEMANA DE CONCILIAÇÃO: (ARTS. 220 a 221)**

O art. 220 do novo CPC dispõe:

***“Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.”***

O §2º do art. 220 do novo CPC fixa:

***“Durante a suspensão do prazo, não serão realizadas audiências e julgamentos por órgão colegiado.”***

O § único do art. 221 do novo CPC estabelece:

***“Os prazos se suspendem durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a conciliação, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos.”***

**COMENTÁRIO:**

a) Pelo disposto no inciso I do art. 62 da lei 5.010/66 é considerado feriado para a Justiça Federal o período compreendido entre os dias 20 de dezembro a 6 de janeiro, inclusive.

b) Considerando que a CLT não trata do tema e que é plenamente possível sua aplicação subsidiária e mesmo, se fosse o caso, supletiva,

na mera extensão do período do recesso, temos que a partir do art. 220 do novo CPC esse período estender-se-á até o dia 20 de janeiro, inclusive. Trata-se de antiga reivindicação dos advogados.

c) Também, estarão suspensos os prazos na semana de conciliação instituída pelo Poder Judiciário.

**VII. DOS PRAZOS – OBSTÁCULO E JUSTA CAUSA (ARTS. 221)**

Dispõe o art. 221 do novo CPC:

***“Art. 221. Suspende-se o curso do prazo por obstáculo criado em detrimento da parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 313, devendo o prazo ser restituído por tempo igual ao que faltava para sua complementação.”***

Dispõem o *caput* e o §1º art. 223 do novo CPC:

***“Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.”***

***“§1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.”***

**COMENTÁRIO:**

a) A justa causa foi definida como evento (impeditivo da prática do ato) alheio à vontade da parte pelo § 1º do art. 223 do novo CPC, e, não mais como evento imprevisto e alheio à vontade da parte (na redação do §1º do art. 183 do CPC/73), o que amplia as hipóteses de justa causa, visto que afasta a imprevisão como elemento integrante do conceito.

b) Dessa forma, um evento obstativo, ainda, que pudesse ser previsível poderá abrir a discussão sobre a justa causa, como, por exemplo, uma dificuldade específica no sistema de acesso ao processo eletrônico, ou, mesmo uma pane no sistema de informática do advogado (que postula em nome da parte), ou, até a batida ou quebra do carro, muitas novas situações se abrirão para discussão.

#### VIII. DOS PRAZOS – DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO (ART. 224)

Estabelece o §2º art. 224 do novo CPC:

***“Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização no Diário da Justiça eletrônico”***

E o § 3º do art. 224 do novo Código de Processo reza:

***“A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.”***

**COMENTÁRIO:**

a) O §2º do art. 224 do novo CPC deixa claro que todos os atos e decisões do processo eletrônico devem ser publicados e que a contagem do prazo só terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.

b) Importante definição do legislador e que traz segurança jurídica e que, por omissão e compatibilidade, é plenamente aplicável ao processo do trabalho.

#### IX. DOS PRAZOS – LITISCONSÓRCIO E CONTAGEM (ARTS. 229)

Dispõe o art. 229 do novo CPC:

***“Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.”***

E estabelecem os §1 e 2º do art. 229 do novo Código de Processo:

***“§1º. Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida a defesa por apenas um deles.”***

***“§2º. Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos.”***

**COMENTÁRIO:**

a) Embora ao processo do trabalho o entendimento majoritário e de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 310 do TST (*“A regra do art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em face de sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista”*) fosse no sentido da inaplicabilidade do prazo em dobro, o importante a destacar é que no processo eletrônico não há mesmo sentido na aplicação da dobra do prazo para os litisconsortes.

b) De qualquer forma, é válida a definição do legislador que afasta as dúvidas e as incertezas sobre a questão.

#### **X. DO COMEÇO DO PRAZO DA CITAÇÃO OU INTIMAÇÃO ELETRÔNICA (ART. 231)**

O art. 231 do novo CPC estabelece:

***“Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo.”***

E o inciso V do art. 231 fixa:

***“V. O dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação eletrônica”***

**COMENTÁRIO:**

a) Dessa forma, no caso de citação ou intimação eletrônica, o início do prazo pode

variar, desde do dia que se der a consulta pela parte ao teor da citação ou da intimação, ou, até no máximo, a data do término do prazo para que a consulta se dê a partir da sua publicação (§§s 2º e 3º do art. 224 do NCPC).

b) Tendo em vista a omissão e a compatibilidade, o inciso V do art. 231 do NCPC é aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista, e, mesmo supletivamente face a compatibilidade da complementaridade com a celeridade processual aos mecanismos fixados no processo laboral e a complementar evolução tecnológica (art.196 do NCPC).

# DA EXTINÇÃO DO PROCESSO E DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO NO NCPC

Manoel Matos de Araujo Chaves

**Resumo:** Este ensaio analisa as principais inovações introduzidas, pela Lei 13105, de 16 de março de 2015, aos institutos processuais da Extinção do Processo e do Julgamento Antecipado do Mérito.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil – Julgamento conforme o estado do processo – Extinção do Processo, sem resolução de mérito ou com resolução de questão de mérito. Julgamento Antecipado do Mérito.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da extinção do processo sem resolução de mérito ou com resolução de questão de mérito. 2.1. Da atual tendência de aversão do sistema processual à sentença sem resolução de mérito. 2.2. Da extinção do processo com resolução de questão de mérito. 2.3. Da possibilidade de decisão interlocutória parcialmente terminativa do processo. 3. Do julgamento antecipado do mérito. 3.1. Do julgamento antecipado do

mérito ante a “desnecessidade” de produção de outras provas em ação contestada. 3.2. Do julgamento antecipado do mérito ante a ocorrência dos efeitos da revelia e a inexistência de requerimento de provas pelo réu revel. 4. Do julgamento antecipado parcial do pedido.

## 1. Introdução.

O presente trabalho foi elaborado para discussão no Projeto “Diálogos sobre o Novo Código de Processo Civil”, da Escola Superior da Magistratura do Maranhão, no encontro realizado em 17 de julho de 2015. O artigo analisa as principais novidades relacionadas à Extinção do Processo e ao Julgamento Antecipado do Mérito, dispostos na Lei 13.105/2015, que entrará em vigor em 18 de março de 2016.

O novo modelo processual civil pátrio, ou as inovações incorporadas ao sistema processual brasileiro, corresponde, de algum



Manoel Matos de Araujo Chaves

Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de São Luís/MA. Doutor pela Universidade de Burgos, Espanha.

modo, à evolução elaborada pela doutrina constitucional e processual durante as décadas de vigência do CPC/1973, notadamente após a Constituição Federal de 1988. Uma significativa parcela desse progresso, inclusive, já se encontra consolidada na jurisprudência dos tribunais superiores.

As novidades legislativas introduzidas buscam, com graduações diversas nos institutos jurídicos processuais, atingir os objetivos delineados pela Comissão de Juristas, instituída pelo Senado Federal, destinada a elaborar o Anteprojeto de NCPC: **(1º)** harmonizar a lei procesual civil com a Constituição Federal; **(2º)** propiciar ao juiz melhores condições, de ordem técnica-processual, para proferir decisões mais adequadas à realidade social e mais condizentes ao caso concreto; **(3º)** simplificar os procedimentos dos subsistemas processuais; **(4º)** conferir maior rendimento à prestação jurisdicional; **(5º)** imprimir maior coesão ao sistema procesual.

O Julgamento Conforme o Estado do Processo no Novo Código de Processo Civil, embora mantenha, basicamente, a mesma ordem procedimental e as mesmas finalidades previstas do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), seguindo essa lógica legislativa, busca deslocar o foco da lide para a resolução da demanda pelo mérito, minimizando, por um lado, a importância da discussão de questões de ordem meramente processuais e, por outro, potencializando o contraditório em torno das matérias fático-jurídicas de natureza meritórias, que possam ser realmente relevantes à solução da lide.

A aplicação da etapa do processo de conhecimento do Julgamento Conforme o Estado do Processo, ao caso concreto,

pressupõe a superação das possibilidades legais anteriores, quais sejam: **(i)** a inocorrência das hipóteses de indeferimento da petição inicial, previstas no artigo 330 do NCPC; **(ii)** a não verificação de nenhuma das situações que conduzam à improcedência liminar do pedido, do artigo 332 do NCPC; **(iii)** que tenha resultado infrutífera a tentativa de conciliação/mediação, que, de acordo com o disposto no artigo 334 do NCPC, apresenta-se como compulsória, e; **(iv)** que o juiz já tenha adotado as providências preliminares dos artigos 348 a 353 do NCPC (verificação da incidência ou não dos efeitos da revelia, a oportunidade de réplica ao autor e/ou a correção de vícios sanáveis).

Na fase de Julgamento Conforme o Estado do Processo, o juiz deve conferir à demanda, conforme a situação fático-jurídica subjacente, encaminhamento distinto, dentre os previstos nos artigos 354 a 357, que compõem as quatro seções do Capítulo X, que rege o Procedimento Comum.

Assim, nessa etapa do procedimento, o juiz deverá adotar uma das seguintes soluções previstas: a Extinção do Processo; o Julgamento Antecipado do Mérito; ou; a Decisão de Saneamento e Organização do Processo. Conforme já assinalado, o objeto deste trabalho não inclui a análise da Decisão de Saneamento do Processo; restringe-se ao estudo da Extinção do Processo e ao Julgamento Antecipado do Mérito.

## **2. Da extinção do processo sem resolução de mérito ou com resolução indireta de mérito.**

De acordo ao previsto no artigo 354 do NCPC, o sistema processual civil pátrio continua admitindo, como no regime do

CPC/1973, a *extinção do processo*, seja mediante *sentença sem resolução do mérito*, para todas as hipóteses previstas no seu artigo 485, seja mediante *sentença com resolução do mérito*, para os casos do artigo 487, incisos II e III, quais sejam: sentenças declaratórias de decadência ou de prescrição; sentenças homologatórias do reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; sentenças homologatórias da transação; sentenças homologatórias de renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

### 2.1. Da atual tendência de aversão do sistema processual à sentença sem resolução de mérito.

A não apreciação do mérito da demanda, por corresponder a uma “não prestação do serviço jurisdicional”<sup>1</sup>, conduz, necessariamente, o autor a bater à porta do Judiciário outra vez, com a mesma pretensão jurídica, motivo pelo qual, na atualidade, “a extinção do processo ou da fase de conhecimento do procedimento comum, sem que o mérito seja examinado, é o mais indesejado dos resultados”<sup>2</sup>.

