ÍTALO MENEZES DE CASTRO

Contraditório e efetividade: análise da vedação à decisão-surpresa no processo civil brasileiro e sua compatibilidade com o processo do trabalho

Dissertação de Mestrado
Orientador: Prof. Associado Dr. Enoque Ribeiro dos Santos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

ÍTALO MENEZES DE CASTRO

Contraditório e efetividade: análise da vedação à decisão-surpresa no processo civil brasileiro e sua compatibilidade com o processo do trabalho

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Enoque Ribeiro dos Santos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CASTRO, Ítalo Menezes de

Contraditório e efetividade: análise da vedação à decisão-surpresa no processo civil brasileiro e sua compatibilidade com o processo do trabalho / Ítalo Menezes de Castro. – São Paulo, 2019. 163 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Enoque Ribeiro dos Santos.

1. Contraditório. 2. Efetividade do processo. 3. Decisão-surpresa. 4. Processo do trabalho. 5. Princípio da proporcionalidade. I. Santos, Enoque Ribeiro dos, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Representando a gratidão virtude humana das mais elevadas, o seu exercício, por meio do ato de agradecimento, é permeado pelo fustigante desafio de se reconhecer – sem esquecimentos daninhos – o contributo de todos aqueles que de alguma forma atuaram em nosso favor.

Assim, ao depositar esta pesquisa acadêmica, sinto-me compelido a manifestar os meus mais sinceros agradecimentos a todas as pessoas que me auxiliaram na realização e concretização desse intento.

Primeiramente, agradeço a DEUS – princípio e sede de toda a sabedoria – pela capacidade de conhecer, como reflexo do dom da vida, por meio da qual permite ao ser humano, no reto uso de suas faculdades racionais, construir pontes para o alcance da verdade.

À minha esposa e eterna namorada, LÍVIA, pelo amor verdadeiro e companheirismo fiel, expressos na realizadora convivência do dia a dia e no cuidado diligente em proporcionar as condições necessárias para o meu desenvolvimento acadêmico e profissional. Sem sua dedicação, sua compreensão e seu brio nos inúmeros momentos solitários – e nas noites em claro no cuidado das crianças –, nada disso se teria tornado realidade.

Aos meus filhos, JOÃO PEDRO, ANA (*in memoriam*) e RAFAEL, sublimes manifestações do amor e da bondade divina, por me motivarem cotidianamente a tudo fazer dando sempre o melhor de mim e por me lembrarem dos tons coloridos e alegres presentes na grande obra de arte que é a vida.

Ao meu pai, WALTER, pelo esforço desmedido em me proporcionar uma educação de qualidade e pelo vibrante entusiasmo com todas as minhas conquistas.

À minha mãe, GRACINHA, pela solidez dos valores transmitidos no lar e pela entronização e firmação da leitura e do estudo como caminhos seguros para o crescimento na virtude.

Ao meu irmão, FELIPE (*in memoriam*), pelos inúmeros momentos de convivência alegre e riso fácil, bem como pelo exemplo indelével de firmeza e resiliência no enfrentamento das vicissitudes da vida.

Ao meu orientador, Prof. ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS, pela incomensurável oportunidade de desenvolver meus estudos em uma das mais renomadas e tradicionais universidades do país, assim como por sua acolhida afetuosa e atenção dedicada durante todo o percurso desta pesquisa. Seus incontáveis e valiosos ensinamentos – extensivo a todos os professores da Faculdade de Direito da USP, especialmente, aos do Departamento de Direito do Trabalho e de Direito Processual – atuaram como grandes catalisadores da confecção deste trabalho.

Ao valoroso e brilhante amigo da magistratura e da academia, WALTER VEGAS JR., pelo permanente e diuturno auxílio na construção desta pesquisa, desde a sua fase embrionária – como projeto para o processo seletivo – até a sua conclusão para depósito. Sem sua incansável disposição para problematizar e debater exaustivamente as ideias centrais – e também inúmeras outras periféricas –, tecendo considerações e agregando pensamentos, este trabalho não se teria encaminhado.

Aos amigos EDUARDO ROCKENBACH, IURI PINHEIRO e RAPHAEL MIZIARA, pelos agradáveis debates em torno do tema objeto deste trabalho e pela ajuda na consecução de materiais essenciais ao seu desenvolvimento.

Aos servidores da Biblioteca da Faculdade de Direito da USP e aos da Biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, na pessoa da bibliotecária DENISE, pela atenção cuidadosa e empenho destacado na busca por diversas das fontes bibliográficas aqui utilizadas.

A LÍVIA*, minha flor de perfume inebriante, e a nossos três rebentos:* JOÃO PEDRO, ANA *(*in memoriam*) e* RAFAEL.

"Mais do que nunca, é o momento de pensarmos na instituição de um Código de Processo do Trabalho. (...) é o momento de o processo do trabalho deixar de deslumbrar-se, alienadamente, com a suntuosa mansão do processo civil e construir nova moradia para si."

MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO

RESUMO

CASTRO, Ítalo Menezes de. *Contraditório e efetividade*: análise da vedação à decisão-surpresa no processo civil brasileiro e sua compatibilidade com o processo do trabalho. 163 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

A presente pesquisa tem por objeto analisar a importação do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 para o processo do trabalho. Pretende demonstrar que a norma processual civilista não pode ser aplicada ao processo laboral sem uma avaliação cuidadosa de sua passagem pelo filtro de compatibilidade estatuído pelo art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. Veicula a ideia de que a norma civilista só pode incidir no processo trabalhista se concorde com a estrutura principiológica deste. Para tanto, estuda os direitos fundamentais ao contraditório e à efetividade do processo, partindo do seu resgate histórico e examinando, em seguida, o conteúdo das referidas garantias processuais. Estabelece as dimensões do princípio do contraditório (bilateralidade de oitiva, paridade de armas e direito de influência e de não surpresa) e a relação entre o contraditório e a cooperação. Trata da ligação entre a efetividade, a instrumentalidade e a razoável duração do processo. Cuida do fenômeno das decisões-surpresa, definindo o seu conceito e fazendo apontamentos sobre a matéria no direito comparado. Aborda os contornos da vedação às decisões-surpresa no direito positivo brasileiro, com a indicação de seu conteúdo, e examina algumas questões controvertidas relacionadas ao tema. Identifica as particularidades do litígio individual trabalhista e apresenta os fundamentos do processo individual do trabalho. Indica as bases sobre as quais está assentado o processo laboral e retrata o seu conteúdo e principais implicações. Evidencia que os direitos fundamentais costumam colidir, o que também ocorre entre com os direitos fundamentais de natureza processual, como o contraditório e a efetividade do processo. Coloca as premissas teóricas sobre a teoria dos princípios e os critérios para a solução das colisões de direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade. Examina o problema da importação do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho a partir da colisão entre o contraditório e a efetividade do processo e desenvolve a referida interação por meio do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: contraditório; efetividade do processo; decisão-surpresa; processo do trabalho; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

CASTRO, Ítalo Menezes de. *Adversarial principle and procedural effectiveness*: analysis of the surprise-decisions prohibition in brazilian civil procedure and its compatibility with the labor procedure. 163 p. Dissertation (Master degree) – School of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

The present research aims to analyze the import of the article 10 of the Civil Procedure Code of 2015 for the labor procedure. It intends to demonstrate that the civil procedural rule can not be applied to the labor procedure without a careful evaluation of its passage through the compatibility filter established by the art. 769 of the Labor Rules Consolidation. It conveys the idea that the civil rule can only affect the labor procedure if it agrees with its principiological structure. In order to do so, it studies the fundamental rights to the adversary and the procedural effectiveness, starting from its historical recovery and then examining the content of these procedural guarantees. It establishes the dimensions of the adversarial principle (bilaterality of hearings, parity of arms and right to influence and to be not surprised) and the relationship between the adversarial and the cooperation. It deals with the link between the procedural effectiveness, the instrumentality and the speedy trial. It analyzes the phenomenon of the surprise-decisions, defining its concept and making notes about the matter in comparative law. It approaches the surprise-decision prohibition contours in brazilian law, with the indication of its content, and examines some controversial issues related to the subject. It identifies the individual labor litigation particularities and presents the individual labor procedure fundamentals. It indicates the labor procedure basis and portrays its content and main implications. It shows that fundamental rights usually collide, which also occurs between fundamental procedural rights, such as the adversarial principle and the procedural effectiveness. It presents the theoretical premises about the principles theory and the criteria for the solution of the fundamental rights collisions in the light of the proportionality principle. Examines the problem of importing art. 10 of the Civil Procedure Code of 2015 to the labor procedure in the light of the collision between the adversarial principle and the procedural effectiveness and develops said interaction through the proportionality principle.

Keywords: adversarial principle; procedural effectiveness; surprise-decision; labor procedure; proportionality principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **13**

DELIMITAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA **17**

METODOLOGIA E TÉCNICAS DE PESQUISA UTILIZADAS **19**

1 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA EFETIVIDADE DO PROCESSO **21**

1.1 O princípio do contraditório 21

1.1.1 Breve resgate histórico 21

1.1.2 Conteúdo 24

1.1.2.1 Contraditório como bilateralidade de audiência 24

1.1.2.2 Contraditório como paridade de armas 28

1.1.2.3 Contraditório como direito de influência e de não surpresa 32

1.1.3 Contraditório e cooperação 35

1.2 O princípio da efetividade do processo 36

1.2.1 Breve resgate histórico 36

1.2.2 Conteúdo 40

1.2.3 Instrumentalidade e efetividade do processo 44

1.2.4 Razoável duração e efetividade do processo 48

2 O REGRAMENTO DAS DECISÕES-SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO **53**

2.1 Conceito de decisão-surpresa 53

2.2 Notas sobre o regramento da matéria em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros 54

2.3 Análise das regras dos arts. 9.º e 10 do Código de Processo Civil de 2015 60

2.3.1 Conteúdo 60

2.3.2 Questões controvertidas 68

2.3.2.1 Decisões razoavelmente esperadas pelas partes 68

2.3.2.2 A improcedência liminar do pedido 72

2.3.2.3 Definição de fundamento de direito 74

3 OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO INDIVIDUAL DO TRABALHO 77

3.1 As particularidades do litígio individual trabalhista 77

3.2 Princípio da proteção 82

3.3 Simplificação procedimental 86

3.4 Celeridade 91

3.5 Oralidade 93

3.6 Conciliação 98

3.7 A cláusula de contenção do art. 769 da CLT 100

4 A CONSULTA PRÉVIA SOBRE FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SUA DESNECESSIDADE NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO 105

4.1 Considerações iniciais 105

4.2 A colisão entre o princípio do contraditório e o princípio da efetividade do processo 106

4.2.1 A colocação do problema 106

4.2.2 Os princípios como normas jurídicas e os critérios para solução das colisões entre direitos fundamentais 111

4.3 A desnecessidade de consulta prévia sobre fundamentos jurídicos no direito processual do trabalho 119

4.3.1 Consulta prévia sobre fundamentos jurídicos, efetividade e proporcionalidade 119

4.3.1.1 Adequação 121

4.3.1.2 Necessidade 123

4.3.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito 129

4.3.2 Análise das eventuais antíteses 138

4.3.2.1 Ofensa ao conteúdo essencial do contraditório 138

4.3.2.2. O abreviamento do processo pela diminuição na interposição de recursos 141

4.3.2.3 Consulta prévia sobre fundamentos jurídicos como reflexo da dimensão democrática da participação do cidadão no exercício do poder..... 144

CONCLUSÕES..... 147

REFERÊNCIAS..... 151

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, instituindo o novo Código de Processo Civil, representou importante alteração no cenário jurídico-legislativo brasileiro, uma vez que procedeu a uma série de mudanças nas estruturas que balizam o desenrolar do processo civil, bem como inseriu diversas inovações no referido regramento.

Entre essas inovações, cabe destacar, por representar o foco central deste estudo, a regra vazada no art. 10 do novo Código de Processo Civil, ao estabelecer 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".

Com efeito, a referida norma trouxe clara proibição ao magistrado de prolatar decisões calcadas em fundamentos fáticos ou jurídicos sobre os quais não tenha sido oportunizado às partes debater.

Ora, é notória a inovação trazida pelo *Codex*. Embora no Direito Comparado já houvesse normas explícitas nesse sentido, como, por exemplo, nas legislações processuais de Portugal, Alemanha, França e Itália, o direito processual civil brasileiro, até então, não contava com regra expressa sobre a matéria, notadamente, no que tange à necessidade de consulta prévia às partes sobre fundamentos jurídicos a serem eventualmente adotados pelo julgador na decisão.

É precisamente, pois, o diálogo entre essa inovação processual civilista, notadamente, no que tange à necessidade de consulta prévia sobre fundamentos jurídicos, e a sua compatibilidade com o processo do trabalho que se constituem no objeto central deste estudo.

Dessarte, a pesquisa parte do pressuposto de que a nova norma civilista não pode ser importada ao processo do trabalho sem um exame cuidadoso da sua passagem pelo filtro de compatibilidade do art. 769 da CLT e das peculiaridades ínsitas ao processo laboral, sendo que a aplicação da regra precisa ser examinada também à luz de outros importantes elementos que gravitam em torno da matéria.

Com efeito, a relação entre o processo do trabalho e o processo civil, à luz da regra celetista de contenção supraindicada, sempre foi fruto de acirradas controvérsias,

sendo que a aplicabilidade da nova regra civilista passa a incorporar, sem sombra de dúvidas, o rol dessas matérias objeto de instigantes polêmicas.

Prova disso é a própria redação da Instrução Normativa n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, editada com o fim de nortear a integração do CPC/2015 ao processo do trabalho, demonstrando o terreno movediço em que se encontra o tema, pois, muito embora o *caput* do art. 4º da referida Instrução preveja a aplicabilidade do art. 10 do CPC/2015 ao processo laboral, seu § 2º criou hipóteses de exceção, ao excluir da vedação aludida pelo dispositivo civilista a análise das condições da ação, dos pressupostos processuais e dos pressupostos recursais.

Nesse contexto, aspectos relevantes como o princípio da simplicidade – e a desnecessidade, como regra, da apresentação de fundamentos jurídicos pelas partes para a prática de atos processuais em âmbito trabalhista –, a oralidade e o *ius postulandi*, por exemplo, constituem importantes fatores a serem considerados pelo intérprete para solução do palpitante problema supraexposto.

O tema demanda, assim, uma reflexão mais acurada sobre o princípio do contraditório e sua incidência no processo, com apontamentos acerca de sua evolução histórica e de seu conteúdo. As emanações que foram progressivamente sendo reconhecidas pela doutrina acerca da referida garantia constitucional, com as respectivas enunciações deontológicas, são aspectos relevantes para melhor embasar a análise do tema objeto deste trabalho.

O cumprimento dessa tarefa também exige o exame do princípio da efetividade do processo – de igual envergadura jusfundamental –, iluminando a importância de o processo ser capaz de produzir resultados concretos em favor dos cidadãos que dele necessitam. A busca por um processo efetivo, que possa materializar as soluções construídas para a pacificação do conflito, é exigência dos Estados Constitucionais Democráticos, sendo que a análise da efetividade processual reclama especial ênfase nos elementos da razoável duração e da instrumentalidade do processo, como grandes dimensões catalisadoras desse valor.

Ademais, especificamente quanto à instrumentalidade, possuindo o direito do trabalho substrato na segunda geração (ou segunda dimensão) de direitos fundamentais, entende-se que o processo do trabalho deve ser visto como instrumento de efetivação

desses direitos, os quais, em último caso, consagram a própria dignidade humana, sendo tal aspecto de suma importância para a escorreita análise do tema.

Todo esse enredo, referente ao panorama conceitual das referidas garantias constitucionais – que são vetores decisivos na trilha argumentativa de análise da matéria –, encontra-se retratado no primeiro capítulo deste estudo, no qual foi exposto o resultado da pesquisa dedicada a esses temas.

Por conseguinte, a investigação sobre o arcabouço teórico de nível constitucional serve de sólido substrato e de ponte segura para a atribuição de sentido e alcance ao art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, tarefa que foi objeto de preocupação no segundo capítulo desta pesquisa, mediante proposta de compreensão da norma enunciada pelo dispositivo legal. Para tanto, foi feita breve análise da matéria em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas, como forma de melhor atingir tal objetivo, assim como foram apresentadas algumas questões controvertidas em torno da interpretação da norma cristalizada no diploma processual civil.

Assim, tentou-se aplainar o caminho para compreender o fenômeno das chamadas decisões-surpresa – ou "decisões de terceira via" –, as quais correspondem, em suma, a provimentos jurisdicionais proferidos com base em elementos de fato ou de direito não submetidos à prévia oportunidade de debate entre as partes, bem como sedimentar o terreno para o fim de, oportunamente, compreender o modo como o tema interage com o processo do trabalho.

Nesse contexto, qualquer pretensão de enveredar sobre a heterointegração do processo do trabalho pelo processo civil demanda, naturalmente, uma análise sobre os princípios e as estruturas sobre os quais se encontra assentado o processo trabalhista, inclusive, no que tange às suas ínsitas peculiaridades. Elementos como a proteção, a oralidade, a simplicidade, a facilitação do acesso à justiça, entre outros, comparecem ao tablado, impondo ao intérprete uma escorreita compreensão desse modelo especializado, com o fim de traçar caminho seguro na resolução do difícil problema da importação de institutos civilistas ao processo do trabalho. Esse empreendimento, a seu turno, foi objeto do terceiro capítulo da pesquisa, no qual se pretendeu identificar essas bases de sustentação do modelo processual laboral.

O percurso de todo esse itinerário serviu como pano de fundo para a hipótese central deste estudo: a desnecessidade de consulta prévia às partes, no direito processual do

trabalho, acerca dos fundamentos jurídicos a serem adotados na decisão, acarretando, pois, o rechaço da regra disposta no art. 10 do CPC/2015 pela cláusula de barreira disposta no art. 769 da CLT.

Nesse contexto, a análise da inter-relação entre contraditório e efetividade, especialmente no que tange à sua colisão, à luz dos critérios de solução do choque entre direitos fundamentais propostos pela nova hermenêutica constitucional, é assunto que gera impactantes implicações no tema, considerando o antagonismo entre os referidos valores e a necessidade de o sistema processual ser capaz de acomodá-los razoavelmente.

Para tanto, procedeu-se à análise da necessidade de consulta prévia sobre fundamentos jurídicos e suas implicações no contraditório e na efetividade do processo, especificamente nos terrenos do direito processual do trabalho, à luz do princípio da proporcionalidade e de suas três máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), como chave mestra para o equacionamento da matéria. Ademais, no exame dessa colisão de direitos fundamentais, outras questões puderam ser também analisadas, como eventual violação ao conteúdo essencial desses direitos.

Por conseguinte, o debate de nível constitucional também se espraiou ao nível infraconstitucional, permitindo construir a solução do problema proposto por meio do diálogo entre a estrutura do processo do trabalho e do processo civil. Nessa dimensão, o exame das matrizes ideológicas sobre as quais estão construídos ambos os sistemas, assim como dos resultados que deles esperam os jurisdicionados, diz muito sobre a solução a ser proposta para o problema tratado nesta pesquisa.

DELIMITAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA

O objeto central desta pesquisa é examinar a compatibilidade do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 com o processo trabalhista, na medida em que se parte da hipótese de que a nova regra não encontra passagem pelo filtro do art. 769 da CLT.

Como supraexposto, a referida norma civilista veio vedar aos juízes a prolação de decisões amparadas em fundamentos fáticos ou jurídicos sobre os quais as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, visando, precipuamente, a evitar o fenômeno das chamadas decisões-surpresa.

Nesse contexto, o exame da matéria se justifica na medida em que o ordenamento processual civil pátrio não contava com qualquer disposição semelhante, antes da promulgação do CPC/2015, demonstrando a importância da análise a ser efetuada sobre o referido dispositivo e sobre as consequências da sua aplicação.

Ademais, os próprios limites da regra contida no mencionado artigo 10 do CPC/2015 não são de fácil identificação. Cite-se, por exemplo, o caso de países cujos ordenamentos jurídicos já contavam com previsão semelhante, em que há relevantes discussões acerca dos contornos dessa vedação, como será analisado adiante, o que fundamenta a grande repercussão que o tema pode produzir no âmbito da Ciência Jurídica.

Igualmente, por se tratar de inovação no direito positivo pátrio, constata-se a atualidade do tema, justificando o avanço nas pesquisas que lhe tenham por objeto, como forma de produzir substrato teórico para as reflexões acadêmicas e também para os operadores do direito.

Por outro lado, ao englobar a análise do conteúdo de direitos fundamentais de enorme relevância para o Estado Democrático de Direito, bem como as nuances de sua aplicação e efetivação, a presente pesquisa também dialoga com as valiosas lições do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Processo, dotando o tema de importante visão interdisciplinar e identificação com o cenário jurídico inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessarte, o exame do tema não pode descurar da análise de direitos fundamentais como as garantias ao contraditório e à efetividade do processo, assim como de todo o arcabouço teórico que embasa a positivação dos direitos sociais na Carta Magna de 1988, o que agrega valor à pesquisa ora empreendida, permitindo-a fornecer uma visão

holística do tema, a qual garante, em último caso, uma reflexão mais aprofundada da matéria.

Portanto, à luz dessas considerações, entende-se por pertinente e relevante a análise do tema para a Ciência Jurídica, sendo certo que a sua atualidade e complexidade reclamam a investigação científica para o descortinamento da matéria.

METODOLOGIA E TÉCNICAS DE PESQUISA UTILIZADAS

Este trabalho foi elaborado a partir de pesquisa que combinou diversos métodos para o estudo do Direito, encontrando, todavia, correspondência mais cristalina no método hermenêutico-dedutivo, a partir da análise teórico-conceitual das construções doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes ao tema e interpretação das normas jurídicas correlatas, privilegiando-se, em relação aos assuntos de maior relevância, um enfoque dialético ao empreendimento (análise de posições divergentes e convergentes à hipótese aventada).

Por outro lado, também foram realizadas incursões guiadas pelo método indutivo, a partir da análise de dados estatísticos e de situações-problema que permitiram dar início ao raciocínio a caminho da generalização, sendo certo também que, em diversos momentos, utilizou-se do método histórico-hermenêutico, por meio da análise de elementos históricos relacionados às matérias que gravitam em torno do tema.

As técnicas de pesquisa decorreram, fundamentalmente, de documentação indireta, por meio do levantamento, seleção, análise e confronto de fontes bibliográficas.

1 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

1.1 O princípio do contraditório

1.1.1 Breve resgate histórico

O direito – ou, mais tecnicamente, a garantia – ao contraditório costuma ter sua raiz histórica identificada pela doutrina na antiga parêmia latina – inspirada no pensamento grego - *audiatur et altera pars*.[1]

Embora compreendida por algum tempo como um efetivo dever das partes,[2] referida garantia foi considerada durante o período do processo comum europeu (séculos XIII a XVI) como manifestação de um direito natural – de matriz racionalista – e tratada como aspecto imanente ao processo, o que dava a tônica da compreensão que se tinha do processo e do contraditório.[3]

Reconhecia-se no contraditório um verdadeiro imperativo ético, utilizado como critério para a busca da verdade, que não poderia ser reconstruída isoladamente sem a

---

1 PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Cedam, n. 3, p. 673-674, jul.-set. 1988.

2 Registre-se a compreensão do contraditório como dever, e não como garantia, nos modelos processuais da antiguidade: "'*Ab initio*', cumpre recordar que, nos processo antigos (como o cuneiforme, o romano e o germânico), cuja função primeira era a de pacificação social (que não podia realizar-se sem a presença das partes em discórdia), a participação do réu em juízo – com seu próprio comparecimento perante o tribunal – era, antes de mais nada, um *dever*. Daí haver uma série de coações contra o réu, todas tendentes a induzi-lo a comparecer em juízo e se manifestar no processo (intervenções patrimoniais, editos, depois até mesmo excomunhões); e era assim, inclusive, por força de convicções conceituais: entendia-se, àquele tempo, que o processo não se podia constituir sem o concurso do demandado (o que se consumava, no processo romano clássico, com a '*litis contestatio*'" (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo:* tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due processo of law". São Paulo: LTr, 2016. p. 695).

3 "Ainda no século XIX, na literatura europeia, costumava-se repetir que o contraditório encontrava seu fundamento em um 'princípio de razão natural'; ele era relacionado à natureza das coisas e considerado, portanto, como 'imanente' ao próprio processo" (tradução nossa) (PICARDI, Nicola. Il principio… cit., p. 673-674). No original: "Ancora nell´800, nella letteratura europea, si soleva ripitere, che il contraddittorio trova suo fondamento in um 'principio di ragione naturale'; lo si recollegava alla natura delle cose e lo si considerava, quindi, 'immanente' al processo stesso".

atuação conjunta das partes,[4] ao mesmo tempo também como elemento compensador das desigualdades existentes no processo – como, por exemplo, a diferença de capacidade dos defensores[5] –, representando, assim, importante mecanismo de promoção da isonomia.

Ocorre que, paulatinamente, passou-se a constatar-se um abandono dessa ideia primeva.

Influenciado pelo absolutismo monárquico dos séculos XVI e seguintes, quando o processo deixou de se regular como instituto à margem do poder estatal e foi objeto de apropriação pelo Príncipe – sendo exemplo dos mais eloquentes desse movimento a legislação processual prussiana de 1781 (*Prozess-Ordnung*),[6] empreendida por Frederico, o Grande –, assim como pela aproximação do Direito com os métodos das ciências naturais,[7] o contraditório passou a ser substancialmente ressignificado,[8] desgarrando-se do seu caráter ético e jusnaturalista, de forte viés axiológico, e passando a ser concebido por meio de uma lógica formal, fundamentada na ideia de contraposição de teses (dizer e contradizer).[9]

Esse processo de transformação – que também foi aprofundado pelo nascente pensamento positivista[10] – encontrou eco no novo modelo processual que passou a ser preconizado pela doutrina, como decorrência da ascensão do Estado Liberal, no qual se identificava uma acentuada passividade do juiz em relação às partes, atuando como mero

---

4 "O *iudicium* ou *ordo iudiciarius*, vigorante até o século XVII, era fartamente influenciado pelas ideias expressas na retórica e na tópica aristotélica, concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars opponendi et respondendi*, tudo com vistas a resolver o problema, que ocupava o centro da discussão. Na lógica do provável, pressuposta por tal concepção, a investigação da verdade não se apresentava como o resultado de uma ação individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos 'pontos de vista' do outro e o caráter de sociabilidade do saber" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 64, out.-dez. 1999).

5 "Uma adequada audiência bilateral impunha igualdade de tratamento entre as partes. Assim, a segunda regra do contraditório emergiu desde a Idade Média, como revelava o próprio John of Salisbury, no já citado *Policrático* (V, 13), segundo o qual a primeira consequência do contraditório é a compensação das diversas espécies de desigualdade existentes no processo, levando em conta inclusive as circunstâncias relativas à capacidade dos defensores. O juiz deve velar pela paridade de armas, numa postura neutra, mas não passiva" (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 72, mar. 2005).

6 THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 112, fev. 2009.

7 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 134-135.

8 PICARDI, Nicola. Il principio… cit., p. 675.

9 THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José. Uma dimensão... cit., p. 111.

10 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório... cit., p. 72.

espectador da disputa por elas empreendida no curso do processo, uma vez assente a ideia de que o processo civil dizia respeito a direitos privados e, assim, não desafiaria maiores intervenções do Estado.[11]

Nesse contexto, a derrocada do Estado Liberal e sua superação pelo Estado Social servem de referencial histórico para a consolidação dessa alteração sobre a compreensão do contraditório, embora partindo de premissas distintas (o Estado é quem melhor tutelaria os interesses das partes, sendo dispensáveis maiores participações destas), permitindo desenvolver e sedimentar a noção eminentemente publicista do processo, ao mesmo tempo também em que se potencializava o protagonismo do juiz e se reduzia a importância do papel das partes.[12]

Esse processo de substancial perda de importância da garantia do contraditório atingiu tal nível que, inclusive, chegou-se a sustentar que seria possível haver a encampação do processo civil das partes – as quais seriam "apenas elementos decorativos, chamados para tornar o rito mais espetacular"[13] – pelo procedimento oficioso de jurisdição voluntária, como se projetou durante o regime nazista na Alemanha.[14]

No entanto, após o término da Segunda Guerra, começa-se a perceber um reavivar no interesse dos processualistas pela problemática da formação da decisão jurisdicional, representando "um claro sinal do renascimento do interesse do jurista pelos

---

[11] "Sintomaticamente, um dos mais representativos expoentes do processo civil do século XIX, época de completa aceitação deste modelo, principalmente em razão de ser então concebido o processo como instituição destinada à realização de direitos privados, acentuava produzir o domínio das partes sobre a relação em litígio, seu começo, continuação e conteúdo, justificando o princípio do dispositivo exclusivamente pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 44, n. 1/2, p. 180, jan.-dez. 2003).