1 Segundo o Professor BARBOSA MOREIRA, a “atividade judicial que deixe de conduzir à decisão do mérito (da causa ou do recurso) é causa de frustração. O ideal seria que sempre se pudesse chegar àquela etapa final” já que só o pronunciamento de mérito resolve definitivamente o litígio e assegura ou restaura o império do direito. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos”. Revista da AJURIS, v. 32, n. 100, dez/2005, p. 190. (Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/18eca/18f48/1947a?fn=document-frame.htm&2.0>. Data de consulta: 7.7.2015).

2 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (et al.). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 542.

Nesse contexto doutrinário é que o artigo 317 do NCPC, atendendo à norma fundamental prevista no artigo 9º, que proíbe decisão judicial contra uma das partes sem prévia oportunidade de sua manifestação, determina ao juiz que, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, conceda à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

A aversão à extinção do processo sem resolução de mérito constitui marca do NCPC também nas instâncias superiores, quando estabelece, no parágrafo único do artigo 932, que o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, conceda ao recorrente o prazo de cinco dias para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

O legislador processual civil de 2015 busca afastar, em todo o sistema recursal, mediante a expressa previsão de aplicação da regra do parágrafo único do artigo 932, a ocorrência da chamada *jurisprudência defensiva*, termo que “compreende série de decisões que de forma não legítima, em desrespeito a princípios constitucionais, deixa de julgar o mérito dos recursos em busca de uma suposta celeridade processual”<sup>3</sup>.

O NCPC, atendendo a esta orientação de empreender ao processo o maior rendimento possível, inclusive pela redução da complexidade do subsistema recursal, tendência já observada desde a reforma da Lei 10352/2001, mantém a regra que determina ao tribunal, quando do

3 BRITO, Livia Caldas. *Jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça: sua superação pelas recentes alterações do Código de Processo Civil*. Brasília: Monografia de Graduação em Bacharel em Direito, Universidade de Brasília, jul/2011, p. 6. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/1975/1/2011\\_LiviaCaldasBrito.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/1975/1/2011_LiviaCaldasBrito.pdf). Data da consulta: 7.7.2015.

juízo da apelação, decidir logo o mérito da matéria impugnada, mesmo na hipótese de impugnação da sentença que extingue o processo sem resolução do mérito, desde que a causa esteja em condições de imediata resolução.

A lógica do novo modelo recursal busca, de todos os modos, evitar que o processo retorne ao juízo de primeiro grau sem a resolução do seu mérito, ainda que a sentença recorrida tenha, por exemplo, se omitido no exame de mérito de um dos pedidos ou reconhecido a prescrição ou decadência (NCPC, artigo 1013, parágrafo 3º, III, e parágrafo 4º).

**(A) Da extinção do processo sem resolução de mérito por deliberada conduta da parte autora.**

Outra face dessa temática pertinente à extinção do processo sem resolução de mérito, muito recorrente no primeiro grau de jurisdição, diz respeito ao que se poderia, por analogia, denominar de *advocacia defensiva*. Essa prática tão ilegítima quanto a *jurisprudência defensiva*, vez que também se caracteriza como violadora de normas fundamentais do processo, tais como os princípios da boa fé e da cooperação (NCPC, artigos 5º e 6º), consiste na deliberada conduta omissiva da parte autora no sentido de não sanar eventual defeito ou irregularidade formal verificada pelo juiz na petição inicial ou nos documentos que a instruem. O objetivo desta *chicane processual* é promover a extinção do sem resolução de mérito.

Esta reprovável atuação é recorrente nas hipóteses de indeferimento da tutela antecipada requerida pelo autor e/ou de seu conhecimento da existência de precedente

de rejeição, pelo juízo do feito, de pretensão semelhante em processo anterior. Nestas condições, pode ser mais interessante ao demandante apostar na extinção do feito sem resolução do mérito para, posteriormente, ingressar com nova ação em outro juízo, seja valendo-se das regras da competência relativa, seja mediante a tentativa de burla dos sistemas automáticos de distribuição por prevenção.

O artigo 488 do NCPC, reforçando, em outros termos, o disposto no artigo 282, parágrafo 2º, que trata do *princípio da sanabilidade*<sup>4</sup>, ocupa-se em prevenir a *advocacia defensiva*, ao determinar ao juiz que, desde que possível, resolva o mérito do processo sempre que a decisão possa ser favorável à parte a quem aproveitaria eventual sentença extintiva sem resolução de mérito, nas hipóteses do artigo 485 do novo ordenamento processual civil.

O artigo 488 do NCPC trata da mitigação do dogma processual de que a análise judicial dos requisitos processuais precede a apreciação de mérito, porque a avaliação sobre quem eventualmente seria beneficiado com uma sentença extintiva processual implica, necessariamente, o exame valorativo da pretensão deduzida. Assim sendo, “não se deve deixar de julgar improcedente o pedido, caso falte algum requisito processual que tutela

4 WAMBIER afirma que este princípio vai ao encontro da necessidade de o processo ser efetivo, gerar sentença de mérito, atendendo, assim, “não só ao interesse das partes mas também ao interesse público, já que é benéfico para a sociedade que o processo cumpra sua função, que é de resolver a lide”. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 740.

o interesse do réu; de igual modo, o pedido poderá ser julgado procedente, a despeito de faltar algum requisito processual favorável ao autor”<sup>5</sup>.

Em princípio e aparentemente, a extinção do processo sem resolução de mérito poderia interessar à parte demandada. Entretanto, há situações previstas no artigo 485 do NCPC, que possam decorrer, por exemplo, de deliberada conduta omissiva da parte autora, tais como em não sanear uma irregularidade processual ou em não promover os atos e/ou diligências de sua incumbência, abandonando a causa por mais de trinta dias. Hipóteses como estas não mais conduzirão, necessariamente, à extinção do processo sem resolução do mérito, desde que a sentença de mérito possa ser favorável ao réu.

***(B) Das consequências práticas da primazia da extinção do processo com resolução de mérito no Sistema dos Juizados Especiais.***

Os reflexos dessa nova conformação legal do processo civil brasileiro, que prima pela resolução do processo com resolução de mérito, deverão, ao longo do tempo, ser incorporados pelos juízes e tribunais, de modo a se aperfeiçoar os mecanismos de prevenção da *jurisprudência defensiva* e a se evitar o êxito da *advocacia defensiva*, considerando que essas práticas são lesivas à efetividade da prestação jurisdicional, vez que impedem a resolução do conflito de interesses e proporcionam a

5 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 730.

propositura de uma “nova” demanda<sup>6</sup>.

No sistema dos Juizados Especiais, por exemplo, consideramos a possibilidade de nova interpretação ao artigo 51, I, da Lei 9099/95, que admite a extinção do processo, sem julgamento do mérito, “quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo”.

Se a extinção do feito sem resolução de mérito, atualmente, corresponde à alternativa mais indesejável, quando do julgamento conforme o estado do processo, a simples ausência do autor às audiências do procedimento dos Juizados Especiais não pode se constituir em fundamento jurídico válido para a finalização de uma demanda. É razoável se admitir que uma decisão com este fundamento seja qualificada como uma “não solução”, por não ter nenhuma utilidade prática. Não interessa ao autor porque terá que ingressar com uma nova ação; não interessa ao réu, porque terá que contestar a futura demanda a ser apresentada e comparecer novamente em Juízo para a audiência a ser designada; não

6 O Supremo Tribunal Federal, resolvendo, em julgamento conjunto, questão de ordem suscitada pelo Ministro Teori Zavascki (relator), entendeu não ser cabível a desistência de mandado de segurança, nas hipóteses em que se discute a exigibilidade de concurso público para delegação de serventias extrajudiciais, quando na espécie já houver sido proferida decisão de mérito, objeto de sucessivos recursos. “Essas desistências não se dariam simplesmente porque se estaria de acordo com os atos do CNJ. Tudo levaria a crer que teriam como finalidade secundária levar essa matéria em ação ordinária perante a justiça comum, perpetuando a controvérsia”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo STF Mensal. Brasília: abr/2015, n. 48, Compilação dos Informativos nºs 780 a 783, p. 20. (MS29093, ED-ED, AgR/DF, e outros. Data julgamento: 14.4.2015. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo\\_mensal\\_abril\\_2015.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_abril_2015.pdf). Data da consulta: 15.7.2015).

interessa à sociedade, que terá que arcar com os imensos custos socioeconômicos dessa não resolução dos conflitos; tampouco interessa ao Poder Judiciário, que terá que movimentar toda a sua máquina para a apreciação do mesmo conflito, mediante mais de uma ação.

Uma nova leitura do artigo 51, I, da Lei 9099/95, a partir da concepção legal do NCPC, pode comportar diversas soluções jurídicas, exceto a indicada pelo legislador de 1995.

Caso o autor não compareça à *audiência de conciliação*, por exemplo, em que a demanda ainda não fora contestada, entendemos razoável a aplicação da regra do artigo 334, parágrafo 8º, do NCPC: “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”. Antes da decisão sobre a aplicação da multa, o juiz deverá dar à parte ausente a oportunidade de justificar-se. De acordo com a justificativa apresentada, o juiz poderá redesignar a audiência de conciliação ou aplicar a multa e determinar o prosseguimento do feito, com a designação da audiência de instrução e julgamento, para fins de proferir sentença de mérito.

Na hipótese de o autor não comparecer à *audiência de instrução e julgamento* e não apresentar motivo justificado, até a abertura da audiência, o juiz deverá proceder à instrução do processo, nos termos do artigo 362, parágrafo 1º, do NCPC, cabendo ao autor ausente suportar os ônus da pena de confesso, caso a parte contrária haja requerido esta prova ou mesmo o juiz a determine de ofício (NCPC, artigo 385, parágrafo 1º).

Não nos parece recomendável, no entanto, que o juiz, nessas circunstâncias, profira sentença de mérito em banca. Talvez possa ser melhor fazer constar da ata que a sentença será publicada no prazo de dez dias, por exemplo. Nesse período judicialmente fixado, o autor ausente teria a oportunidade de comprovar eventual ocorrência de justa causa impeditiva de seu comparecimento à audiência e de impossibilidade absoluta da justificação da ausência no prazo legal.

Esta hipótese está regulada pelo artigo 223 do NCPC, que assegura à parte o direito de provar que não realizou o ato processual dentro do prazo previsto por justa causa, alheia à sua vontade, que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. Caso verificada a justa causa, o juiz designará a realização de audiência com a finalidade exclusiva de inquirir o autor, caso haja pedido nesse sentido. A adoção desse procedimento, embora possa aparentar prejuízo ao procedimento previsto para os feitos do Juizado Especial Cível, nos parece mais adequado à lógica processualística do NCPC, que busca prevenir não somente as sentenças extintivas do processo sem resolução de mérito como também as nulidades processuais, ensejadoras da demora na prestação jurisdicional.