[12] "No fim do século XIX, percebe-se, assim, o exaurimento da função axiológica do contraditório e mesmo de qualquer referência com o direito natural, ou seja, sua importância ético-ideológica. Foi o princípio, desse modo, remetido a um papel secundário que o fez perder qualquer liame com a essência do fenômeno processual.

Tal fato, de certo, coincide com a transição de um ideário liberal de processo (liberalismo processual) no qual este era dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo *social*, em que o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual" (THEODORO JR,, Humberto; NUNES, Dierle José. Uma dimensão... cit., p. 112).

[13] "[...] en que las partes son solamente elementos decorativos, llamados para hacer más espectacular el rito" (CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960. p. 153).

[14] "Durante los últimos años del dominio nazista en Alemania, se discutieron proyectos de reforma del proceso civil (los cuales, si el régimen no se hubiese hundido, habrían sido traducidos mecánicamente en leyes) con las que se pretendía abolir el contradictorio y transformar el proceso de partes (*Parteiprozess*) en un procedimiento totalmente oficioso, impulsado exclusivamente por la iniciativa del juez, por lo que alguien llegó a hablar de 'proceso sin partes', lo que equivaldría a hablar de 'proceso sin proceso'" (Idem, p. 158).

mecanismos de formação da decisão judicial e, em primeiro de tudo, pelo contraditório e pela colaboração das partes na busca pela investigação da verdade" (tradução nossa).[15]

Esse movimento encontra ressonância no surgimento dos Estados Constitucionais Democráticos, que forneceu substrato para que novos olhares fossem lançados sobre o fenômeno dos direitos fundamentais, assim como das garantias processuais, cujas reflexões teóricas levaram a um fortalecimento do papel do cidadão dentro do processo e, consequentemente, implicaram também o fortalecimento do princípio do contraditório.

A revisitação do princípio do contraditório permitiu, pois, à doutrina ampliar o seu raio de incidência e entender que a referida garantia processual estava relacionada não só à atuação das partes, mas também, em igual medida, à conduta do juiz, que deveria portar-se de maneira diligente na sua preservação.[16]

É nesse contexto de progressiva revisitação, à luz da ideia expansionista dos direitos fundamentais, bem como de sua máxima efetividade,[17] que se passou a defender diferentes e complementares dimensões do conteúdo da garantia ao contraditório.

1.1.2 Conteúdo

1.1.2.1 Contraditório como bilateralidade de audiência

Quando da superação do período do processo comum europeu, conforme comentado no tópico precedente, houve significativo abandono do debate entre as partes

---

15 "[...] un chiaro segno del ridestarsi dell´interesse del giurista per i mecanismi di formazione del giudizio e, primo fra tutti, per il contradittorio e la collaborazione delle parti nella ricerca della verità" (PICARDI, Nicola. Il principio… cit., p. 678).

16 "A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem *faculdades* no processo, senão deveres e poderes). [...] A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de *direção*, de *prova* e de *diálogo*. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar ativamente" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I, p. 350-351).

17 "Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224).

no âmbito da solução dos conflitos dentro do processo, assim como um paulatino esvaziamento da garantia do contraditório (*audiatur et altera pars*), que passou a ser entendida como um direito a reagir à parte contrária. Assim, o contraditório foi limitado a uma espécie de contraposição mecânica das faculdades processuais, decorrendo da fórmula de ação e reação.

Esse movimento de progressivo desprestígio do contraditório acabava por esvaziar até mesmo alguns de seus elementos mínimos, pondo em xeque, inclusive, a *dimensão formal*[18] da garantia, consistente, segundo célebre enunciação de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, na "ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los".[19] Assim, até mesmo a própria ideia de bilateralidade de audiência restava esvaziada.

A bilateralidade da audiência é identificada fundamentalmente sob dois aspectos: direito à informação e possibilidade de reação.[20]

Por direito à informação, entende-se a garantia de que a parte seja cientificada de todos os atos do processo e possa tomar conhecimento de todos os fatos que nele se sucedem. Assim, o contraditório, sob esse aspecto, restará atendido se houver intimação regular da parte para a prática e o acompanhamento dos atos processuais; se puder ter a devida vista dos autos, notadamente, quando lhe competir falar no processo; se não lhe for exigido um dado comportamento processual sem que antes seja sobre ele informada.

Já a possibilidade de reação contempla a faculdade conferida à parte de poder falar e *ser ouvida* no processo, mediante a contraposição de argumentos, de fatos, de

---

18 "A garantia de participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 81-82).

19 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1937. p. 110.

20 "Comumente definido como o direito de desempenhar um papel ativo no processo, o contraditório abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abrange as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no plenário do Tribunal do Júri, dentre outras. [...] Identifica-se, portanto, um binômio essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação – o contraditório significa audiência bilateral" (CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 61, ago. 2005).

provas e dos demais dados existentes no trâmite da ação, conferindo caráter dialógico à relação processual.

A despeito das ponderações doutrinárias atuais acerca dessa visão tradicional do contraditório, no sentido de que, embora correta, não esgota a definição da matéria, por não revelar toda a potencialidade que a garantia encerra – aspecto que será mais bem analisado nos tópicos seguintes –, cabe registrar que essa dimensão do contraditório coincide com a sua primeira fase de "ressurgimento", passando a ser enfaticamente realçada na evolução da análise do fenômeno processual nos Estados Democráticos do Pós-Segunda Guerra.

Tanto assim que, na doutrina italiana, Elio Fazzalari chegou a defender que a conceituação do próprio processo em si se dava a partir da noção de contraditório, aduzindo que "em uma ou mais fases do caminho de formação de um ato processual é garantida não só – e obviamente – a participação de seu autor, mas também dos destinatários de seus efeitos, em contraditório" (tradução nossa).[21] E arremata o autor: "onde não há contraditório – isto é, a possibilidade prevista pela lei de que ele se realize – não há processo" (tradução nossa).[22]

Seguindo a mesma linha, manifestando-se especificamente sobre o principal ato decorrente da garantia do contraditório, sob a ótica do direito à informação e à possibilidade de reação – a citação –, está também a doutrina de Liebman, para quem o "primeiro e fundamental requisito para a existência de um processo sempre foi, é, e sempre será, a citação do réu. [...] Sem esse ato essencial não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida".[23]

E, ao fim, conclui:

> [...] a falta de citação inicial infringe de tal modo os supremos princípios do processo, ofende tão profundamente o direito reconhecido a todo cidadão de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo, que torna radicalmente nulo,

21 "[...] in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio" (FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 5. ed. Padova: Cedam, 1989. p. 81).

22 "[...] dov'è assente il contraddittorio – cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi – ivi non c'è processo" (Idem, p. 82).

23 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 179.

> juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente a sentença proferida.[24]

Em decorrência da importância do contraditório para esse novo modelo de processo democrático, a matéria não foi esquecida pelo Direito Internacional, uma vez que houve previsão da garantia no art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,[25] internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 592/1992, assim como no art. 8.º, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).[26]

Dessarte, não por outra razão, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 também consagrou expressamente o contraditório no seu rol de direitos fundamentais, conforme dispõe o art. 5.º, LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

---

[24] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro* cit., , p. 179. Sobre a matéria, conferir: WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 350 e ss. A tese de que a ausência da citação implica a própria inexistência da relação jurídica processual também encontra larga guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhendo-se, por todos: "PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. REJEIÇÃO. CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES. AUSÊNCIA. HIPÓTESE DE QUERELLA NULITATIS. ARGÜIÇÃO POR SIMPLES PETIÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. As hipóteses excepcionais de desconstituição de acórdão transitado em julgado por meio da ação rescisória estão arroladas de forma taxativa no art. 485 do Código de Processo civil. Pelo caput do referido dispositivo legal, evidencia-se que esta ação possui natureza constitutiva negativa, que produz sentença desconstitutiva, quando julgada procedente. Tal ação tem como pressupostos (i) a existência de decisão de mérito com trânsito em julgado; (ii) enquadramento nas hipóteses taxativamente previstas; e (iii) o exercício antes do decurso do prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 495). 2. O art. 485 em comento não cogita, expressamente, da admissão da ação rescisória para declaração de nulidade por ausência de citação, pois não há que se falar em coisa julgada na sentença proferida em processo em que não se formou a relação jurídica apta ao seu desenvolvimento. É que nessa hipótese estamos diante de uma sentença juridicamente inexistente, que nunca adquire a autoridade da coisa julgada. Falta-lhe, portanto, elemento essencial ao cabimento da rescisória, qual seja, a decisão de mérito acobertada pelo manto da coisa julgada. Dessa forma, as sentenças tidas como nulas de pleno direito e ainda as consideradas inexistentes, a exemplo do que ocorre quando proferidas sem assinatura ou sem dispositivo, ou ainda quando prolatadas em processo em que ausente citação válida ou quando o litisconsorte necessário não integrou o polo passivo, não se enquadram nas hipóteses de admissão da ação rescisória, face a inexistência jurídica da própria sentença porque inquinada de vício insanável. [...]" (REsp 1105944/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14.12.2010, *DJe* 08.02.2011).

[25] "Art. 14. [...] Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...]."

[26] Art. 8.º, item 1: "Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

No mesmo sentido, o art. 7.º do CPC/2015, ao incumbir ao juiz o dever de "zelar pelo efetivo contraditório".

Importante destacar que as normas internacionais aludem ao contraditório como a garantia de *ser ouvido*,[27] o que demonstra que, muito mais do que apenas falar e contradizer, à parte deve ser garantida, antes de tudo, a possibilidade de que as suas alegações e manifestações (possibilidade de reação) sejam efetivamente levadas em consideração pelo juiz.

Por essa razão, é digna de aplausos a inovação trazida pelo art. 489, § 1.º, IV, do CPC/2015, ao impor ao magistrado o chamado dever de *fundamentação exauriente* ou *analítica* nas decisões, aspecto que dialoga diretamente com essa dimensão da garantia do contraditório, na medida em que potencializa o efeito da reação promovida pela parte, exigindo que suas razões e argumentos sejam integralmente analisadas pelo julgador.[28]

1.1.2.2 Contraditório como paridade de armas

Vindo o contraditório a ser reconhecido como direito fundamental do ser humano, conforme amplamente previsto nos tratados internacionais veiculadores dessas normas e nas constituições democráticas do Pós-Segunda Guerra – como o caso da CRFB/1988 –, continuou a receber os devidos influxos da nova hermenêutica constitucional, notadamente, do princípio da máxima efetividade já citado anteriormente.[29]

---

[27] "Contradizer significa manifestar-se contrariamente, em sentido oposto. O significado literal do princípio nos idiomas de origem latina fornece-lhe conotação que por vezes ofusca a real compreensão de seu alcance. Sem embargo, nos ordenamentos de origem germânica, evita-se a idéia de contrariedade de interesses e se utiliza a cláusula 'direito de uma oitiva jurídica' (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), previsto, por exemplo, no art. 103 da *Grundgesetz* alemã, em consonância com o artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art.8.º da Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica). Trata-se de a fórmula de grande simplicidade e notável densidade normativa: direito a uma justa audiência, o direito de ser ouvido" (CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 60, ago. 2005).

[28] "O artigo 489, § 1.º, inc. IV, NCPC trata da decisão que não enfrenta todos os argumentos debatidos pelas partes no processo. Faz-se aqui mais uma alusão à garantia constitucional do contraditório, devendo o julgador colocar-se como parte do diálogo processual, com o dever legal de responder aos argumentos discutidos pelos litigantes" (CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (org.). *Coleção Novo CPC*: Procedimento comum. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 967).

[29] Cap. 1, item 1.1, subitem 1.1.1.

Nesse contexto, a doutrina – resgatando a ideia vigorante na época medieval – passou a sustentar que a bilateralidade da oitiva, por si só, não atenderia às exigências do contraditório se as possibilidades de reação das partes, embora quantitativamente iguais, não fossem também qualitativamente equivalentes, uma vez que "não é suficiente que exista contraposição no processo, mas, sim, faz-se necessário, para que esta seja efetiva, que ambas as partes tenham as mesmas possibilidades de ataque e de defesa" (tradução nossa).[30]

Assim, para que o processo pudesse se desenvolver de forma justa, far-se-ia necessário observar também o tratamento paritário das partes, por meio da concessão de iguais oportunidades de atuação e recíproca implicação dentro do processo,[31] gerando uma espécie de *contraditório isonômico*, o que conduziu à identificação de novo elemento no conteúdo da garantia: a chamada *paridade de armas*.

O tratamento isonômico, que constitui o fundamento da paridade de armas, indica que a igualdade no processo não deve ser concebida apenas à luz do seu viés meramente formal, sendo essencial que o sistema contemple também o seu aspecto material, com vistas a tornar equivalentes as forças de atuação das partes dentro do processo:

> No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. [...] Ao julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer

---

30 "No es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que ésta sea efectiva, se hace necesario que ambas partes tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa" (SENDRA, Jose Vicente Gimeno. *Fundamentos del derecho procesal:* jurisdicción, acción y proceso. Madri: Civitas, 1981. p. 183).

31 "A paridade de armas não se deve conceber somente como igualdade de condições com que as partes devam se posicionar, mas também o nível de reciprocidade com que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo. Seria reducionista a condição de igualdade caso não houvesse reciprocidade integrativa das ações desenvolvidas pelas partes" (ROBERTO, Welton; SILVA, Beclaute Oliveira. O contraditório e suas feições no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (org.). *Coleção novo CPC:* Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 492). No mesmo sentido: "[...] no processo se encontra – ainda que de forma diversa, conforme o caso, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo – uma efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, alcançada através da distribuição de posições simetricamente iguais e mutuamente implicadas entre si" (tradução nossa). (PICARDI, Nicola. Il principio… cit., p. 679). No original: "[...] nel processo si riscontra – anche se in forma volta per volta diversa, sia dal punto di vista qualitativa che quantitativo – una effettiva corrispondeza e equivalenza fra i vari partecipanti, realizata attraverso la distribuizone di posizioni simmetricamente uguali e mutuamente implicate fra loro".

> observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto.[32]

Importante ressaltar, ainda, que, à medida que se foi sedimentando na doutrina o reconhecimento dessa nova dimensão da garantia ao contraditório, o direito positivo foi igualmente incorporando-a, como se vê, por exemplo, do art. 111 da Constituição italiana, com redação dada pela Emenda Constitucional de 23.11.1999, ao dispor que o "processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial".[33]

No Brasil, a jurisprudência também já vinha reconhecendo essa dimensão do contraditório.[34-35]

---

[32] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

[33] Texto traduzido para o português pela Província de Milão por ocasião do 60.º aniversário da República. Disponível em: <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

[34] "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. [...] 3. É cediço que a marcha processual é orquestrada por uma cadeia concatenada de atos dirigidos a um fim. Na distribuição da atividade probatória, o julgador de primeiro grau procedeu à instrução do feito de forma a garantir a ambos litigantes igual paridade de armas. Contudo, apenas o autor da Ação Civil Pública foi capaz de provar os fatos alegados na exordial. [...] 13. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ – REsp 1397870/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02.12.2014, *DJe* 10.12.2014).

[35] "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE VISTA E INTIMAÇÃO PESSOAL. PRERROGATIVAS DO DEFENSOR PÚBLICO. ART. 89 DA LC N. 80/1994. NEGATIVA DO JUÍZO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DECRETAÇÃO DA REVELIA NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. Na hipótese, o pedido de vista dos autos pela Defensoria Pública, antes da audiência inicial, nada mais foi do que tentar garantir – em sua plenitude – a assistência à recorrente, conferindo-lhe, dentro da paridade de armas, a maior possibilidade de contrabalançar a desigualdade que afeta às partes, permitindo que ambos os litigantes tenham no processo as mesmas oportunidades de tentar influir na decisão da causa. A Defensoria Pública é instituição estatal criada com o escopo de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos, de função ímpar em nosso sistema e consagrada no art. 134 da Carta da República. 3. Nessa linha, ciente das consequências jurídicas da audiência inicial do rito sumário, bem como da supressão de seu direito de defesa pelo Juízo – a Defensoria Pública foi impedida de apreciar as circunstâncias da demanda –, não se poderia exigir conduta diversa da recorrente, estando justificada sua ausência, haja vista que, sem realmente poder efetivar a defesa técnica, violado estaria o contraditório, a ampla defesa e inevitavelmente seria tida como revel. 4. Recurso especial provido" (STJ – REsp 1096396/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07.05.2013, *DJe* 21.05.2013).

Seguindo essa mesma tendência, o novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 passou a prever:

> Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. [...]
>
> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> I – assegurar às partes igualdade de tratamento; [...]

Pode-se ilustrar os reflexos dessa paridade de armas com diversas regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como a possibilidade de o juiz dilatar determinados prazos processuais com vistas a resguardar o contraditório efetivo da parte (art. 437, § 2.º, do CPC/2015); ou, ainda, a inaplicabilidade do ônus da impugnação especificada na contestação do curador especial (art. 341, parágrafo único, do CPC/2015).

No âmbito do processo trabalhista, são regras que consagram o contraditório como paridade de armas, por exemplo, a distinção de efeitos processuais entre a ausência do trabalhador reclamante na audiência e do empregador reclamado (art. 844 da CLT), ou também a possibilidade de concessão de prazo para manifestação da parte sobre os documentos apresentados no âmbito do rito sumaríssimo, em caso de impossibilidade de fazê-lo na audiência (art. 852-H, § 1º, da CLT). Devem-se mencionar, ainda, as alterações empreendidas pela Lei n. 13.467/2017, ao prever, no âmbito do processo laboral, igualmente, a possibilidade de dilação ou prorrogação de prazos (art. 775 da CLT), assim como a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório (art. 818, § 1.º, da CLT).

De qualquer forma, o importante é que o magistrado vele pelo tratamento isonômico das partes no exercício de suas faculdades processuais, inclusive, por meio da utilização dos seus poderes assistenciais,[36] como forma de resguardar a obediência aos princípios da isonomia e do contraditório, permitindo a equiparação do arsenal de que dispõem as partes na sua atuação em ambiente processual.

---

[36] "Para assegurar a efetiva paridade de armas, o juiz não pode ser um simples espectador indiferente do entrechoque dos litigantes, incumbindo-lhe o dever de suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses" (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório... cit., p. 76).

1.1.2.3 Contraditório como direito de influência e de não surpresa

Os efeitos dos novos ventos hermenêuticos decorrentes das constituições democráticas continuaram a produzir sucessivos influxos na compreensão de toda a gama de direitos e garantias fundamentais,[37] possibilitando à doutrina prosseguir no reconhecimento de novas dimensões na garantia do contraditório.

Avançando nesse processo, a partir das reflexões dos juristas germânicos sobre o art. 103, § 1.º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha ("Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido"),[38] passou-se a sustentar que a garantia à bilateralidade de audiência, ainda que em condições isonômicas (paridade de armas), operaria um contraditório sob um viés meramente formal se a possibilidade de reação não fosse capaz também de influenciar na formação do convencimento do órgão julgador.

Isto é, começou-se a entender que o direito de ser ouvido só se tornaria efetivo – e, portanto, a preservar a garantia do contraditório – se a atuação da parte pudesse se dar, como regra, de forma preventiva na construção da decisão judicial:

> Na Alemanha, após o segundo pós-guerra, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, § 1.º, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha como "pretensão de audição jurídica" (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*) foi interpretado de modo a garantir um alcance maior que a simples literalidade. O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) passou a afirmar que o dispositivo não só operava seus efeitos no confronto entre as partes, mas, sim, convertia-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribuía às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder *influir* sobre o resultado dos provimentos. Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo, com as partes, sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos.[39]

Dessa maneira, sedimentou-se, na noção de contraditório, o poder de influenciar a decisão judicial, potencializando-se o raio de incidência da garantia no aspecto objetivo, pois o direito à reação não seria compreendido apenas como oportunidade de falar, mas

---

[37] O novo papel desempenhado pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico foi o substrato para o surgimento da doutrina do *neoconstitucionalismo*, que contribuiu e contribui sobremaneira para o aprofundamento da interpretação e compreensão do papel desses direitos na estrutura do ordenamento jurídico (cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan.-mar. 2009).

[38] Texto traduzido para o português pelo Parlamento Alemão. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2016.

[39] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José. Uma dimensão... cit., p. 120-121.

também como o direito de ser previamente ouvido (*right to be heard*) e de poder contribuir na construção do provimento jurisdicional.[40]

Também se verifica que tal compreensão opera um alargamento na ideia de contraditório sob o viés subjetivo, uma vez que, quanto a este último, o magistrado passa a ter o grave dever de instigar e fomentar o debate entre as partes sobre quaisquer questões que gravitam em torno da causa e não foram por estas discutidas previamente.[41]

Ou seja, deixa-se de compreender o contraditório no aspecto subjetivo como questão circunscrita às partes, para incluir o juiz também nessa arena, como personagem fomentador e instigador do debate, ao mesmo tempo também em que vê seu raio de atuação restringido pela necessidade de observância dessa dimensão do contraditório. Há uma nítida valorização da atuação das partes, aumentando a sua participação no desenrolar do processo, e uma redução do protagonismo do juiz.

A combinação desses dois elementos (objetivo e subjetivo) levou a doutrina a identificar no poder de influência a chamada *dimensão substancial* do contraditório.[42]

Nesse caminhar, partindo-se do pressuposto de que o contraditório só restaria observado se à parte fosse garantido o direito de ser previamente ouvida, de modo a influenciar na formação da convicção do órgão julgador, sustenta a doutrina um outro

---

[40] "El art. 103 párr. 1 determina, que toda persona tiene el derecho a ser oído legalmente ante el tribunal. Con ello se obliga al tribunal, posibilitar a las partes, exponer el punto de vista por ellas asumido en forma objetiva y extensión suficiente. Ello significa por una parte, que las partes tienen un derecho a orientación. […] Además, tienen un derecho a expresarse.

Fundamentalmente debe darse oportunidad a las partes a expresarse, antes de que se dicte una decisón judicial" (LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. 2. ed. Medellín: Biblioteca Juridica Dike, 1999. p. 154).

[41] "Além da obrigação das partes em contribuir eticamente para a resolução do conflito, o contraditório impõe ainda um dever ao juiz, no sentido de instalar verdadeiro debate judicial sobre as questões discutidas no processo. [...]

Atualmente, ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de um mandamento constitucional do diálogo judicial (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado" (CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever... cit., p. 64).

[42] "Deve-se dar ao princípio do contraditório uma dimensão substancial (e não meramente formal), de modo a ser ele capaz de assegurar a efetiva participação das partes no processo, com influência na formação do resultado. Quer-se com isto afirmar que o contraditório não pode ser visto como mera garantia *formal* de que às partes se dará, ao longo do processo, a possibilidade de falar, de se manifestar. O contraditório é, muito mais do que o 'direito de falar', o *direito de ser ouvido*, impondo-se deste modo, ao juiz, o dever de ouvir o que as partes têm a dizer, levando em consideração seus argumentos" (CÂMARA, Alexandre de Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (org.). *Coleção novo CPC:* Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 379).

efeito de decorrência natural dessa dimensão substancial: a vedação de o juiz proferir decisões calcadas em fundamentos sobre os quais as partes não foram antecipadamente ouvidas.[43] Proíbem-se, assim, as chamadas *decisões-surpresa*, quais sejam, aquelas embasadas em questões de fato ou de direito sobre as quais as partes não puderam previamente se manifestar, aspecto que será melhor analisado no capítulo seguinte deste trabalho.

Nesse contexto, importante destacar que a compreensão do contraditório à luz da proibição às decisões-surpresa ocasiona a uma nítida alteração na concepção das parêmias do *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, implicando "modificar de forma significativa o alcance do antigo brocardo".[44]

Segundo tais parêmias, o juiz conhece o direito e, portanto, a ele cabe dar o correto enquadramento jurídico aos fatos trazidos ao seu exame. Nessa atividade intelectiva, o magistrado estaria obviamente obrigado a fundamentar suas conclusões, mas teria ampla liberdade de reconhecer os efeitos jurídicos que entendesse mais adequados aos fatos objeto do julgamento, sem qualquer necessidade de consulta ou entrevista prévia às partes.

No entanto, com o paulatino reconhecimento do poder de influenciar e da vedação às decisões-surpresa, esses adágios passaram por uma releitura: não se proíbe que o magistrado possa continuar a dar o enquadramento jurídico que repute mais correto aos fatos, adotando o fundamento que, segundo o ordenamento, resolva adequadamente a lide, mas se exige que faculte às partes a possibilidade de se manifestar antecipadamente sobre a matéria.[45]

---

43 "Ora, essa colaboração só se ostenta possível, do ângulo visual das partes, quando sabem elas ou podem saber de que depende, no caso concreto, o ponto de vista do órgão judicial. De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apóie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido, ou considerada sem maior significado: o Tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. Permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, p. 34, jul.-set. 1993).

44 Idem, p. 32.

45 "O contraditório compreendido como garantia de não-surpresa é incompatível com o modo como sempre se interpretou a máxima *iura novit curia*, por força da qual sempre se afirmou que é o órgão jurisdicional que conhece o Direito (e que levava, inexoravelmente, a outra máxima: *da mihi factum, dabo tibi ius* – dá-me os fatos que te darei o direito –, por força da qual sempre se considerou que cabia às partes tão somente narrar os fatos, sendo incumbência do juiz aplicar o Direito aos fatos demonstrados no processo). O princípio do contraditório exige que, não obstante o conhecimento que tenha o juiz acerca do Direito – e se reconhecendo que pode ele suscitar fundamentos jurídicos que as partes não tenham

1.1.3 Contraditório e cooperação

O sucessivo reconhecimento dessas emanações do princípio do contraditório permitiu também à doutrina reconhecer e sustentar um novo paradigma de divisão do trabalho no âmbito do processo, por meio do chamado *modelo cooperativo*, como decorrência do "redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como mero espectador do duelo das partes".[46]

Segundo André Pagani de Souza, aludindo à doutrina francesa, referido modelo implica compreender que "o processo civil é produto do trabalho das partes e do juiz regidos pelo princípio do contraditório, sendo certo que todos devem cooperar entre si para obter o melhor resultado possível, cada um desempenhando seu papel".[47]

Como desdobramento natural desse paradigma, passou-se a defender também o reconhecimento do denominado *princípio da cooperação*, segundo o qual:

> O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso).[48]

Nesse contexto, tal princípio – que foi expressamente agasalhado pelo art. 6.º do Código de Processo Civil de 2015 – impõe às partes e ao juiz deveres de esclarecimento, lealdade e proteção,[49] sendo que, procedendo a um recorte das

---

apresentado –, tem ele o dever de submeter tais fundamentos ao debate antes de neles se apoiar para proferir uma decisão" (CÂMARA, Alexandre de Freitas. Dimensão processual... cit., 2016, p. 381).

46 DIDER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa, 2015. p. 1085.

47 SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104.

48 DIDER JR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 76, set. 2005.

49 "Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC)" (DIDER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual... cit., p. 1087).

implicações que a cooperação acarreta em relação à atuação do magistrado, podem ser apontadas, notadamente, as dimensões dos deveres de esclarecimento, de prevenção e de consulta.

Quanto ao primeiro, entende-se que o juiz tem o dever de se "esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo",[50] com o intuito de "evitar que sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada".[51] Exemplo dessa implicação seria a utilização, pelo magistrado, do interrogatório a que aludem os arts. 139, VIII, e 379, I, do CPC/2015, caso venha a ter dúvidas sobre quaisquer aspectos referentes à causa.

Já o dever de prevenção incute no magistrado a incumbência de "prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos, convidando-as a aperfeiçoar seus articulados",[52] como ocorre, por exemplo, com a exigência da concessão de prazo para a emenda da petição inicial, quando esta se apresentar com alguma pecha de inaptidão (art. 321 do CPC/2015).