Talvez possamos concluir pela superação doutrinária e, conseqüentemente, pela inutilidade prática do artigo 51, I, da Lei 9099/95.

Os incidentes processuais decorrentes do não comparecimento do autor à audiência de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento devem ser resolvidos à luz das disposições processuais previstas no NCPC, tais como, e respectivamente, mediante a aplicação de multa e das regras do ônus probatório.

A ausência do autor não põe fim ao conflito de interesses subjacente, não altera os fundamentos fático-jurídicos, nem os pedidos, dispostos na petição inicial, nem destitui de força a resistência do réu à pretensão do autor, materializada na contestação. Isso somente seria possível se, por lei de constitucionalidade questionável, o não comparecimento pudesse corresponder a uma espécie de renúncia tácita ao direito reclamado. Não faz (mais) sentido, portanto, resolver-se um incidente de natureza processual pela “prestação negativa da jurisdição”, ou seja, mediante a extinção do processo sem resolução de mérito.

A inutilidade prática do artigo 51, I, da Lei 9099/95, alcança dimensões ainda mais relevantes nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em que os conflitos de interesses dizem respeito à matéria de preponderante interesse público. Entendemos, por este motivo, não ser possível a extinção do processo sem resolução de mérito com base unicamente no não comparecimento do autor à audiência designada no Juizado Especial da Fazenda.

É que os representantes dos entes públicos (Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas), ainda em caso de desistência da ação proposta contra a Fazenda Pública, somente estarão autorizados a manifestar concordância com essa desistência mediante expressa renúncia do autor ao direito sobre que se funda a ação (Inteligência do artigo 3º da Lei 9469/97, que “regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus entes da

administração indireta”).

## 2.2. Da extinção do processo com resolução de questão de mérito.

Conforme Dinamarco, decidir o mérito “é acolher ou rejeitar a pretensão trazida com a demanda inicial, concedendo tutela jurisdicional àquele que tiver razão”<sup>7</sup>. Outras questões relevantes e antecedentes à apreciação do mérito, com força, inclusive, para tornar desnecessário ou prejudicado a declinação judicial sobre o bem da vida em litígio, não se confundem com o mérito da demanda. O juiz profere sentença verdadeiramente meritória quando “substitui a atividade primária das partes e impõe a vontade concreta da lei à situação litigiosa”<sup>8</sup>.

A extinção do processo com resolução de questão de mérito do artigo 354 restringe-se às hipóteses de pronunciamento judicial da decadência ou da prescrição e de sentenças homologatórias de transação, de reconhecimento, pelo réu, da procedência do pedido formulado na ação, ou de renúncia, por parte do autor, à pretensão formulada na inicial.

Sentenças com estas características são consideradas extintivas do processo porque não enfrentam diretamente o mérito do conflito, mediante o acolhimento ou a rejeição da pretensão jurídica deduzida pelo autor.

Além de se caracterizarem pelo não enfrentamento do mérito da causa, a decisão

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 64.

8 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao... Op. cit.* p. 221.

extintiva do processo com resolução de questão de mérito relevante independe de qualquer consideração judicial quanto à necessidade de produção de provas ou quanto aos efeitos da revelia, imprescindíveis para que seja proferida sentença antecipada com resolução de mérito do artigo 355 do NCPC.

**(A) Da extinção do processo mediante o pronunciamento judicial da decadência ou da prescrição.**

A diferença essencial entre decadência e prescrição constitui, até hoje, questão jurídica por demais tormentosa, inclusive entre conceituados juristas<sup>9</sup>, não parecendo ser suficiente para o seu esclarecimento simplesmente afirmar que a decadência atinge o direito material, enquanto a prescrição atinge apenas a ação destinada a proteger esse direito<sup>10</sup>.

9 MACHADO afirma que, no tocante à obrigação tributária principal, prescrição e decadência são institutos bem distintos, estabelecidos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, “que cuidam, o primeiro, da extinção do direito de lançar, e o segundo da extinção do direito de cobrar o tributo”. MACHADO, Hugo de Brito. “Distinção essencial entre decadência e prescrição”. In: MIRANDA, Daniel Gomes de, CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha e ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de (Orgs.). *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Salvador: Editora JusPodvim, 2013, p. 198.

10 LEAL propõe a aplicação de duas regras para solucionar as dificuldades para a discriminação prática dos prazos de decadência das ações: “1ª – focalizar a atenção sobre estas duas circunstâncias: a) se o direito e a ação nascem, concomitantemente, do mesmo fato; b) se a ação representa o meio de que dispõe o titular, para tornar efetivo o exercício de seu direito; 2ª – se essas duas circunstâncias se verificarem, o prazo estabelecido pela lei para o exercício da ação é um prazo de decadência, e não de prescrição, porque é perfixado, aparentemente, ao exercício da ação, mas, na realidade, ao exercício do direito, representado pela ação”. LEAL, Antônio Luís da

Inobstante às polêmicas doutrinárias, é o sistema normativo que, em defesa da preponderância do princípio da segurança jurídica e da necessidade de estabilização das relações sociais, estabelece prazos tanto para a “caducidade” do direito material quanto para o seu titular demandar judicialmente esse direito. A prescrição e a decadência, na condição de categorias eficazes imputáveis a fatos jurídicos, não corresponderiam necessariamente a conceitos lógico-jurídicos, mas “conceitos jurídico-positivos, de forma que o legislador tem total liberdade para estabelecer os prazos prescricionais e decadenciais, as formas de suspensão, de interrupção, de contagem, assim como as consequências de seu advento”<sup>11</sup>.

A análise do caso concreto, portanto, à luz dos prazos prescricionais e decadenciais previstos na legislação aplicável à relação jurídica travada entre o autor e o réu, é que vai determinar eventual decisão, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência da decadência ou da prescrição.

Do ponto de vista processual, o importante é que o juiz, antes de passar ao exame de mérito dos pedidos formulados pelo autor, verifique os aspectos jurídicos pertinentes à decadência e prescrição. De qualquer sorte, qualquer decisão judicial nesse sentido, seja por provocação da parte demandada, seja pela possibilidade de reconhecimento de ofício pelo

Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 401.

11 DE ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. “Prescrição e decadência: conceitos lógico-jurídicos ou jurídico-positivos?”. In: MIRANDA, Daniel Gomes de, CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha e ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de (Orgs.). *Prescrição e decadência: estudos... Op. cit.*, p. 227.

juiz, deve ser dada à(s) parte(s) a oportunidade de prévia manifestação dos interessados (NCPC, artigo 487, parágrafo único), ressalvada a hipótese de improcedência liminar do pedido, com este fundamento, nos termos do artigo 332, parágrafo 1º do NCPC. Essa exceção à regra de prévia manifestação, ao pronunciamento da prescrição ou da decadência, justifica-se, basicamente, pela possibilidade do exercício do juízo de retratação pelo juiz sentenciante, na hipótese de interposição de apelação (NCPC, artigo 332, parágrafo 3º).

***(B) Da extinção do processo mediante sentença homologatória.***

As decisões judiciais decorrentes de atos de iniciativa das próprias partes possuem natureza homologatória da autocomposição, seja no tocante à adequação do procedimento às especificidades da causa (NCPC, artigo 190), seja em relação ao mérito da demanda, mediante a transação, o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou a renúncia à pretensão formulada na inicial.

O caráter homologatório da sentença proferida nessas condições não a destitui de eficácia executiva, conforme previsto no artigo 515, II, do NCPC. No entanto, não nos parece razoável a utilização de uma prática judicial de redação da sentença homologatória que se limite a fazer mera referência aos termos acordo constante em petição da(s) parte(s) ou em ata de audiência. Embora essa conduta possa não constituir fundamento de nulidade da sentença, ela pode propiciar questionamentos ulteriores ou dúvidas na sua concreta efetivação, já que necessitará de ser acompanhada do anexo referido, sempre que for utilizada fora dos autos de origem.

Consideramos, portanto, a efeitos de conferir maior segurança jurídica e publicidade ao título judicial, que o objeto da autocomposição conste expressamente na parte dispositiva da sentença, na qual deverão ficar dispostas os termos e condições do acordo homologado pelo Poder Judiciário.

O reconhecimento da procedência do pedido e a renúncia ao direito pelo autor, ensejadores da sentença homologatória do artigo 515, II, do NCPC, não se confundem com a confissão prevista no artigo 389 do referido código.

No reconhecimento da procedência, o réu simplesmente adere ao pedido do autor, afirma a sua expressa concordância com o pedido formulado, “sem se manifestar sobre o fato (isso é, sem admitir que o fato afirmado pelo autor ocorreu)”<sup>12</sup>.

A confissão constitui elemento de prova em que a parte, judicial ou extrajudicialmente, admite a verdade do fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário (NCPC, artigo 389); ela não conduz a uma sentença homologatória e sim a uma sentença de acolhimento ou de rejeição do pedido do autor. As consequências jurídicas da confissão dependerão da “análise do contexto probatório, com base no princípio da persuasão racional do juiz”<sup>13</sup>.

12 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de... Op. Cit.* p. 730.

13 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (et al.). *Primeiros Comentários ao... Op. Cit.* p. 672.

### 2.3. Da possibilidade de decisão interlocutória parcialmente terminativa do processo.

De acordo ao disposto no parágrafo único do artigo 354 do NCPC, a decisão (e não mais sentença) de extinção do processo, sem resolução de mérito ou homologatória de acordo, “pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento”.

Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, nas hipóteses do artigo 113 do NCPC. Com exceção da hipótese de *litisconsórcio unitário*, em que o juiz terá que decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes, estes “serão considerados, em sua relação com a parte adversa, como litigantes distintos” (NCPC, artigo 117).

Nessas circunstâncias, é possível ao julgador, por exemplo, proferir decisão interlocutória parcialmente terminativa do processo, mediante a exclusão de um dos réus do polo passivo, por ilegitimidade de parte, ou homologar uma transação realizada entre o autor e um dos réus. Não faz mais sentido (e talvez nunca tenha feito, exceto pelo excesso de apego ao formalismo), que uma parte manifestamente ilegítima para a causa ou que tenha celebrado uma transação, aguarde toda a tramitação processual, tendo, inclusive, que comparecer a todos e arcar com os respectivos custos dessa movimentação, para ver resolvido o seu (suposto) conflito de interesses.

Ademais da hipótese de cúmulo subjetivo, “é lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”

(NCPC, artigo 327).

Por permitir a solução de mais de uma lide em um mesmo processo, “a cumulação de ações é incentivada pelo sistema processual”<sup>14</sup>. Assim, nas hipóteses de cumulação simples do artigo 327 do NCPC, é perfeitamente possível, por exemplo, que seja proferida decisão interlocutória terminativa homologando transação firmada pelas partes, quanto à indenização por danos materiais, por exemplo, deixando para a sentença de mérito a apreciação do pedido de danos morais.