E, relacionando-se mais intimamente ao objeto desta pesquisa, tem-se o dever de consulta, ligado à compreensão do contraditório como direito de influência e não surpresa, na medida em que exige a consulta prévia das partes, antes da prolação da decisão, calcada em eventual "questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório".[53] O art. 10 do CPC/2015 é clara exteorização dessa compreensão.

1.2 O princípio da efetividade do processo

1.2.1 Breve resgate histórico

Diversamente da ideia de eficácia, que já de há muito contava com abordagem mais sólida na literatura jurídica, a noção de efetividade – apesar de não ser tão jovem em âmbito doutrinário –, é bem mais recente do que aquela, representando ainda viva e contemporânea preocupação no âmbito da Ciência do Direito. Muito

---

50 DIDER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual... cit., p. 1087.
51 SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* cit., p. 120.
52 Idem, p. 121.
53 DIDER JR, Fredie. O princípio da cooperação... cit., p. 77-78.

embora possuam íntima relação, por tratarem, em suma, do mesmo fenômeno – a produção dos efeitos das normas jurídicas –, os referidos conceitos são diversos, não sendo incomuns as confusões conceituais entre eficácia e efetividade e, ainda, entre estas e a nascente ideia de eficiência.

A eficácia remonta à própria estrutura formal de aplicabilidade da norma. Entende-se por eficácia a aptidão, no plano abstrato, que a norma jurídica possui para produzir seus efeitos. Isto é, a qualidade de que uma dada regra de direito dispõe para, sob a dimensão lógico-formal, gerar efeitos no tocante ao regramento da conduta dos seus destinatários.[54]

Ocorre que, em certos casos, essa aptidão abstrata acaba por não se verificar concretamente. Por razões que tocam muito mais intimamente à Sociologia Jurídica, há normas que, embora eficazes, não conseguem atingir os efeitos a que se destinam, dimensão que desperta a análise do problema a partir da noção de efetividade.[55]

Ou seja, a efetividade da norma jurídica diz respeito à sua capacidade de produzir, em concreto – e não mais apenas abstratamente –, os efeitos a que se presta.[56] Enquanto a eficácia é aquilatada sob a ótica do dever-ser, a efetividade é construída a partir daquilo que é.

No âmbito do Direito Processual, a dimensão da eficácia foi a grande tônica dos processualistas durante o período do Estado Liberal, no qual os valores da segurança jurídica e da proteção do cidadão contra o poder estatal eram os ideais buscados pelas normas e institutos processuais. Não por outra razão, a preocupação dos cientistas processuais consistia em definir os conceitos, reunir e classificar as categorias, conferir coerência, autonomia e sistematicidade ao estudo do direito processual etc., desenvolvendo

---

54 "A eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas como uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Como essa aptidão admite graus, podemos dizer que a norma é mais ou menos eficaz. Para aferir o grau de eficácia, no sentido técnico, é preciso verificar quais as funções da eficácia no plano da realização normativa" (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 168).

55 Registre-se que a doutrina não é uníssona na atribuição terminológica desses conceitos, havendo, por exemplo, quem designe a efetividade como *eficácia social* (cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução...* cit., p. 166-168) ou simplesmente como *eficácia* (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 47-48).

56 "Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma" (CUNHA, Leonardo Carneiro. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 233, p. 67, jul. 2014).

toda a teoria a partir da aptidão do processo para gerar efeitos,[57] como elemento abstratamente considerado.

É durante esse período, por exemplo, que ocorre a coroação do estudo do Direito Processual como ramo autônomo da Ciência do Direito, a partir da tese elaborada por Oscar von Büllow, por meio da qual foi possível reconhecer a relação jurídico-processual como manifestação diversa da relação de direito material que lhe é subjacente.[58]

Esse modelo, todavia, passou a ser colocado em xeque a partir da compreensão de que o processo não poderia servir somente como meio de reconhecimento de direitos, mas, também, como mecanismo de efetivação desses mesmos direitos.

Relacionando-se, assim, com a derrocada do Estado Liberal e com a ascensão do Estado Social, a busca pela materialização dos resultados do processo, de forma a tornar concreta na vida dos litigantes a solução jurisdicional estabelecida para o caso, serviu como grande mote para a criação das normas processuais e para a produção doutrinária, passando a efetividade a representar a "noção-chave para esse novo modelo dogmático-processual".[59] Referido movimento foi permeado também pela então nascente compreensão publicista do processo,[60] incorporada à doutrina no início do

---

57 "Embebida pelo racionalismo iluminista burguês do séc. XVIII, a processualística desenvolvida na Europa do séc. XIX assumiu a tarefa de elevar o direito processual civil a um ramo autônomo, mediante o entendimento do processo como uma relação jurídica complexa e mediante uma decomposição desta relação protéica em inúmeras situações jurídicas mais simples (pretensões, faculdades, imunidades, poderes, deveres, sujeições, funções, ônus processuais, etc.). [...] Enfim, sintonizada com a necessidade de segurança jurídica imposta pelo Estado Liberal de Direito, a dogmática processual era uma ciência organizatória das categorias processuais civis a partir de conceitos-chave (ação, jurisdição, processo, etc.). Com isto, a atividade intelectual dos processualistas cingiu-se a aventuras cerebrinas no mundo lógico das normas, e as questões sobre eficácia passaram a circundar as grandes dissidências acadêmicas" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 277-278, mar. 2005).

58 "Com a obra de Oskar Büllow, e a partir dela, o processo deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica que obedece a pressupostos próprios de existência e validade. [...] A ação deixa de ser compreendida como um apêndice do direito material, passando a representar um direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e lograr uma sentença" (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil:* pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 36).

59 COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais... cit., p. 281.

60 "No plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do Século XX quanto ao caráter público do processo, considerado um mal social ('sozial Übel', expressão de Frederico, o Grande), um fenômeno doentio, a ser extirpado o mais rápido possível" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 59, out.-dez. 1999).

século XX, encontrando no modelo processual civil austríaco do final do século XIX um de seus referenciais históricos mais eloquentes.[61]

É nesse contexto que a efetividade passou a ocupar papel de grande destaque no bojo da investigação científica do fenômeno processual,[62] sem ainda poder ser considerada *démodé*, pois, por razões das mais diversas, que variaram ao longo da história, os problemas relacionados à efetividade do processo nunca deixaram de acompanhar a prática judiciária, seja no Brasil,[63] seja em outros países do mundo.[64] Essa situação se acentuou nos últimos tempos, em razão da crescente onda de ampliação do acesso à justiça, associada também aos perversos efeitos causados pelo aumento da litigiosidade.

---

61 "Em 1.º de janeiro de 1898, entrou em vigor a codificação austríaca projetada por Franz Klein, que se distanciava tanto do esquema autoritário do processo romano-justiniano quanto do esquema liberal do processo comum. Na verdade, Franz Klein teve o mérito de enxergar o litígio de caráter puramente privado como conflito social, em razão de sua solução ter reflexos sobre o Estado e a sociedade. Por conseguinte, o processo civil assume a condição de instituição para o bem-estar social (*Wohlfahrtseinrichtung*), que se desenvolve a partir do debate público e oral mediante relação imediata e direta entre o Juiz e as partes. Tal imediatidade é acompanhada por poderes de direção material do processo, com vistas a imprimir uma marcha constante e acelerada" (CORREA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial:* modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais. 2008. 302 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 86).

62 "Realmente, a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avançados sistemas legais de nosso século. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar a tradicionais liberdades 'individuais' – incluindo aquelas de natureza processual – com direitos e garantias de caráter 'social', que em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos, como também assegurar uma real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 136).

63 Embora soe contraditório em algumas regras, a busca pela efetividade do processo foi um dos pontos que mereceu especial atenção da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015. Na exposição de motivos, justificando um dos pilares da nova legislação (aproximar as regras do processo dos ditames da Constituição Federal), consta: "Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material". Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

64 Veja-se, por exemplo, a reforma processual empreendida por Lord Wolf em 1998, ao instituir a primeira legislação codificada e sistematizada de regulação do processo civil inglês, cujo objetivo, dentre outros, era tornar o processo mais célere e simples: "As CPR são 'um novo código processual', que entrou em vigor em 26 de abril de 1999. *Lord* Wolf, nos seus dois relatórios de 1995 e de 1996, identificou cinco objetivos: (1) acelerar a justiça civil, (2) tornar o processo civil mais acessível ao cidadão comum, (3) simplificar a linguagem do processo civil, (4) promover uma solução rápida, (5) tornar os litígios mais eficientes e menos onerosos, evitando excessos e fazendo com que se recorra menos aos expedientes processuais" (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil inglês:* formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45. Também assim a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* espanhola, cuja exposição de motivos expressamente prevê, logo em seu início, que: "El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad". Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 17 jul. 2017.

Fixadas essas premissas, necessário, por fim, mencionar também a recente ideia de eficiência que, embora correlata, não se confunde com a de efetividade do processo.

Com efeito, o surgimento do Estado Democrático de Direito – aprimorando as promessas feitas pelo Estado Social – ensejou um movimento que passou a proclamar não só a necessidade de correspondência entre os efeitos abstratamente pretendidos pela norma (eficácia) com aqueles concretamente verificados (efetividade), mas também que esses efeitos fossem igualmente atingidos com o menor custo – não somente econômico – possível. Isto é, que norma atingisse a máxima potencialidade de seus resultados em razão da menor quantidade de meios empregados.

Nesse panorama, o princípio da eficiência, em sede de ambiente processual, informa que o processo deve proporcionar o máximo de resultados possíveis com o emprego mínimo de meios necessários para atingi-los, "como resultado de uma atuação que observou dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)".[65] Pode-se inferir, assim, que o conteúdo do princípio da eficiência nada mais é do que "uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual",[66] a partir de uma dimensão quantitativa.[67]

1.2.2 Conteúdo

O princípio da efetividade do processo costuma ter seu conteúdo identificado a partir da célebre frase de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual "o processo deve dar, tanto quanto possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem

---

65 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 1, p. 103.

66 Idem, ibidem.

67 "Conforme defende Michele Taruffo, a primeira estaria relacionada com a velocidade dos procedimentos e a redução de custos, de sorte que, quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida. Uma segunda perspectiva da eficiência estaria relacionada com a qualidade das decisões e de sua fundamentação, conduzindo à necessidade de adoção de técnicas adequadas, corretas, justas e equânimes. [...]

A chamada eficiência quantitativa confunde-se, na realidade, com o princípio da duração razoável e com o princípio da economia processual" (CUNHA, Leonardo Carneiro. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 233, p. 75-76, jul. 2014). Em crítica a essa igualação: COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais... cit., p. 294.

direito a obter".[68] Referida enunciação tem ultrapassado as barreiras do tempo e, ainda hoje, influenciado toda a produção científica sobre o tema, independentemente do enfoque teórico que se pretenda dar à matéria, representando importante ponto de partida para a compreensão de toda a potencialidade que a garantia encerra.

A partir dessa noção, a efetividade do processo informa que este deve estar estruturado de tal modo a permitir a atuação concreta do direito material que assiste à parte necessitada do socorro jurisdicional, podendo ser caracterizado como efetivo o processo "que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material",[69] desempenhando com "eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico".[70]

Assim, se "o vencedor da demanda, em um prazo razoável, obtém com a tutela jurisdicional exatamente aquilo que obteria caso a obrigação tivesse sido adimplida voluntariamente",[71] a efetividade estará atendida, já que não interessa ao titular do direito material violado – e nem à coletividade indiretamente lesada pelo descumprimento da ordem jurídica – o mero reconhecimento de direitos, senão, antes, a sua efetiva observância, traduzida por meio da materialização do resultado do processo.

Ademais, a efetividade do processo atua como importante mecanismo de legitimação social do Poder Judiciário, uma vez que a não entrega de resultados práticos acarreta a perda de credibilidade do exercício da jurisdição, gerando descrença e desconfiança em seus usuários.[72]

No entanto, cabe destacar que a efetividade do processo não se resume apenas a essa visão (capacidade de fazer canalizar a solução antevista pelo direito material para o

---

68 "[…] el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. E. Gomez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. t. I. p. 53). Digna de nota a observação formulada por Cândido Rangel Dinamarco, para quem referida enunciação: "[...] está inserida em um conceito muito individualista e de marcado positivismo jurídico, em que se via somente o escopo jurídico do processo, sem preocupações pelo social e pelo político; mas, relida fora do contexto, por certo conduzirá a termos idênticos àqueles propostos" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 320).

69 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

70 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 181, jan.-mar. 2005.

71 TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014. p. 344-345.

72 "A verdade é que, sem que se confira à decisão judicial credibilidade decorrente de sua real aptidão a promover efetivas alterações no mundo empírico, certamente será difícil a obtenção, pelo sistema judiciário da necessária legitimidade social" (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 814, p. 63, ago. 2003).

litígio), mas, acima de tudo, diz respeito à aptidão de que dispõe o processo para alcançar todos os seus escopos, conforme preciso alerta de Cândido Dinamarco:

> Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, visto em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico.[73]

Dessarte, do que aqui se viu, salta aos olhos a ligação umbilical que a ideia de efetividade possui com a de instrumentalidade do processo, por meio da qual se pode compreender este não como um fim em si mesmo, mas como uma ferramenta a serviço dos escopos do sistema. Ora, se processo efetivo é aquele em que, como regra, a solução desejada pelo direito material consegue se fazer presente com capacidade de influir concretamente no mundo natural, tanto mais haverá efetividade quanto maior seja a aptidão do sistema processual para viabilizar essa missão.

Nesse contexto, a efetividade processual foi alçada à categoria de direito fundamental, como norma constitucional decorrente da disposição contida no art. 5.º, XXXV, da CRFB/1988 ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito") e da cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CRFB/1988), na medida em que, somente com a entrega de uma tutela jurisdicional integral, célere e completa – aí contemplada a concreta satisfação do vencedor da demanda –, é que se pode considerar como verdadeiramente exercido e respeitado o direito ao acesso à justiça.[74]

E nem poderia ser diferente.

Uma vez proibindo a composição dos conflitos por meio da autotutela, bem como reivindicando para si do monopólio da jurisdição, o Estado necessita dar uma pronta resposta na solução das disputas de interesses submetidas à sua intervenção, gerando aos cidadãos um direito de ver as suas controvérsias efetivamente resolvidas, sem o qual a sua própria existência digna estará comprometida.[75]

---

[73] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 338.