Mesmo na hipótese de pedido único, condenação à obrigação de pagar à Fazenda Pública, cujo valor total seja integrado por títulos diversos, é possível, em sede de decisão interlocutória terminativa, o pronunciamento judicial sobre a prescrição de parte da dívida cobrada. Não haverá necessidade de se aguardar toda a dilação probatória, nem tem razão de se produzir prova sobre essa parcela do processo, para esse reconhecimento pelo julgador.

O princípio constitucional do “direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, explicitado no artigo 4º do NCPC (as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa)<sup>15</sup>,

14 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de... Op. Cit.* p. 542.

15 Conforme o Anteprojeto do NCPC, “a coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”. BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada

constitui um dos fundamentos normativos para o fracionamento do processo. A decisão interlocutória parcialmente terminativa do processo corresponde a instrumento judicial destinada a potencializar a celeridade e a efetividade do processo.

### 3. Do julgamento antecipado do mérito.

A nova lei processual civil, no seu artigo 355, segue admitindo o *juízo antecipado do mérito*, mediante sentença acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, notadamente quando: *(i)* não houver necessidade de produção de outras provas, ou; *(ii)* quando o réu for revel, incidirem os efeitos de presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor e, desde que não haja, por parte do demandado, requerimento tempestivo de produção de prova (NCPC, artigo 349).

O julgamento antecipado do mérito não se confunde com a improcedência liminar do pedido, do artigo 332 do NCPC; esta antecede a citação do réu, aquele pressupõe a citação do réu, mas independe de oferecimento de contestação, já que também pode ser aplicado às hipóteses de revelia.

Parte da doutrina considera que a designação “juízo antecipado” talvez fosse mais adequada às causas de improcedência liminar do pedido, porque realizada em momento anterior à triangulização processual, e que às hipóteses do 355 do NCPC pudesse melhor corresponder à denominação de

.....  
a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. p. 13. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Data da Consulta: 9.7.2014.

“juízo imediato do pedido”<sup>16</sup>. No entanto, a antecipação mencionada no dispositivo legal em comento refere-se à produção de provas e não à citação do réu. Assim, pode-se afirmar que o elemento caracterizador do juízo antecipado do mérito é a resolução do conflito mediante sentença acolhedora ou denegatória da pretensão do autor, sem necessidade de produção de outras provas, além das apresentadas com a inicial e com a resposta do réu, caso a ação tenha sido contestada.

#### 3.1. Do julgamento antecipado do mérito ante a “desnecessidade” de produção de outras provas em ação contestada.

O legislador de 2015, ao dispor sobre as provas que as partes pretendem produzir, utilizou-se de termos distintos no artigo 319, que estabelece os requisitos da petição inicial, e no artigo 336, que trata da contestação.

Assim talvez pudéssemos considerar que “indicar as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados” corresponderia a se admitir ao demandante, na peça inaugural, o protesto genérico de todas as provas em direito admitidas, já que “somente depois que o réu responde à demanda ou deixa de respondê-la, é que serão conhecidos os

.....  
16 Nesse sentido, MEDINA afirma que “rigorosamente, sendo desnecessária a produção de provas em audiência de instrução – porque inexistente controvérsia sobre fatos – o juízo imediato da lide é medida que se impõe, não se podendo dizer que tal juízo seja realizado antes do tempo devido, mas feito no momento oportuno, ajustado às circunstâncias da causa”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de... Op. Cit.* p. 594.

eventuais pontos controvertidos, bem como os fatos que eventualmente dependam de mais prova para a sua elucidação”<sup>17</sup>.

Já, com relação à incumbência do réu de *impugnar* o pedido do autor, “*especificando as provas que pretende produzir*” poderia estar a indicar um comando mais impositivo, ante a estabilização da lide, decorrente da expressa impossibilidade de o autor, após a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, sem consentimento do réu (NCPC, artigo 329, I).

Sem embargo, a necessidade de harmonização do processo com o Estado Democrático de Direito e com as garantias constitucionais dele decorrentes<sup>18</sup>, resultou na adoção de um modelo cooperativo na construção da decisão judicial (NCPC, artigo 6º), inclusive no tocante à determinação da prova necessária ao esclarecimento dos fatos, mesmo na fase de saneamento e organização do processo, posterior à fase postulatória, conforme regramento do artigo 357, parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º.

17 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao... Op. cit.* p. 818.

18 Conforme o Anteprojeto do NCPC, “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”. BRASIL. SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. p. 11. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Data da Consulta: 10.7.2014.

**(A) Da impossibilidade do julgamento antecipado do mérito com fundamento unicamente no conceito do CPC/1973: “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.**

A exclusão do NCPC do conceito acima referido -“*quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência*”-, consolidado no CPC/1973, como caracterizador da situação fático-jurídica que autorizava o juiz a julgar antecipadamente o pedido, não se trata unicamente de uma tentativa de conferir maior precisão ao texto legal<sup>19</sup>; mesmo porque o conceito atualmente utilizado, no artigo 355, I, do NCPC, -“*não houver necessidade de produção de outras provas*”, - é muito diferente do previsto no ordenamento anterior.

Consideramos que o legislador 2015 excluiu a consagrada expressão exatamente para deslocar da competência absoluta do juiz a responsabilidade de decidir sobre a necessidade ou não de outras provas, o que era perfeitamente possível, no CPC/1073, mediante elaborada fundamentação nesse sentido no corpo da sentença.

Para julgar antecipadamente o pedido no sistema do CPC/1973, o juiz, utilizando-se da ampla margem de poder decisório quanto à produção de provas, esforçava-se para enquadrar o caso concreto em questão unicamente de direito ou mesmo que a questão

19 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao... Op. cit.* p. 957.

fosse de fato e de direito e ele, o julgador, considerasse, subjetivamente, desnecessária a produção de outras provas.

A condução do processo, nessas condições, apresentava diversos problemas, dentre os quais: **(i)** excesso de concentração de poder judicial, quanto à produção da prova, com riscos a subjetivismos decorrentes, inclusive, da interação existente entre a apreciação do mérito e o resultado das provas produzidas; **(ii)** limitação ou cerceamento da atividade probatória das partes, vez que a sentença que julga antecipadamente o mérito quase sempre era proferida sem prévia intimação das partes<sup>20</sup>; **(iii)** deslocamento da energia do julgador para o enfrentamento de questões de natureza processual, com a consequente secundarização do foco meritório da demanda, o que pode representar vantagens protelatórias à parte que não tenha ‘direito’ na causa; **(iv)** prejuízos à prestação jurisdicional, em vista das não raras declarações de nulidades por cerceamento de defesa, pelas instâncias superiores, e determinação da instrução e julgamento pelo juízo de primeiro grau.

O Juízo de valor sobre a necessidade da produção de outras provas, no modelo do NCPC, passa, portanto, a depender mais do que digam (requeiram) as partes sobre essa necessidade e menos de considerações (fundamentações) judiciais a respeito da natureza da controvérsia,

20 NERY JÚNIOR assevera que “a proibição de decisão-surpresa, manifestação do contraditório no processo, vincula o juiz a abrir o debate entre as partes sobre todas as questões que podem ser resolvidas de ofício no curso do processo”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal, administrativo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 241.

se unicamente de direito ou de fato e de direito. Verifica-se, portanto, uma marcante mitigação a respeito do poder do juiz quanto à necessidade de produção de prova, em consequência do direito constitucional à prova, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal (“aos litigantes são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

### **(B) Da formação do juízo de valor relativo à suficiência da prova documental apresentada pelas partes.**

O juiz pode formar sua convicção sobre o mérito da demanda com base unicamente nos documentos apresentados pelas partes, na inicial e na contestação, e considerar, portanto, desnecessária a produção de provas em audiência. Este juízo de valor, subjetivo do juiz, não pode mais ser considerado como suficiente, nem mesmo se apresenta adequado ao atual modelo cooperativo e participativo do processo civil, motivo pelo qual não nos parece recomendável que ele profira sentença de mérito sem prévia intimação das partes sobre essa possibilidade, nas hipóteses em que elas tenham requerido a produção de provas em audiência, mesmo que em termos genéricos.

Assim, entendemos que o julgador deverá determinar a intimação das partes para que, no prazo de cinco dias, ofereçam impugnação, mediante requerimento justificado e especificado da produção de prova, ante a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, com base exclusivamente na prova documental constante dos autos. Caso as partes silenciem, o juiz estará autorizado a sentenciar o processo, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor. Do contrário, o juiz terá que

avaliar, sobre a necessidade da prova requerida, podendo, inclusive, designar a realização da audiência, prevista no artigo 357, parágrafo 3º, para o saneamento do processo em cooperação com as partes; aplicável, em teoria, às causas mais complexas, seja do ponto de vista fático ou jurídico.

Estimamos que a adoção de uma medida dessa natureza evitaria à parte sucumbente alegar, em sede recursal, cerceamento de defesa, por haver requerido, tempestivamente, a produção de provas. Oportunizar as partes a intervir na condução do processo, mesmo nos casos em que o juiz se considere habilitado a sentenciar com base na prova documental, reduz as margens de questionamentos de matéria processual em sede de recurso, possibilita às instâncias superiores se debruçar somente sobre o mérito da decisão recorrida e, principalmente, se harmoniza com as garantias processuais constitucionalmente asseguradas às partes.

***(C) Do julgamento antecipado do mérito pela inexistência de requerimento de produção de prova em audiência.***

Situação distinta da anteriormente comentada, em que existe a necessidade de formação compartilhada de um juízo de valor sobre a *desnecessidade de produção de outras provas*, diz respeito a uma improvável hipótese, pelo menos para a grande maioria das demandas, em que autor e réu, desde as suas manifestações iniciais, petição inaugural e contestação, afirmem não ter interesse na produção de provas em audiência. Não porque situações jurídicas não possam ser frequentes, mas porque, frequentemente, não se costuma

abrir mão de requerer a “produção de todas as provas admitidas em direito”, mesmo para aquelas situações em que todos sabem que não vai ser produzida nenhuma prova.

Caso algum dia se alcance um nível colaborativo dessa ordem com o Poder Judiciário, o juiz estará autorizado pelas partes a sentenciar, antecipadamente, o mérito da demanda, independentemente de outras provas ou de outros esclarecimentos das partes ou de seus advogados.

A responsabilidade compartilhada pela formação do juízo de valor sobre a necessidade de produção de outras provas autoriza o julgador a determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, mesmo nessas hipóteses de inexistência de requerimento das partes (NCPC, artigo 370).