[74] "O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos" (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 66). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 334.

[75] "De seu turno, a Constituição da República de 1988 reconhece, como fundamental, o direito à efetividade da jurisdição e do processo. Proibindo a autodefesa, o Estado atrai para si o dever de tornar concretos os direitos atribuídos pela ordem jurídica, ao qual corresponde o direito à atividade estatal destinada a este

Daí se vê que a efetividade possui íntima relação com a ideia de celeridade, decorrente da necessidade da pronta e integral resposta estatal ao conflito submetido ao seu crivo.[76] Não se trata de defender que efetividade e celeridade correspondam a conceitos sinônimos,[77] mas, sim, de reconhecer que entre ambos os valores existe uma ligação tão íntima e plena que seria praticamente inviável pretender compreender um sem a concepção do outro.

A garantia processual também foi objeto das normas internacionais, as quais, de uma maneira geral, também preveem a efetividade do processo como um direito inerente à condição do homem, com expressa menção a recursos efetivos na defesa de interesses violados. Citem-se, por exemplo, as menções feitas no Artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos[78] e no Artigo 2, item 3, a, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,[79] internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 592/1992.

Dessa forma, reconhecendo-se a tão excelsa importância da efetividade do processo, necessária também a identificação dos vetores que devem inspirar a compreensão de um modelo processual apto a concretizá-la, tema que ocupou a atenção de José Carlos Barbosa Moreira em estudo paradigmático sobre o tema, por meio do qual apresentou os tradicionais critérios orientadores na busca pela almejada efetividade:

> [...] a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa,

---

fim (direito à jurisdição) e a que esta atividade seja capaz de produzir os efeitos que lhe são próprios (direito à efetividade da jurisdição), como permite afirmar o art. 5.º, XXXV, da CF/1988" (ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 919, p. 326, maio 2012).

76 "A noção chiovendiana de efetividade não basta ao processualista moderno. O processo civil não só precisa estar apto a efetivar todos os direitos assegurados, mas também, e principalmente, a fazê-lo de forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos possível, traduzindo uma preocupação social" (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 155).

77 "[...] efetividade não se confunde com celeridade, conquanto seja esta aspecto importante daquela. Um processo célere não será necessariamente efetivo se, por exemplo, sacrificar uma das garantias constitucionais. Suponha-se, por exemplo, que, em causa de grande complexidade técnica, que envolva matéria contábil, resolva o juiz indeferir a perícia e julgar antecipadamente a lide. Teremos, aí, não um julgamento antecipado, mas um julgamento precipitado... E julgamento precipitado não garante, à evidência, a efetividade da jurisdição" (LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 34, jul.-ago. 2004).

78 "Artigo VIII – Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei."

79 "Artigo 2. [...] 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetra por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais."

> quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.[80]

De alguma maneira, inspirado nesses critérios, o CPC/2015 previu, por exemplo: a) a necessidade de todos os sujeitos do processo cooperarem entre si para a obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva (art. 6.º); b) a possibilidade de o juiz dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, com vistas a melhor atender às necessidades do litígio e conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI); c) a preservação do poder geral de cautela (art. 297); e d) a incumbência de o Conselho Nacional de Justiça acompanhar, periodicamente, a efetividade das normas trazidas pelo referido Código (art. 1.069).

Também o processo do trabalho, ao consagrar, entre outros: a) a capacidade postulatória das partes independentemente da representação técnica, inclusive, em sede de dissídio coletivo (art. 791, *caput* e § 2.º, da CLT), como mecanismo de facilitação do acesso à justiça; b) a oralidade e seus eixos procedimentais (arts. 847, 849 e 850 da CLT)[81]; c) a ação de cumprimento como primeira modalidade de substituição processual prevista no ordenamento jurídico brasileiro (art. 872, parágrafo único, da CLT); d) a ampla liberdade do juiz na busca pela reconstrução da verdade no processo (art. 765 da CLT); e) a inexistência de antecipação de custas para a prática dos atos processuais (art. 789 da CLT); f) a exigência do depósito recursal como pressuposto de admissibilidade dos recursos (art. 899, § 1.º, da CLT).

1.2.3 Instrumentalidade e efetividade do processo

A atuação concreta do direito material por meio do processo, como importante dimensão do seu nível de efetividade, só será plenamente alcançada se este – o processo – puder ser encarado como mecanismo voltado a atender esse fim, isto é, se o processo,

---

80 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 10, n. 29, p. 77-78, nov. 1983.

81 Como desenvolvido no Capítulo 3, item 3.5, deste trabalho.

como método por meio do qual o Estado exerce a jurisdição, estiver apto a se estruturar para melhor canalizar o direito material, cuja atuação se pretende ver concretizada. [82]

Essa ideia, que exterioriza uma visão acentuadamente instrumentalista do processo, está presente nas célebres lições de Mauro Cappelletti:

> O direito processual não é, realmente, um fim em si mesmo, porém instrumento voltado ao objetivo da tutela do direito *substancial*, público ou privado; este é na verdade e por assim dizer *ao serviço* do direito material, do qual tende a garantir a efetividade, ou melhor, a observância e, para o caso de inobservância, a reintegração.[83]

Igualmente, Cândido Rangel Dinamarco, em obra antológica dedicada à análise do tema:

> Direito e processo constituem *dois planos verdadeiramente distintivos* do ordenamento jurídico, mas estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (*substance procedure*). Essa é uma colocação acentuadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que lhe estão à base.[84]

O mestre das Arcadas – pioneiro no Brasil quanto à sistematização da matéria –, adverte, entretanto, que esse aspecto da instrumentalidade (atuação da vontade concreta do direito) diz respeito tão somente ao escopo jurídico do processo, sendo certo que a sua configuração, a partir de um enfoque teleológico, deve contemplar igualmente os chamados escopos sociais e políticos, sob pena de o processualista gestar visão reducionista e acanhada do sistema processual:

---

82 "A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função da sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 19).

83 CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. v. II, p. 31-32.

84 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 375. Bastante eloquente e digna de nota é a analogia trazida por Fredie Didier Jr.: "Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 1, p. 41).

> Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer em um só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social.[85]

O escopo social do sistema processual decorreria da influência do elemento sociológico no direito, permitindo conceber o processo também como instituição voltada à pacificação com justiça (solução dos conflitos mediante critérios justos, visando à paz social) e à educação (conscientização dos membros da sociedade acerca dos seus direitos e deveres, fazendo emergir o seu caráter pedagógico).[86]

Já o escopo político do processo diz respeito à sua vocação instrumental para realizar os fins do Estado, representando importante mecanismo do exercício da força e potestade estatais, que se direciona para o alcance de seus objetivos políticos (valores eleitos pela sociedade). No entanto, além disso, o sistema processual também é marcado pelo resguardo da liberdade dos cidadãos em face desse mesmo poder, condicionando-o e restringindo a sua manifestação, assim como pelo viés democrático, que informa a necessidade de se criarem canais de participação do cidadão no exercício da jurisdição.[87]

Nesse contexto, a instrumentalidade ideal seria aquela capaz de iluminar o processo a partir dos seus três escopos (jurídico, social e político), alcançando-os integral e plenamente e ampliando, assim, a visão do problema para além do enfoque meramente jurídico, o que proporcionaria a tão desejada efetividade do processo (aspecto positivo da instrumentalidade).[88] Por outro lado, esse mesmo ideal de instrumentalidade permitiria a

---

85 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 250-251.

86 Idem, p. 189-192.

87 "São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política" (Idem, p. 198).

88 "Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade" (Idem, p. 320).

rejeição de uma visão introspectiva do processo, rechaçando-se, assim, a sua concepção como um fim em si mesmo (aspecto negativo da instrumentalidade).[89]

A instrumentalidade, portanto, seria atributo imprescindível ao alcance da efetividade do processo, na medida em representa importante coluna sobre a qual o sistema processual deve estar erigido, viabilizando e potencializando a sua aptidão para entregar soluções concretas na vida das partes atuantes no processo.[90]

Daí por que José Carlos Barbosa Moreira afirma:

> Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.[91]

É verdade que a defesa da instrumentalidade, cujos estudos correspondentes forneceram o grande arcabouço teórico para a chamada terceira fase de desenvolvimento do Direito Processual – na qual, como grande característica, deslocou-se o foco da investigação científica da ação para a jurisdição –, não é imune a críticas. Muitas são as vozes que se levantam contra a referida corrente de pensamento, sob o argumento de que se trata de grande válvula para a prática de arbitrariedades pelos órgãos judiciais no curso do processo, solapando as garantias constitucionais de defesa do cidadão em face do Estado.[92]

---

89 "Reconhece-se e defende-se a autonomia do direito processual. Não se aceita, todavia, o seu isolamento, mormente por se tratar de ciência instrumental. São estéreis as construções processuais que não proporcionam real contribuição para o escopo do processo" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo* cit., p. 23).

90 "Falar em *efetividade do processo* e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo-de-ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso. Propugna-se pela admissão do maior número possível de pessoas e conflitos ao processo (*universalidade da jurisdição*), indicam-se caminhos para a melhor feitura do processo e advertem-se os riscos de injustiça, somente porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 351-352).

91 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 181, jan.-mar. 2005.

92 Nesse sentido, a acalorada contraposição de Calmon de Passos ao que chamou de "modismo da instrumentalidade do processo", por comprometer as garantias decorrentes do devido processo legal: "Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela 'instrumentalidade' foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, p. 66, abr.-jun. 2001).

No entanto, em resposta à crítica, deve-se lembrar de que a defesa da instrumentalidade não significa admiti-la como elemento único para a configuração do modelo ideal de processo, mas, sim, de reconhecer a importância de compreendê-lo de forma teleológica, à luz dos fins a que se destina: não como um algo voltado para si mesmo, mas como objeto a serviço do cumprimento de seus elevados escopos. Afinal, "o dia em que a cláusula *due process* for interpretada como fator esclerosante da participação do juiz no processo, *adeus justiça* e *viva as fórmulas rígidas da lei*".[93]

1.2.4 Razoável duração e efetividade do processo

A aptidão do processo para gerar resultados práticos na vida dos indivíduos que dele se utilizam, como expressão da noção de efetividade, perpassa, igual e invariavelmente, pela compreensão de que a resposta estatal ao conflito deve ser dada de forma tão mais imediata quanto razoavelmente possível, pois "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".[94]

Não por outra razão, a relação entre tempo e direito – aqui compreendido como justiça – no âmbito do processo, a partir do seu período de publicização (século XX), passou a ser objeto de crescente e permanente preocupação na pesquisa e reflexão científicas, culminando na compreensão de que o sistema processual ideal deveria ser estruturado de tal modo a ser capaz de reduzir as demoras indevidas no andamento do processo, o que, inclusive, motivou Francesco Carnelutti a proclamar:

> O valor que o tempo tem em um processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria arriscado comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso. Além disso, também sob esse aspecto, o processo é vida. As exigências que se colocam ao juiz, em relação ao tempo, são três: detê-lo, reduzi-lo e acelerar seu curso.[95]

---

93 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 380.

94 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Brasília: Caixa, 2015. p. 81.

95 "Il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa. Del resto, anche sotto questo aspetto, il processo è vita. Le esigenze che si pongono al giudice, in ordine al tempo, sono tre: *fermarne, retrocederne, accelerarne il corso*" (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958. p. 354).

É verdade que o problema da demora na entrega de resultados no processo não é exclusivamente um problema do sistema processual, como bem apontou Barbosa Moreira: "Mas a excessiva duração dos processos tem causas tão numerosas, tão complexas (ousaríamos acrescentar: e tão mal-individuadas nos respectivos pesos, pela carência de estatísticas judiciárias), que seria ambição vã querer encontrar no puro receituário processual remédio definitivo para a enfermidade. Entre aí em jogo longa série de questões:

Assim, o valor da celeridade passou a ganhar cada vez mais destaque na concepção do modelo ideal de processo, vindo, inclusive, a ser reconhecido em diversos diplomas internacionais como direito humano. Citem-se, por exemplo, o art. 6.º da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais[96] ou mesmo o art. 8.º, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dispondo este que "Toda pessoa tem direito a 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 [...]".

Seguindo a mesma toada, a Emenda Constitucional n. 45/2004 fez incluir, expressamente, o inciso LXXVIII no art. 5.º da CRFB/1988, estatuindo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

É verdade que o direito fundamental garantido não é à aceleração desmesurada do processo, pois este também precisa contemplar as demais garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal.[97] A garantia diz respeito à duração razoável e à celeridade na sua tramitação, isto é, a uma marcha vocacionada à aceleração, mas cuja velocidade propriamente dita será fruto das circunstâncias que envolvem o caso submetido a exame, a partir do resguardo de outras garantias processuais.

Assim, o que se pode concluir é que situações mais complexas desafiarão, naturalmente, tramitação mais complexa e velocidade mais moderada, ao passo que situações

---

falhas da organização judiciária, deficiências na formação profissional de Juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo cit., p. 81). No entanto, é manifesto que a configuração procedimental do processo pode atuar positivamente na melhoria de sua duração: "A extensão do tempo técnico, no entanto, esbarra na ordenação do próprio processo, nos ritos, nos prazos e, sobretudo, na leitura judicial que for realizada desses mesmos prazos. Trata-se, aqui, de redesenhar, em prol da redução do tempo técnico, das redundâncias do procedimento ou da duração dos prazos concedidos às partes e aos demais atores do processo. A adequação dos procedimentos, o encurtamento das opções do litigante e a condução efetiva do feito pelo magistrado serão mecanismos capazes de reduzir o tempo técnico" (FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009. p. 47).

96 "Art. 6.º Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]". Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 5 set. 2018.

97 Aqui, mencionada como devido processo formal (*procedural due process*), correspondendo à: "[...] **expressão integral e sistemática das garantias de natureza processual diretamente atribuídas pela ordem jurídico-constitucional, em texto** (=direitos constitucionais processuais positivos) **ou em 'espírito'** (= direitos constitucionais processuais adscritos), **bem como todos os seus desdobramentos essenciais"** (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo:* tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due process of law" cit., p. 402).

mais simples poderão receber as devidas doses de agilização e abreviação, devendo o processo, entretanto, estar aparelhado de forma a permitir que, respeitadas as demais garantias constitucionais, privilegiem-se as soluções que confiram maior celeridade.