O interesse público à produção da prova nos permite afirmar que, assim como não basta ao julgador se sentir, intimamente, convencido da desnecessidade de outras provas para o julgamento antecipado do pedido, também não é suficiente para tanto o interesse das partes no julgamento imediato do mérito, se o juiz não está de acordo com essa possibilidade. O NCPC cria um sistema de controle recíproco sobre a necessidade ou não da produção de outras provas, de modo a não conferir, nessa seara, poderes absolutos de decisão, nem ao julgador, nem às partes.

**3.2. Do julgamento antecipado do mérito ante a ocorrência dos efeitos da revelia e a inexistência de requerimento de provas pelo réu revel.**

A simples revelia do réu não constitui mais como requisito suficiente para o

juízo antecipado do pedido, conforme autorizava o artigo 330, II, do CPC/1973. O regramento sobre essa possibilidade, a partir do NCPC, requer a conjugação de duas condições processuais: a ocorrência dos efeitos da revelia concomitante à inexistência de requerimento de provas, tempestivamente apresentado pelo réu revel.

Não será possível, portanto, o julgamento antecipado do mérito quando as alegações do autor não puderem ser presumidas como verdadeira, em virtude de: **(i)** um dos corréus haver contestado a ação, nas hipóteses de litisconsorte passivo; **(ii)** o litígio versar sobre direitos indisponíveis; **(iii)** a petição inicial encontrar-se desacompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; **(iv)** as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos. Em quaisquer dessas situações, não se admitirá o julgamento imediato do mérito, ainda que a parte autora não tenha requerido a produção de provas, hipótese em que o juiz deverá determinar ao autor que especifique as provas que pretende produzir (NCPC, artigo 348).

Igualmente não se permite o julgamento antecipado do mérito se o réu revel requerer tempestivamente a produção de provas, nos termos do artigo 349 do NCPC (*“ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”*). A possibilidade de produção de provas pelo revel não se trata de uma novidade no sistema processual pátrio, em vista da Súmula 231 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 13/12/1963: “o revel, em processo cível, pode

produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”.

O CPC/1973 não continha norma expressa, referente à não incidência dos efeitos da revelia, permitindo ao revel requerer a produção de provas, pelo que se mantiveram, ao longo de sua vigência, notórias divergências jurisprudenciais sobre a matéria<sup>21</sup>. O legislador de 2015, atento a essa problemática, prejudicial à apreciação do mérito da lide, e com a finalidade de harmonizar o processo civil com o direito constitucional à ampla defesa<sup>22</sup>, considerou relevante uma norma expressa sobre o direito à prova do réu revel, com força, inclusive, para elidir a incidência dos efeitos da revelia e impedir o julgamento antecipado do mérito.

O direito constitucional à ampla defesa impede que possa ser considerado

21 NEGRÃO registra que “no direito atual, a jurisprudência é um tanto contraditória. Em JTA 49/131, ficou declarado que o revel pode produzir provas, mas com ressalvas que praticamente impossibilitam essa produção; em RT 493/111 e RJTJESP 45/2007, foi permitida a produção de provas ao revel, por maioria dos votos; em JTA 34/253, ficou decidido que o revel não pode forçar a designação de audiência, para ouvir suas testemunhas; em RT 500/77 e RJTJESP 45/159, que pode arrolar testemunhas para contraprova dos fatos articulados pelo autor; no Bol. AASP 913/70 e em RT 512/150, que pode participar da audiência, contraditar testemunhas, formular perguntas, impugnar documentos, debater a causa, etc.” NEGRÃO, Theotônio; GOUVEIA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da Fonseca. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 444.

22 NERY JÚNIOR observa que “o destinatário da prova é o processo, de modo que a parte tem o direito de realizar a prova do fato controvertido ou, conforme o caso, do direito alegado para que o processo adquira essa prova para ser analisada e apreciada livremente pelo juiz, que julgará a causa de acordo com seu livre convencimento motivado”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo... Op. Cit.* p. 260.

razoável excluir-se do revel a possibilidade de requerer provas destinadas a desconstituir a pretensão jurídica formulada pelo autor. Uma questão de ordem processual, como a revelia, não pode resultar numa penalização impeditiva do exercício de um direito fundamental constitucionalmente assegurado. Não se pode estabelecer “um fosso entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente”<sup>23</sup>.

Se, por um lado, o esforço legislativo no sentido de superar as divergências jurisprudenciais quanto à possibilidade de o revel requerer a produção de provas parece ter sido alcançado, por outro, o mesmo não se pode afirmar quanto às distintas interpretações que possam ser dadas à segunda parte do artigo 349 do NCPC: “desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”, assim como com relação às consequências práticas desse permissivo legal.

O NCPC não estabeleceu, com precisão, qual o momento processual considerado como “a tempo” para a prática do ato indispensável a essa produção. Por mais que a legislação tente homogeneizar as fases do procedimento comum (postulatória, saneamento, instrutória ou probatória e decisória), os processos nem sempre seguem exatamente conforme o rito legal, por circunstâncias das mais diversas possíveis (necessidade de repetição da citação, erro na juntada de documento ou de contagem

de prazo pela secretaria, redesignação de audiência, etc.). Todos esses incidentes contribuem para inúmeras discussões acerca da contagem dos prazos e sobre o efetivo início ou fim de determinada fase do procedimento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda à luz do CPC/1973, parece oscilar o conceito de tempestividade para o requerimento de provas pelo revel, ora considerando-o como o momento que “antecede a fase probatória”<sup>24</sup>,

24 STJ. REsp. 211851/SP. RECURSO ESPECIAL 1999/0038107-6. **Relator:** Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. **Órgão Julgador:** T4 - QUARTA TURMA. **Data do Julgamento:** 10/08/1999. **Data da Publicação/Fonte:** DJ 13/09/1999 p. 71; REVFOR vol. 352 p. 303. RSTJ vol. 124 p. 419. **Ementa:** PROCESSO CIVIL. REVELIA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. REQUERIMENTO DE PROVAS PELO RÉU REVEL. POSSIBILIDADE. LIMITES. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS AFIRMADOS NA INICIAL. CPC, ARTS. 322, 319, 320 E 330. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. RECURSO DESACOLHIDO. I - A presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial, em caso de revelia, é relativa, devendo o juiz atentar para a presença ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais e para a prova de existência dos fatos da causa. Desse modo, pode extinguir o feito sem julgamento de mérito ou mesmo concluir pela improcedência do pedido, a despeito de ocorrida a revelia. II - A produção de provas visa à formação da convicção do julgador acerca da existência dos fatos controvertidos, conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos, segundo o qual “a questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em consequência, a prova visa, como fim último, incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado” (Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I, 2a ed., São Paulo: Max Limonad, 1952, nº 5, p.15). III - **Comparecendo antes de iniciada a fase probatória, incumbe ao julgador sopesar a sua intervenção e a pertinência da produção das provas, visando a evidenciar a existência dos fatos da causa, não se limitando a julgar procedente o pedido somente como efeito da revelia.** IV - A produção de provas requeridas pelo revel limita-se aos fatos afirmados na inicial. V - Sem o cotejo analítico entre o acórdão impugnado e os arestos trazidos a confronto, não se caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a ensejar o acesso à instância especial. (Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22S%1LVIO+DE+FIGUEIREDO+TEI-](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22S%1LVIO+DE+FIGUEIREDO+TEI-)

23 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (et al.). *Primeiros Comentários ao...* Op. Cit. p. 612.

ora levando em conta o termo que “antecede ao encerramento da fase instrutória”<sup>25</sup>.

Alinha de entendimento mais compatível com a atual conformação do sistema processual civil parece dizer respeito àquela que impõe menos rigor à atuação processual do revel.

Assim, nos parece possível ao revel requerer a produção de provas mesmo após o encerramento da fase postulatória, das providências preliminares e do julgamento conforme o estado do processo, caso, obviamente, não tenha ocorrido o julgamento antecipado do mérito nessa última fase. Consideramos que o essencial a ser considerado para a possibilidade de admissão do requerimento de provas pelo réu revel é

.....  
XEIRA%22%29.min.&processo=211851&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Data da consulta: 15.7.2015).

25 STJ. RE-Sp. 1335994/SP. RECURSO ESPECIAL 2012/0155834-1. **Relator:** Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. **Órgão Julgador:** T3 - TERCEIRA TURMA. **Data do Julgamento:** 12/08/2014. **Data da Publicação/Fonte:** DJe 18/08/2014; RB vol. 612 p. 42; REVJUR vol. 443 p. 111. **Ementa.** RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONVENÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. A revelia, que decorre do não oferecimento de contestação, enseja presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na petição inicial, podendo ser infirmada pelos demais elementos dos autos, motivo pelo qual não acarreta a procedência automática dos pedidos iniciais. **2. A decretação da revelia com a imposição da presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na petição inicial não impede que o réu exerça o direito de produção de provas, desde que intervenha no processo antes de encerrada a fase instrutória.** 3. No caso, a apresentação de reconvenção, ainda que sem o oferecimento de contestação em peça autônoma, aliada ao pedido de produção de provas formulado em tempo e modo oportunos impedia o julgamento antecipado da lide. 4. Recurso especial não provido. (Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22RICARDO+VILLAS+B%D4AS+CUEVA%22%29.min.&processo=1335994&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22RICARDO+VILLAS+B%D4AS+CUEVA%22%29.min.&processo=1335994&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Data da consulta: 15.7.2015).

que o processo ainda se encontre pendente de produção de prova, requerida pelo autor ou determinada de ofício pelo juiz.

O princípio da duração razoável do processo e da celeridade de sua tramitação cede lugar ao princípio do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Essa linha de entendimento parece estar em conformidade com o disposto no artigo 932, I, do NCPC, que atribui ao relator do recurso dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive, em relação à determinação da prova. Assim, caso se reconheça, na instância superior, “a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”. Muito embora eventual necessidade de produção de prova seja vício sanável, com possibilidade de correção na instância superior, parece ser preferível ao juiz oportunizar ao revel a produção de provas, caso haja requerimento nesse sentido, antes do encerramento da instrução, salvo que se trate de diligências inúteis ou meramente protelatórias<sup>26</sup>, assim consideradas por decisão fundamentada (NCPC, artigo 370, parágrafo único).

Uma consequência prática desse novel permissivo legal pode consistir no fim da polêmica sobre a determinação judicial do

.....  
26 Segundo WAMBIER, “*diligência inútil* é aquela que realizada seus resultados não teriam potencialidade para contribuir na solução de questão fática. *Diligência meramente protelatória* é aquela que é pretendida apenas para prejudicar outras atividades, o próprio caminhar procedimental, retardando uma decisão”. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao... Op. cit.* p. 998.

desentranhamento dos autos da contestação intempestiva e dos documentos que a acompanham<sup>27</sup>. O NCPC, ao tratar sobre a verificação dos prazos e das penalidades, não repetiu o comando do artigo 195 do CPC/1973, que autorizava o juiz, de ofício, a mandar riscar os escritos e desentranhar as alegações e documentos que o advogado descumpridor de prazo tenha feito no processo. No atual modelo, essa conduta sujeita o advogado, no âmbito processual, à perda do direito de vista fora do cartório e multa, assim como à comunicação à seção local da Ordem dos Advogados do Brasil para fins de apuração disciplinar (NCPC, artigo 234).

À desídia profissional do advogado, portanto, não corresponde mais à imposição de sanção processual à parte representada, com potencialidade, inclusive, para causar prejuízo de difícil reparação ao seu direito material.

O atual sistema de controle do cumprimento dos prazos processuais não trata exatamente de se conferir igual eficácia jurídica aos atos tempestivos e intempestivos, mas de assegurar o direito constitucional à prova, mesmo do réu revel, que apresenta contestação extemporânea. Nessas circunstâncias, se pode afirmar que se constitui direito do revel a valoração judicial da prova documental acostada à contestação intempestiva, assim como a produção das demais provas nela requeridas, ou, pelo menos, afastada fundamentadamente a necessidade de sua produção.

Em resumo, assim como a revelia não se constitui mais como requisito suficiente para o

juízo antecipado do mérito, ela também não pode mais se configurar como fundamento jurídico válido para se excluir do réu o direito à produção de provas.

#### 4. Do julgamento antecipado parcial do mérito.

O julgamento antecipado parcial do mérito, previsto no artigo 356 do NCPC, constitui instituto do direito processual destinado a assegurar o cumprimento do princípio da celeridade e da efetividade do processo, bem como a conferir maior eficiência ao sistema recursal, mediante a devolução, às instâncias superiores, unicamente das questões controvertidas.

Ao julgar antecipadamente parte do pedido ou dos pedidos formulados, o juiz, ao mesmo tempo: **(i)** assegura, mais rápida e eficientemente, à parte titular do direito usufruir da parcela do bem da vida não controversa ou sobre a qual não haja necessidade de produzir prova além das já apresentadas; **(ii)** delimita, melhor e com mais precisão, a questão controvertida objeto da prova a ser produzida.

O julgamento antecipado parcial do mérito consiste em conferir o maior rendimento ao processo, tendo em vista não fazer sentido o prolongamento da demanda, com relação à parcela da pretensão deduzida na inicial, quando presentes, concomitantemente, pelo menos, um dos pressupostos e um dos requisitos previstos no artigo 356 do NCPC.

Consideramos que os pressupostos do julgamento antecipado parcial do mérito encontram-se previstos no *caput* do citado artigo, quais sejam: **(i)** que o pedido único formulado pelo autor tenha por objeto coisa

27 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (et al.). *Primeiros Comentários ao... Op. Cit.* p. 612.

divisível<sup>28</sup>; **(ii)** que o autor haja formulado dois ou mais pedidos, sujeitos à apreciação como partes autônomas do mesmo litígio.

Caso ocorra pelo menos um dos pressupostos acima, o juiz deve verificar se um dos pedidos formulados ou de parcela deles se apresenta como incontroverso<sup>29</sup>, ou mesmo se, com relação à fração do pedido ou dos pedidos, não há necessidade de produção de provas, na conformidade disposta no artigo 355, I e II, do NCPC.

O julgamento antecipado parcial do mérito somente vai ser admissível nessas hipóteses, independentemente que a obrigação objeto do pedido seja líquida ou ilíquida (NCPC, artigo 356, parágrafo 1º). As questões relativas ao cumprimento de obrigações judiciais de pagar quantias ilíquidas, decorram elas de decisões interlocutórias antecipatória do pedido ou de sentenças de mérito, resolvem-se pelas regras processuais de liquidação, previstas nos artigos 509 a 512 do NCPC, em nada obstando o julgamento antecipado parcial.

Para fins de eliminar dúvidas quanto à possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito referente à obrigação ilíquida, os parágrafos 2º, 3º e 4º, do artigo 356, estabelecem um subsistema de liquidação e cumprimento da decisão, com possibilidade, inclusive, de

processamento em autos suplementares.

Por último, cumpre destacar que, como não poderia ser diferente, que a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito está sujeito ao recurso de agravo de instrumento.

28 Código Civil. Art. 258. A obrigação é **indivisível** quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.

29 DINAMARCO, citando Araujo Cintra, sobre a hipótese de existência de parte incontroversa, no sistema revogado da sentença una, afirma que, nesses casos, a sentença poderia ter “três capítulos, a saber, um referente aos 50 incontroversos, outro aos 30 controversos mas devidos e um terceiro, aos 20 não devidos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença. Op. Cit.*, p. 29.



## Enfam divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC

01/09/2015

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) divulga a íntegra dos 62 enunciados que servirão para orientar a magistratura nacional na aplicação do novo Código de Processo Civil (CPC). Os textos foram aprovados por cerca de 500 magistrados durante o seminário O Poder Judiciário e o novo CPC realizado no período de 26 a 28 de agosto.

Os enunciados tratam de questões consideradas relevantes sobre a aplicação do novo Código, a saber: Contraditório no novo CPC; Precedentes e jurisprudência; Motivação das decisões; Honorários; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR); Recursos repetitivos; Tutela provisória; Ordem cronológica, flexibilização procedimental e calendário processual; Sistema recursal; Juizados especiais; Cumprimento de julgados e execução; e Mediação e conciliação.

## ENUNCIADOS APROVADOS

- 1) Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.
- 2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.
- 3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.
- 4) Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.
- 5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.
- 6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.
- 7) O acórdão, cujos fundamentos não tenham sido explicitamente adotados como razões de decidir, não constitui precedente vinculante.
- 8) Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.
- 9) É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.
- 10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.
- 11) Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.
- 12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.
- 13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.
- 14) Em caso de sucumbência recíproca, deverá ser considerada proveito econômico do réu, para fins do art. 85, § 2º, do CPC/2015, a diferença entre o que foi pleiteado pelo

- autor e o que foi concedido, inclusive no que se refere às condenações por danos morais.
- 15) Nas execuções fiscais ou naquelas fundadas em título extrajudicial promovidas contra a Fazenda Pública, a fixação dos honorários deverá observar os parâmetros do art. 85, § 3º, do CPC/2015.
  - 16) Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015).
  - 17) Para apuração do “valor atualizado da causa” a que se refere o art. 85, § 2º, do CPC/2015, deverão ser utilizados os índices previstos no programa de atualização financeira do CNJ a que faz referência o art. 509, § 3º.
  - 18) Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015).
  - 19) A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.
  - 20) O pedido fundado em tese aprovada em IRDR deverá ser julgado procedente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, salvo se for o caso de distinção ou se houver superação do entendimento pelo tribunal competente.
  - 21) O IRDR pode ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais. (\*)
  - 22) A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.
  - 23) É obrigatória a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, em trâmite nos Estados ou regiões, nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC/2015, bem como nos termos do art. 1.037 do mesmo código.
  - 24) O prazo de um ano previsto no art. 1.037 do CPC/2015 deverá ser aplicado aos processos já afetados antes da vigência dessa norma, com o seu cômputo integral a partir da entrada em vigor do novo estatuto processual.
  - 25) A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).
- (\*) vide enunciado n. 44.
- 26) Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo

- único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.
- 27) Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015.
  - 28) Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso.
  - 29) Para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora.
  - 30) É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.
  - 31) A concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma.
  - 32) O rol do art. 12, § 2º, do CPC/2015 é exemplificativo, de modo que o juiz poderá, fundamentadamente, proferir sentença ou acórdão fora da ordem cronológica de conclusão, desde que preservadas a moralidade, a publicidade, a impessoalidade e a eficiência na gestão da unidade judiciária.
  - 33) A urgência referida no art. 12, § 2º, IX, do CPC/2015 é diversa da necessária para a concessão de tutelas provisórias de urgência, estando autorizada, portanto, a prolação de sentenças e acórdãos fora da ordem cronológica de conclusão, em virtude de particularidades gerenciais da unidade judicial, em decisão devidamente fundamentada.
  - 34) A violação das regras dos arts. 12 e 153 do CPC/2015 não é causa de nulidade dos atos praticados no processo decidido/cumprido fora da ordem cronológica, tampouco caracteriza, por si só, parcialidade do julgador ou do serventuário.
  - 35) Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo.
  - 36) A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que:
    - a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.

- 37) São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.
- 38) Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica (arts. 190 e 191 do CPC/2015).
- 39) Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, § 1º, do CPC/2015).
- 40) Incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento reputado omitido é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador.
- 41) Por compor a estrutura do julgamento, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes.
- 42) Não será declarada a nulidade sem que tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo por ausência de análise de argumento deduzido pela parte.
- 43) O art. 332 do CPC/2015 se aplica ao sistema de juizados especiais e o inciso IV também abrange os enunciados e súmulas dos seus órgãos colegiados competentes.
- 44) Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema.
- 45) A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao sistema de juizados especiais.
- 46) O § 5º do art. 1.003 do CPC/2015 (prazo recursal de 15 dias) não se aplica ao sistema de juizados especiais.
- 47) O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.
- 48) O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.
- 49) No julgamento antecipado parcial de mérito, o cumprimento provisório da decisão inicia-se independentemente de caução (art. 356, § 2º, do CPC/2015), sendo aplicável, todavia, a regra do art. 520, IV.
- 50) O oferecimento de impugnação manifestamente protelatória ao cumprimento de sentença será considerado conduta atentatória à dignidade da Justiça (art. 918, III, parágrafo único, do CPC/2015), ensejando a aplicação da multa prevista no art. 774, parágrafo único.
- 51) A majoração de honorários advocatícios prevista no art. 827, § 2º, do CPC/2015 não é aplicável à impugnação ao cumprimento de sentença.

- 52) A citação a que se refere o art. 792, § 3º, do CPC/2015 (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015).
- 53) O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.
- 54) A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4º, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art. 675, *caput*, do mesmo código.
- 55) Às hipóteses de rejeição liminar a que se referem os arts. 525, § 5º, 535, § 2º, e 917 do CPC/2015 (excesso de execução) não se aplicam os arts. 9º e 10 desse código.
- 56) Nas atas das sessões de conciliação e mediação, somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes.
- 57) O cadastro dos conciliadores, mediadores e câmaras privadas deve ser realizado nos núcleos estaduais ou regionais de conciliação (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC), que atuarão como órgãos de gestão do sistema de autocomposição.
- 58) As escolas judiciais e da magistratura têm autonomia para formação de conciliadores e mediadores, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ.
- 59) O conciliador ou mediador não cadastrado no tribunal, escolhido na forma do § 1º do art. 168 do CPC/2015, deverá preencher o requisito de capacitação mínima previsto no § 1º do art. 167.
- 60) À sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador aplicam-se os impedimentos de que tratam os arts. 167, § 5º, e 172 do CPC/2015.
- 61) Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º.
- 62) O conciliador e o mediador deverão advertir os presentes, no início da sessão ou audiência, da extensão do princípio da confidencialidade a todos os participantes do ato.