Por isso, não se concorda com a crítica de Fredie Didier Jr., para quem: "Não existe um *princípio da celeridade*. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve *demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional*".[98] A celeridade, de fato, é sim valor a ser buscado pelo sistema processual, devendo, contudo, ser analisada à luz de todas as demais garantias constitucionais evidentemente. Essa, inclusive, é a noção que se extrai do mandamento constitucional inserto na parte final do art. 5.º, LXXVIII, da CRFB/1988.

No mesmo sentido, está também a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

> Veja-se, por exemplo, *o problema da lentidão processual*. Sem dúvida algum esforço merece ser feito, para atenuar o mal, em sede de interpretação das normas que regem o andamento das causas em juízo: sendo igualmente admissíveis dois entendimentos diversos, há de preferir-se o mais favorável à rápida solução do litígio.[99]

Dessa maneira, pode-se concluir que a duração razoável do processo trata-se de conceito jurídico indeterminado, cuja materialização só poderá ser encontrada à luz do caso concreto.

Essa também é a lição de José Rogério Cruz e Tucci que, analisando o direito das partes a um processo sem dilações indevidas, menciona a posição da Corte Europeia de Direitos do Homem e sugere alguns parâmetros para a identificação do tempo razoável de cada processo:

> E, por isso, consoante posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos do Homem, três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser levados em consideração para ser apreciado o tempo razoável de duração de um determinado processo. Por via de conseqüência, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise: *a*) da complexidade do assunto; *b*) do comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e *c*) da atuação do órgão jurisdicional.[100]

---

98 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 1, p. 98.

99 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo cit., p. 80.

100 TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 239.

A complexidade do assunto, como parâmetro de apuração do tempo necessário ou excessivo para a tramitação do processo, relaciona-se tanto à complexidade de fato – causas que exijam maior atividade instrutória, como, por exemplo, aquelas em que são necessárias perícias, oitiva de mais testemunhas etc. – quanto à complexidade de direito – demandas em que se veiculem teses jurídicas novas ou se discutam matérias que ainda são controvertidas ou incipientes na doutrina e na jurisprudência.[101]

Aliás, inspirado também nesse critério foi que o legislador, por exemplo, editou a Lei n. 9.099/95, criando os Juizados Especiais Cíveis, cuja competência abrangeu às "causas cíveis de menor complexidade" (art. 3.º), e a Lei n. 9.957/2000, criando o procedimento sumaríssimo no âmbito do processo trabalhista, para as causas cujo valor não fosse excedente a 40 salários mínimos. Para ambos os casos, em atenção aos reclamos da celeridade e ao indicador de tratamento diferenciado às causas mais simples, foi desenhada uma arquitetura procedimental bem mais abreviada e célere.

Já o comportamento das partes se trata de indicador que orienta o intérprete a avaliar se o eventual retardo na marcha processual decorre de ato imputável à própria conduta dos litigantes. Assim, se o atraso é ocasionado pela postura das próprias partes, que atuam de forma desidiosa na condução do processo ou mesmo de forma ardilosa, com o intuito de criar incidentes ou gerar nulidades, não há falar em inobservância pelo Estado da razoável duração, o que evoca a necessária boa-fé processual por parte dos litigantes.[102]

Por fim, o terceiro indicador a ser avaliado se relaciona com a atuação desidiosa do órgão jurisdicional eventualmente responsável pela condução do processo, situação em que a procrastinação na tramitação decorre do próprio desleixo estatal no impulsionamento deste.

A esse rol de indicadores seria importante, contudo, acrescentar ainda outros dois eloquentes parâmetros: a natureza do bem jurídico objeto da tutela jurisdicional e a qualidade da parte.

---

[101] Também analisando a configuração dada à garantia pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, está a lição de Cristina Trepat, para quem "[...] el Alto Tribunal distingue una complejidad jurídica que se deriva de la interpretación de las normas sustantivas o procesales que deben aplicarse por el órgano jurisdiccional para resolver el caso, y en segundo lugar una complejidad de carácter fáctico, que hace referencia a las circunstancias de hecho que han rodeado las actuaciones procesales. Una y otra pueden sintetizarse en la noción de complejidad procedimental" (TREPAT, Cristina Riba. *La eficacia temporal del proceso:* el juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997. p. 78).

[102] "A atuação das partes está intimamente ligada à duração do processo, sendo um de seus princípios orientadores a lealdade e a boa-fé dos litigantes. O que se espera das partes envolvidas numa demanda judicial é exatamente que atuem em respeito a esses princípios, o que facilitará que o processo tenha sua duração reduzida, atingindo de forma mais ágil e rápida sua finalidade, que é a decisão atribuindo razão àquele que tem o direito" (ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 142).

Nesse sentido, adverte Sérgio Gilberto Porto:

> Efetivamente, a real adequação do processo (a) ao tempo e realidade que se vive e, por vezes, (b) adequação à qualidade da parte e à natureza do direito posto em causa, por certo acarretaria a melhora do desempenho estatal na prestação jurisdicional, pois o uso do instrumento certo, longe de dúvida, otimiza a qualidade do resultado.[103]

Com efeito, a efetividade da tutela jurisdicional, à luz da duração razoável do processo, reclama métrica diferente de avaliação, conforme o direito que se pretende tutelar. Ações em que se pretendem a fixação de alimentos, por exemplo, exigem do sistema processual, como regra, mecanismos que permitam uma tramitação mais célere se comparadas a outras em que se discutam pretensões indenizatórias. Processos em que haja discussão sobre a situação de réu preso ou *habeas corpus* reclamam resposta estatal mais célere se comparados a outros que discutam direitos patrimoniais disponíveis.[104] Essa noção é que fundamenta, inclusive, as regras contidas nos arts. 980, 1.305, § 9.º, entre outros, do CPC/2015.

Por outro lado, a duração razoável também desafia níveis de exigência diversos de acordo com a qualidade da parte: processos em que figurem pessoas com idade avançada devem ter duração mais abreviada em comparação com outros, de idênticas condições, em que figurem pessoas jovens; assim também os processos em que figurem pessoas portadoras de doenças graves em comparação com as causas em que figurem pessoas não enquadradas nessas condições. Nesse sentido, o art. 1.048 do CPC/2015.

Esse mesmo raciocínio pode – e deve – ser perfeitamente importado ao processo trabalhista, ante a natureza alimentar dos direitos decorrentes da relação de trabalho (art. 100, § 1.º, da CRFB/1988), o que justifica a tamanha preocupação do processo laboral com a duração razoável e a efetividade.

---

[103] PORTO, Sérgio Roberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 181.

[104] "A 'aceleração' da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instância excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios (cfr. art. 20.º/5, aditado pela LC 1/97 e Cod. Processo nos Tribunais Administrativos, art. 112.º e ss., referentes a processos cautelares) –, é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada (ex.: prazos em caso de *Habeas Corpus*, apreciação da prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de actos administrativos, procedimentos cautelares)" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 499).

2 O REGRAMENTO DAS DECISÕES-SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

2.1 Conceito de decisão-surpresa

Como visto em capítulo anterior,[105] o reconhecimento da chamada dimensão substancial da garantia do contraditório operou significativa alteração na compreensão doutrinária acerca da atuação das partes e do juiz no curso do processo. Entendido o contraditório também como poder de influência e de não surpresa, veda-se a prolação de decisões calcadas em fundamentos fáticos ou jurídicos sobre os quais as partes não puderam se pronunciar previamente:

> Nesse contexto, decisão-surpresa é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a decisão-surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. [106]

Segundo essa premissa, o juiz, pois, deparando-se com questão inovatória no processo, sobre a qual não se verificou a oportunidade de debate, teria "a obrigação de instalar um 'contraditório' prévio entre as partes, em relação a qualquer questão, processual ou de mérito, prejudicial ou preliminar, que seja levada em consideração para a decisão" (tradução nossa).[107]

O termo cunhado para designar o referido fenômeno processual no âmbito da língua portuguesa é extremamente feliz, pois a ideia de surpresa evoca exatamente aquilo que não era esperado, que é repentino, imprevisto.

---

[105] Capítulo 1, item 1.1, subitem 1.1.2, tópico 1.1.2.3.

[106] SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* cit., p. 136.

[107] "[...] l'obbligo di um preventivo 'contradittorio' fra le parti, in ordine ad ogni questione, di rito o di mérito, pregiudiziale o preliminare, che sai dotata de incidenza decisória" (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 71).

Essa digressão é importante, uma vez que, conforme será melhor desenvolvido adiante,[108] há determinadas decisões que, muito embora adotem um dado fundamento de fato ou de direito não objeto de específica e expressa abordagem pelas partes, não podem ser consideradas como surpresa, em virtude de já serem razoavelmente por estas esperadas. Ou seja, as decisões que adotam fundamentos fáticos ou jurídicos não discutidos pelas partes, mas que por estas deveriam ser razoavelmente antevistos, não deveriam ser inseridas no conceito de decisões inopinadas.

Assim, pode-se sustentar que as decisões-surpresa corresponderiam, em suma, àquelas em que o magistrado adota um dado fundamento de fato ou de direito que não teve seu debate oportunizado no curso do processo ou que não deveria ser razoavelmente aguardado pelas partes, gerando uma conduta inopinada do juiz na prolação da decisão.

2.2 Notas sobre o regramento da matéria em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros

A partir da identificação do direito de influenciar no provimento jurisdicional como emanação do contraditório – acarretando, consequentemente, a exigência de manifestação prévia e a vedação à prolação das decisões-surpresa –, os ordenamentos jurídicos estrangeiros passaram a dispor, de maneira bastante eloquente, acerca dessa dimensão substancial da garantia no direito processual civil.

Na Itália, onde se difundiu chamá-las de *decisões de terceira via,*[109] o Código de Processo Civil estabeleceu em seu art. 101:

> O juiz, salvo disposição legal em contrário, não pode decidir sobre uma demanda se a parte contra quem é proposta não tiver sido regularmente citada e comparecido. Se considerar adotar como fundamento da decisão uma questão constatada de ofício, deve, sob pena de nulidade, conceder um prazo não inferior a vinte e não superior a quarenta dias para a entrega de memoriais contendo manifestação sobre a mesma questão (tradução nossa). [110]

---

[108] Capítulo 2, item 2.3, subitem 2.3.2, tópico 2.3.2.1.

[109] MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa". *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 109, p. 398, jan.-dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/89239/Rev_2014_12>. Acesso em: 9 jun. 2016

[110] "Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione uma questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando

A doutrina peninsular chama especial atenção para o dever do juiz na observância da referida norma, não correspondendo a mera discricionariedade do magistrado,[111] sendo certo também que a vedação à decisão-surpresa se aplica às matérias de ordem pública, que o juiz pode conhecer de ofício, mas, igualmente, aos fundamentos de mérito daquilo que virá a ser decidido.[112]

Também o Código de Processo Civil francês, em seu art. 16:

> Em todas as circunstâncias, o juiz deve garantir o respeito – e deve ele mesmo respeitar – o princípio do contraditório.
>
> Em sua decisão, o juiz apenas pode levar em consideração fundamentos, explicações e documentos invocados ou produzidos pelas partes se estas tiverem a oportunidade de debatê-los em contraditório.
>
> Ele não deve basear suas decisões em argumentos jurídicos trazidos por sua iniciativa sem que tenha, primeiro, intimado as partes para comentá-los[113] (tradução nossa).

Na experiência francesa, destaca-se que a regra foi uma solução conciliatória encontrada entre a corrente doutrinária clássica, que defendia que o juiz não poderia

---

alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione." Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>. Acesso em: 9 jun. 2016.

111 "Deixa, ainda, de ser um mero poder discricionário (que é, como tal, incensurável e insindicável) e se transforma, finalmente, em um verdadeiro e próprio *poder-dever*, cuja inobservância pode ser impugnada pela parte sucumbente como um erro *in procedendo* (ou *in judicando de procedendo*), deduzido pelas formas e nos limites dos meios ordinários de impugnação [...]" (tradução nossa) (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"* cit., p. 72). No original: "Cessa, inoltre, di essere um mero potere discrezionale (che sia, come tale, incesurabile e insindacabile), ma si trasforma finalmente in un vero e proprio *potere-dovere*, il cui mancato esercizio potrebbe essere censurato dalla parte soccombente quale vizio *in procedendo* (o *in judicando de procedendo*), deducibile nelle forme e nei limiti dei normali mezzi di impugnazione [...]".

112 "[...] a exigência do contraditório afeta a forma e o tempo de exercício do poder-dever do juiz de aplicar a norma jurídica ao caso deduzido em juízo, como corolário do **princípio *iura novit curia***: o juiz, em virtude deste princípio, pode adotar um enquadramento jurídico diverso daquele indicado pelas partes [...], mas deve sobre ele, primeiro, provocar o contraditório" (tradução nossa) (CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 2002. p. 101). No original: "[...] l'esigenza del contradittorio incide sui modi e sui tempi di esercizio del potere-dovere del giudice di appplicazione della norma giuridica alla fattispecie dedotta in giudizio, discendente dal **principio *iura novit curia***: il giudice, in virtù di questo principio, può seguire una tesi giuridica diversa da quella indicata dalle parti […], ma deve prima provocare su di essa il contradictorio".

113 "In all circumstances, the judge must supervise the respect of, and he must himself respect, the adversarial principle.

In his decision, the judge may take into consideration grounds, explanations and documents relied upon or produced by the parties only if the parties had an opportunity to discuss them in an adversarial manner.