## **ESCOLA JUDICIAL**

TRT - 15ª Região

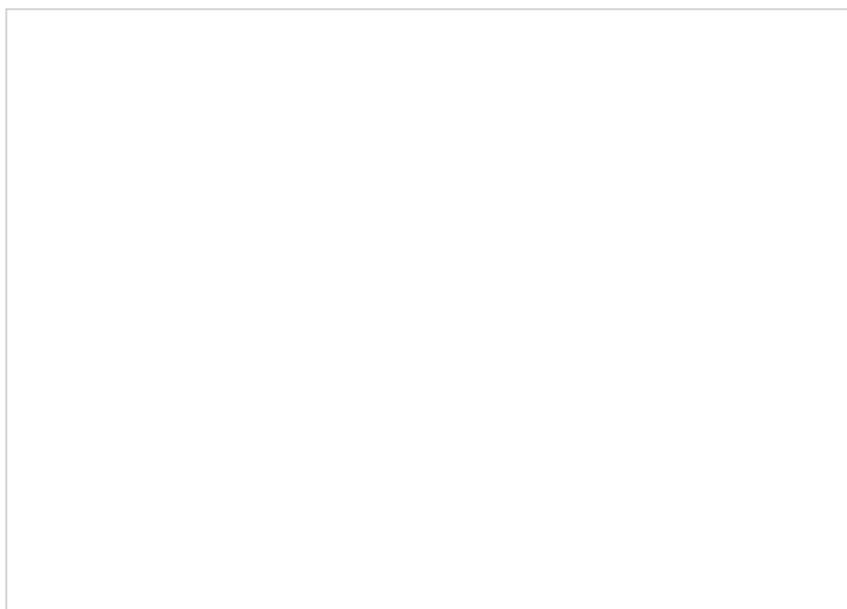
**OS IMPACTOS DO NOVO CPC  
NO PROCESSO DO TRABALHO**

**ESTUDOS JURÍDICOS 2015  
ESCOLA JUDICIAL DO TRT 15ª REGIÃO - CAMPINAS**

**PARA ACESSAR, CLIQUE AQUI**

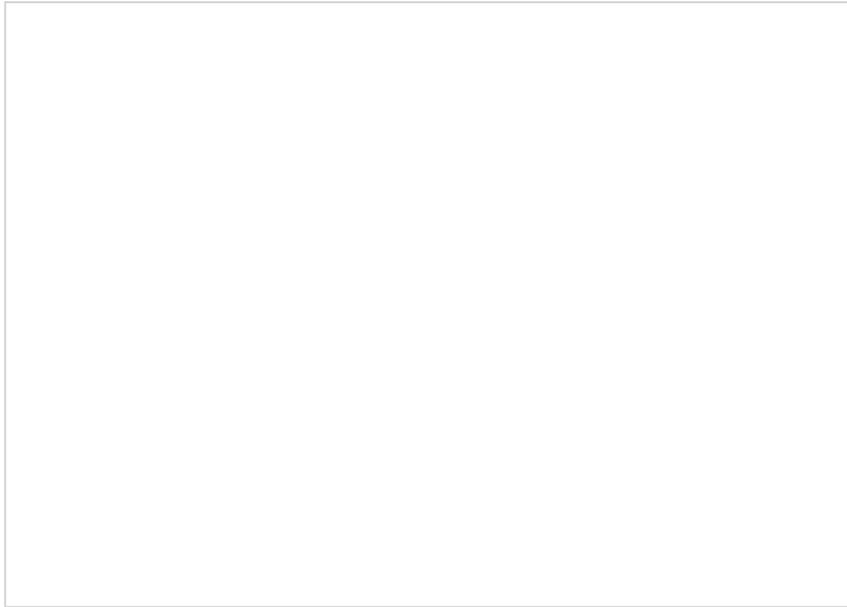


Parte 1  
21/08/2015



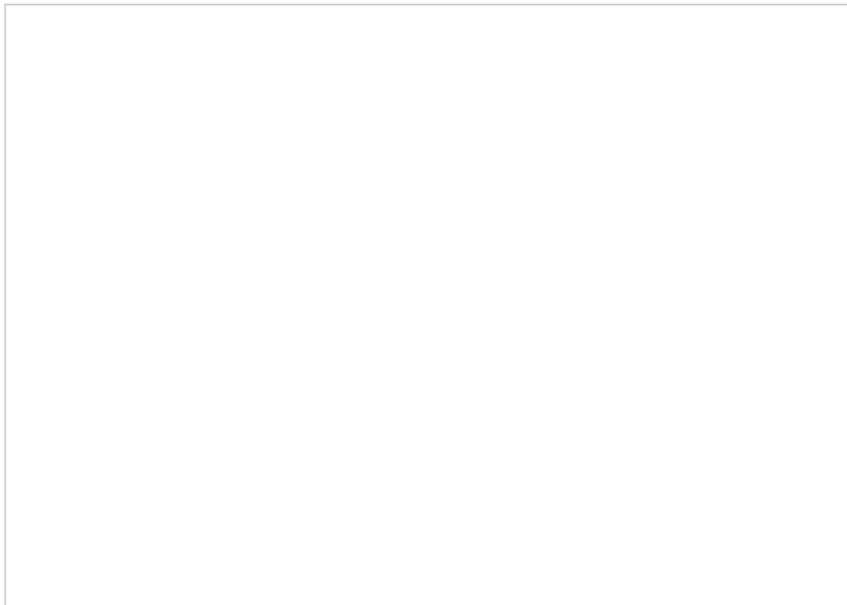
Parte 2

21/08/2015 - Manhã



Parte 3

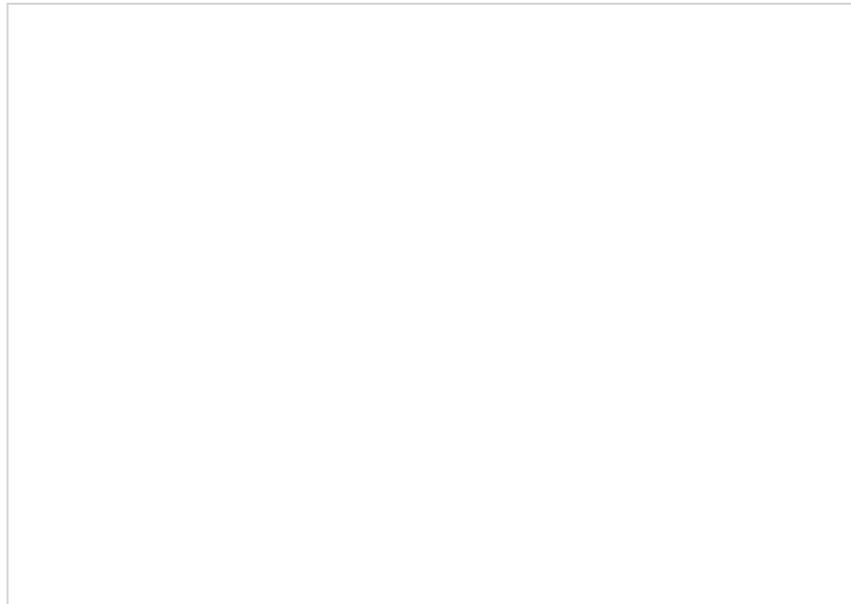
21/08/2015 - Tarde



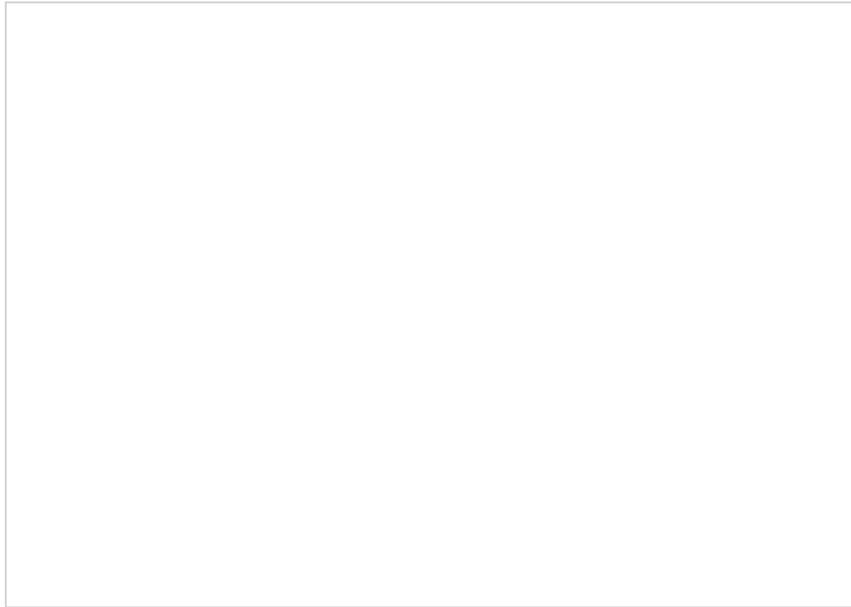


*Conferência*  
**Análise do Novo Código**  
*de Processo Civil*

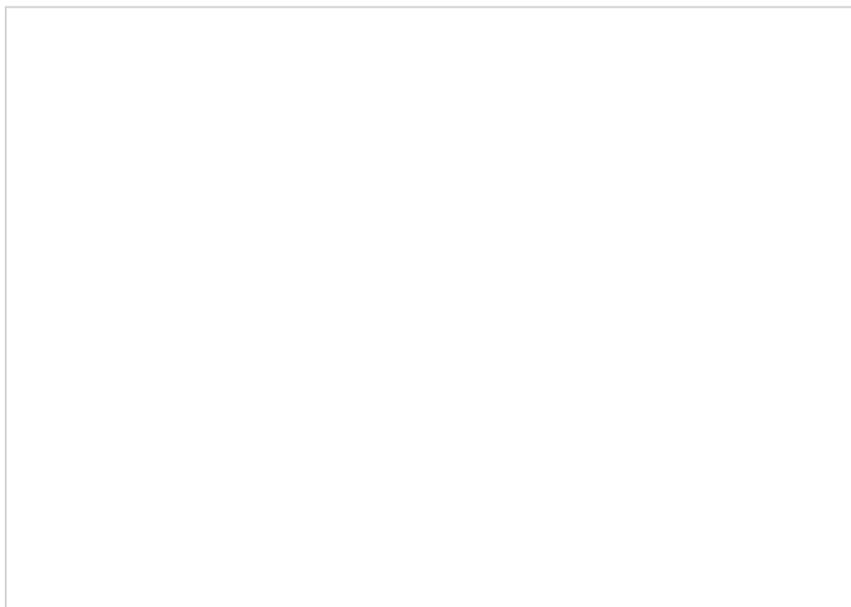
Parte 1



Parte 2



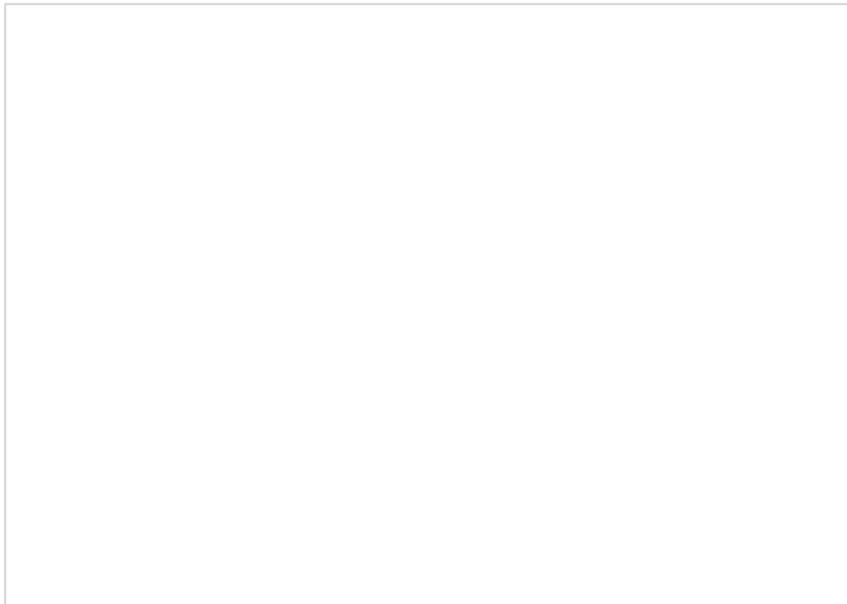
Parte 3



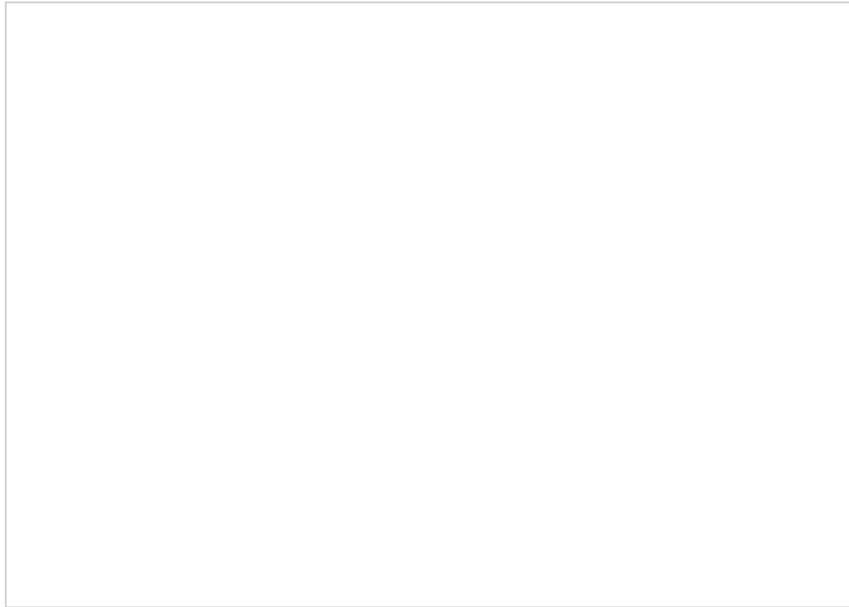
Parte 4



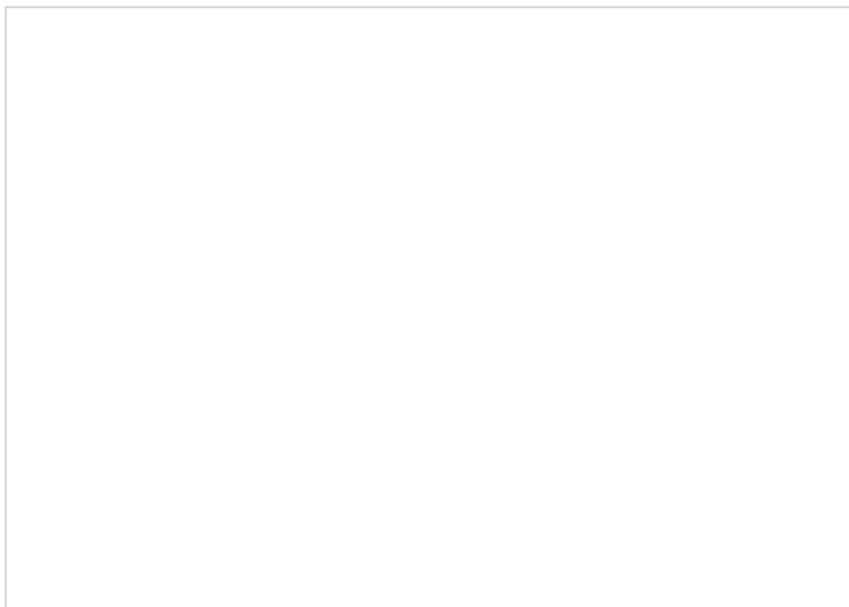
Parte 5



Parte 6



Parte 7



## Artigos de periódicos

CASSAR, Vólia Bomfim. O novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho: uma visão panorâmica e superficial dos artigos aplicáveis. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo, v. 51, n. 61, p. 329-332, jun. 2015

CESÁRIO, João Humberto. O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos artigos 769 da CLT e 15 do NCPC. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 79, n. 4, cd. 1, p. 404-414, abr. 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O incidente de assunção de competência do novo CPC na Justiça do Trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 79, n.6, cd. 1, p. 663-665, jun. 2015

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. O novo CPC e seu significado para o processo do trabalho: ainda em defesa de uma interpretação integrativa. **Estudos Jurídicos: Escola da Magistratura do TRT da 15. Região**. Campinas, v. 5, n. 1, p. 7-26, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Letícia Durval . O novo CPC, as condições da ação e o processo do trabalho. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [S.l.], v. 25, n. 312, p. 9-30, jun. 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O conflito entre o processo do trabalho e o novo CPC. **Estudos Jurídicos: Escola da Magistratura do TRT da 15. Região**. Campinas, v. 5, n. 1, p. 27-36, 2015.

MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de . Novo CPC e fundamentação sentencial exaustiva: breves pinceladas críticas. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 79, n. 5, cd. 1, p. 529-537, maio 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. Perícia no novo CPC e o processo do trabalho. **Revista Síntese trabalhista e previdenciária**. [S.l.], v. 25, n. 312, p. 31-39, jun. 2015.

MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: Pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo, v. 51, n. 83, p. 431-440, jul. 2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Temas polêmicos do novo CPC e sua aplicação no processo do trabalho. **Estudos Jurídicos: Escola da Magistratura do TRT da 15. Região**. Campinas, v. 5, n. 1, p. 37-75, 2015.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. **Estudos Jurídicos: Escola da Magistratura do TRT da 15. Região**. Campinas, v. 5, n. 1, p. 77-101, 2015.

## CLIQUE NO TEMA PARA ACESSAR A EDIÇÃO PUBLICADA

Edição	Nome
1	Ação Civil Pública – Edição experimental
2	Revista Íntima
3	Normas Internacionais
4	Substituição Processual
5	Acidente de Trabalho
6	Normas Coletivas do Trabalho
7	Conciliação
8	Execução Trabalhista
9	Conciliação II – Edição Especial
10	Terceirização
11	Direito Desportivo
12	Direito de Imagem
13	Semana Institucional
14	Índice
15	Processo Eletrônico
16	Assédio Moral e Assédio Sexual
17	Trabalho Doméstico
18	Grupos Vulneráveis
19	Correio Eletrônico
20	Aviso Prévio Proporcional
21	Dano Moral
22	Dano Existencial

<b>23</b>	Meio Ambiente do Trabalho
<b>24</b>	70 Anos da CLT
<b>25</b>	Ética
<b>26</b>	Índice
<b>27</b>	Trabalho e HIV
<b>28</b>	Direito e Sustentabilidade
<b>29</b>	Copa do Mundo
<b>30</b>	Trabalho Infantil e Juvenil
<b>31</b>	Ações Anulatórias
<b>32</b>	Trabalho da Mulher
<b>33</b>	Teletrabalho
<b>34</b>	Execução II
<b>35</b>	Terceirização II
<b>36</b>	Índice
<b>37</b>	Equiparação Salarial
<b>38</b>	Dano Moral Coletivo
<b>39</b>	Novo Código de Processo Civil
<b>40</b>	Recursos Trabalhistas
<b>41</b>	O FGTS e a Prescrição
<b>42</b>	Discriminação
<b>43</b>	Dumping Social

**PRÓXIMAS EDIÇÕES****OUTUBRO – MOTORISTA - LEI 13.103/2015**

Prazo de envio de artigos: 25/09

**NOVEMBRO – CONVENÇÃO 158 DA OIT**

Prazo de envio de artigos: 25/10

**DEZEMBRO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO**

Prazo de envio de artigos: 20/11

**JANEIRO/FEVEREIRO - ÍNDICE COMULATIVO DAS REVISTAS**

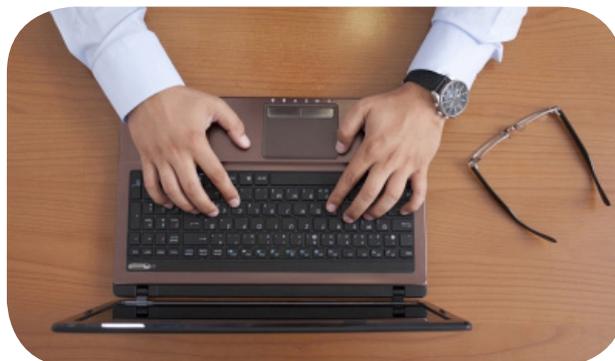
**O artigo deve ser enviado para análise do conselho editorial  
através do e-mail: [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)**

\* Os temas poderão sofrer alterações sem prévio aviso.

## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.



1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Arial, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 10 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)

Respeitosamente.

**CONSELHO EDITORIAL**



**TRTPR**

**ESCOLA JUDICIAL**