He shall not base his decision on legal arguments that he has raised sua sponte without having first invited the parties to comment thereon." Texto traduzido para o inglês pela Secretaria Geral de Governo da República Francesa. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Code_39.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2016.

dar enquadramento jurídico diverso do apresentado pela parte, apenas aceitando-o ou rejeitando-o, e a corrente doutrinária adversa, segundo a qual o juiz poderia dar o enquadramento jurídico que bem entendesse aos fatos da causa.[114]

Assim, com a norma, "os poderes do juiz são reforçados, mas, em contrapartida, é-lhe imposto um novo formalismo: deve informar a parte sobre as iniciativas que pretende adotar e permitir a sua discussão em contraditório" (tradução nossa).[115]

Ademais, no âmbito francês, destaca-se também a compreensão da doutrina de que "não apenas as questões de direito, mas também as de fato que não tenham sido debatidas pelas partes não podem ser levadas em consideração pelo juiz em sua decisão, se não tiver sido dada oportunidade prévia para as partes sobre elas se posicionarem".[116]

Na Alemanha, a matéria veio regulamentada no Código de Processo Civil (ZPO), conforme disposto no art. 139, itens (1), (2) e (3):

> (1) Na medida do necessário, o tribunal deve discutir com as partes as circunstâncias e os fatos, assim como sua ligação com a causa, não só em relação às questões de fato, mas também quanto às implicações jurídicas, devendo solicitar esclarecimentos. O tribunal deve trabalhar para assegurar às partes a apresentação de declarações completas e no prazo devido quanto a todos os fatos relevantes e, especialmente, garantir que as partes possam emendar informações adicionais aos fatos narrados de forma incompleta, para viabilizar a designação dos meios de prova e apresentação de petições que se adéquem à causa.
>
> (2) O tribunal, não se tratando de pedido acessório, somente pode basear sua decisão em fundamentos que a parte não tenha reconhecido ou que tenha reputado insignificantes se a tiver intimado desse aspecto e permitido a sua manifestação sobre a matéria. Isso também se aplica a qualquer aspecto que o tribunal pretenda enquadrar de forma diversa da apresentada pelas partes.
>
> (3) O tribunal deve chamar a atenção das partes acerca de quaisquer aspectos que devam ser considerados de ofício[117] (tradução nossa).

---

114 NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di diritto processuale*, Padova: Cedam, n. 4, p. 723-724, out.-dez. 1988.

115 Idem, p. 724.

116 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 224.

117 "(1) To the extent required, the court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties to the dispute, both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions. The court is to work towards ensuring that the parties to the dispute make declarations in due time and completely, regarding all significant facts, and in particular is to ensure that the parties amend by further information those facts that they have asserted only incompletely, that they designate the evidence, and that they file the relevant petitions.

(2) The court may base its decision on an aspect that a party has recognisably overlooked or has deemed to be insignificant, provided that this does not merely concern an ancillary claim, only if it has given

A experiência tedesca, em verdade, reconhece, como emanação do direito de ser ouvido, uma necessária postura de auxílio do juiz em relação às partes, consistente nos *deveres de esclarecimento* e *de advertência*,[118] segundo os quais cabe ao juiz, na condução do processo, comportar-se proativamente na instigação da adequada manifestação das partes sobre os pontos relevantes para o deslinde da causa,[119] aspecto que tem despertado enorme interesse nos estudos comparatísticos empreendidos no Brasil e influenciou o desenvolvimento da já comentada ideia de cooperação.[120]

Pode-se, então, afirmar que, segundo a estrutura processual civil alemã, o magistrado tem o grave dever de "apresentar dicas e *feedback* às partes e seus advogados em questões fáticas ou jurídicas, assim como em tentativas de decisões para evitar surpresas e suprir falhas".[121]

O direito português igualmente incorpora a noção da vedação à decisão-surpresa no Código de Processo Civil de 2013, ao estabelecer em seu art. 3, n. 3:

> O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.[122]

---

corresponding notice of this fact and has allowed the opportunity to address the matter. The same shall apply for any aspect that the court assesses differently than both parties do.

(3) The court is to draw the parties' attention to its concerns regarding any items it is to take into account ex officio." Texto traduzido para o inglês pelo Ministério da Justiça Alemão. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em: 9 jun. 2016.

118 "Outra alteração é relativa à obrigatoriedade de o tribunal *fazer advertência às partes*, comunicando-as sobre a possibilidade de haver questões que podem ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, podem ser decididas pelo juiz. [...] O *dever de advertência* atribuído ao juiz tem sido considerado pela doutrina como o núcleo central do princípio constitucional do contraditório [...]" (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 224).

119 "El tribunal, y aquí en primer lugar el presidente, debe incidir sobre las partes en el sentido, que se expresen íntegramente sobre todos los hechos relevantes y formulen peticiones conducentes. En especial debe inducirlos a complementar las referencias incompletas de los hechos invocados y designar los medios de prueba (§ 139). […]

El cumplimiento judicial de los deberes de esclarecimiento e indicación es uno de los deberes judiciales más importantes en el proceso e impone elevadas exigencias en la dirección de la deliberación del juez" (LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán* cit., p. 138).

120 Capítulo 1, item 1.1, subitem 1.1.3.

121 CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 21.

122 Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 22 jul. 2017. Segundo José João Baptista, a regra consagra o "o princípio da igualdade das partes e visa garantir que cada uma das partes tenha a possibilidade de contestar e controlar a actividade da outra parte e que o tribunal só possa proferir decisão depois de ambas as partes se

Interessante notar que todos os ordenamentos alienígenas supraindicados expressamente mencionaram a vedação à prolação de decisões-surpresa para as matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz, estatuindo que, mesmo nessas hipóteses, o órgão julgador deve suscitar o debate prévio entre as partes antes de tomar a sua decisão.

Comentando a matéria no direito português, assevera José Lebre de Freitas:

> Mas a proibição da chamada *decisão-surpresa* tem sobretudo interesse para as questões, de direito material ou de direito processual, de que o tribunal pode conhecer oficiosamente: se nenhuma das partes a tiver suscitado, com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz – ou o relator do tribunal de recurso – que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito da causa, seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de *manifesta desnecessidade*.[123]

Sobre o assunto, já teve oportunidade de se pronunciar o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, analisando o alcance da norma naquele ordenamento e estatuindo que o dispositivo consagra:

> [...] o princípio do contraditório na vertente proibitiva de decisão **surpresa**, e como acentuado no Acórdão do STJ, de 17/06/2014, tem-se entendido que aquele segmento normativo não introduziu no nosso sistema o instituto da proibição de decisões **surpresa** tal como foi configurado na Alemanha, país donde dimanou e tem longo historial, verificando-se importantes diferenças de regime entre o Código de Processo Civil português e o alemão, dado que o legislador germânico confere ao direito ao contraditório uma dimensão que vai muito para além do que comporta, mesmo em interpretação extensiva, a lei portuguesa.
>
> À face do ordenamento jurídico português, a doutrina aceita o princípio da proibição das decisões **surpresa**, enquanto interdição de decisão baseada em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes, entendendo que esta vertente do direito ao contraditório tem fundamentalmente aplicação às questões de conhecimento oficioso que as partes não tenham suscitado.
>
> Destarte, antes de dirimir uma questão (de direito material ou de direito processual) de conhecimento oficioso que as partes não tenham considerado, o juiz deve convidá-las a sobre ela se pronunciarem, seja qual for a fase do processo em que tal ocorra.
>
> Esta orientação, de resto, tem sido assumida pelo STJ, podendo afirmar-se que o princípio do contraditório, na vertente proibitiva da decisão **surpresa**, não determina ao tribunal de recurso que, antes de decidir a questão proposta pelo recorrente e/ou recorrido, o alerte para a eventualidade de o fazer com base num quadro normativo distinto do por si invocado, desde que as normas

poderem pronunciar sobre a questão a decidir" (BAPTISTA, José João. *Processo Civil I:* parte geral e processo declarativo. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 77).

123 FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil:* conceito e princípios gerais à luz do novo Código. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 133.

> concretamente aplicadas não exorbitem da esfera da alegação jurídica efectuada.[124]

Outro ponto que merece destaque nessa breve notícia acerca da matéria no direito comparado é a menção da legislação portuguesa aos casos de "manifesta desnecessidade", conforme previsto no art. 3, n. 3, do Código Lusitano. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, há certo grau de discussão judicial naquele país concernente a quais situações se enquadrariam ou não na citada hipótese excetiva.[125]

Um exemplo dessa dimensão se refere à desnecessidade da consulta prévia das partes, quando estas comparecem a juízo sem cumprir o seu encargo argumentativo de apresentar a fundamentação jurídica que reputam pertinente ao caso.

Com efeito, no direito português, embora o Código de Processo Civil de 2013 tenha previsto a apresentação de fundamentos jurídicos como elemento da petição inicial e da contestação (arts. 552, n. 1, "d", e 572, "b"), deixou de prever qualquer pecha de inaptidão às referidas manifestações, caso não fossem acompanhadas de tais fundamentos (art. 186), exatamente, em razão da possibilidade de o juiz aplicar a norma jurídica que reputa mais correta ao caso.

Nesse contexto, analisando a questão à luz dos ônus argumentativos dos atores processuais, José Lebre de Freitas sustenta que, caso as partes não cumpram esse seu ônus argumentativo de apresentação da fundamentação jurídica, estaria também o juiz dispensado de provocar a consulta prévia nesse tocante.[126]

Em sentido semelhante, no âmbito do direito francês, Jacques Normand também noticia que a jurisprudência daquele país, preocupada com as repercussões que a hipervalorização da consulta prévia poderia acarretar, encaminhou-se no sentido de que "o princípio do contraditório não se aplica quando o autor não haja indicado o fundamento

---

[124] Processo n. 877/12.7TVLSB.L1-A.S1, 1ª Seção, Relator Gregório Silva Jesus, Acórdão de 11.02.2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ab20d602caf34e080257de90056f373?OpenDocument&Highlight=0,manifesta,desnecessidade,surpresa>. Acesso em: 9 jun. 2016.

[125] "No entanto, apesar dessa sua expressa consagração em 1995-1996, o princípio do contraditório é, nesta sua variante, frequentemente ofendido na prática judicial, verificando-se que muitos são os juízes que tendem a transformar a *exceção* em *regra*, invocando sem razão a desnecessidade manifesta de ouvir as partes" (FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil:* conceito e princípios gerais à luz do novo Código. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 134, nota de rodapé).

[126] Idem, p. 135-136.

jurídico da pretensão e haja, desse modo, deixado ao cuidado do juiz a tarefa de explicitá-lo" (tradução nossa).[127]

2.3 Análise das regras dos arts. 9.º e 10 do Código de Processo Civil de 2015

2.3.1 Conteúdo

Embora muitas vozes na doutrina brasileira já estivessem, há algum tempo, defendendo a necessidade de observância da vedação às decisões-surpresa como simples decorrência do princípio do contraditório,[128] amparando-se em todo o arcabouço teórico já explicitado no capítulo anterior,[129] o direito processual civil brasileiro ainda se ressentia de uma norma expressa sobre a matéria, na medida em que, em nossa prática judiciária, não estava sedimentada tal faceta da garantia constitucional.

É verdade que já existiam alguns julgados,[130] inclusive, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,[131] proclamando a necessidade de oitiva prévia das partes em

---

[127] NORMAND, Jacques. I poteri del giudice... cit., p. 738. No original: "[...] il principio del contraddittorio non si applica neppure quando l´attore non aveva precisato il fondamento giuridico della pretesa ed aveva in tal modo lascitado al giudice la cura di escplicitarlo". Deve-se destacar, entretanto, que o estudo data de período anterior à alteração do art. 56, n. 3, do *Code de Procédure* Civile, empreendida pelo *Décret nº 98-1231*, de 28 de dezembro de 1998, que deu nova redação ao dispositivo e passou a prever a indicação do objeto da demanda com os fatos e fundamentos jurídicos.

[128] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I, p. 225; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I, p. 25.

[129] Capítulo 1, item 1.1, subitem 1.1.2, tópico 1.1.2.3.

[130] "[...] I — O julgamento antecipado da lide, quando houver necessidade de produção de provas em audiência, acarreta cerceamento de defesa e quebra do princípio do devido processo legal, nulificando a sentença que vier a ser proferida. II — O princípio da cooperação impõe que o magistrado comunique às partes a intenção de abreviar o procedimento, julgando antecipadamente a lide. Essa intimação prévia é importantíssima, porquanto profilática: i) evita uma decisão-surpresa, que abruptamente encerre o procedimento, frustrando expectativas das partes; ii) se a parte não concordar com essa decisão, deve interpor agravo (no mais das vezes, será o agravo retido, art. 522-523 do CPC – se não o fizer, não poderá, posteriormente, alegar cerceamento de defesa, pela restrição que se fez ao seu direito à prova, em razão da preclusão (FREDIE DIDIER JR. Curso de Direito Processual Civil, 7ª ed., vol. I, Editora JusPovm, p. 473). III — Caracterizado o cerceamento do direito de defesa, deve ser anulada a sentença de primeiro grau, com o retorno dos autos à Comarca de origem, para que seja produzida a prova pericial, prosseguindo-se como de direito. IV — Apelação provida" (TJMA, Apelação Cível no Processo n. 0004485-58.2010.8.10.0060, Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, 2ª Câmara Cível, julgado em 14.08.2012, *DJe* 16.08.2012). Outro exemplo jurisprudencial interessante diz respeito à Súmula 712 do STF: "É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa".

[131] "PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO. 1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do

determinadas situações, mas tudo ainda de maneira muito incipiente e sem a amplitude defendida pela maior parte da doutrina.[132]

Por essa razão, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativa inovação[133] em seus arts. 9.º e 10, ao dispor, *in verbis*:

> Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
>
> Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:
>
> I – à tutela provisória de urgência;
>
> II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
>
> III – à decisão prevista no art. 701.
>
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O *caput* do art. 9.º do novel *Codex* incorpora nitidamente a dimensão do contraditório referente ao poder de influência, garantindo o direito de oitiva prévia da parte antes da prolação de qualquer decisão em seu desfavor. Resta, assim, consagrada a possibilidade de a parte influir na formação do convencimento do órgão julgador, estando devidamente enunciada a garantia em termos gerais.

Ocorre que, em seu parágrafo único, o mesmo art. 9.º estabeleceu hipóteses de exceção a essa necessidade de oitiva prévia, atento ao risco de que o apego ferrenho a esse contraditório antecipado poderia gerar em alguns casos, comprometendo, inclusive, a própria efetividade do provimento jurisdicional e ofendendo, pois, outro

---

CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5.º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para excluir do acórdão recorrido a condenação por litigância de má-fé" (REsp 250.781/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 23.05.2000, *DJ* 19.06.2000, p. 120).

[132] "De qualquer sorte, não importa que ainda não exista regra do gênero já positivada e aplicável ao processo civil ou ao processo do trabalho. A exigência, como adverte a doutrina especializada e como deflui do assinalado até aqui, é desdobramento da garantia do contraditório e 'decorre diretamente da cláusula do devido processo legal'. É, aliás, o que explica haver a jurisprudência considerado indispensável, mesmo sem regra legal positivada, abrir o contraditório quando oferecidos embargos de declaração com efeito infringente, solução que veio a ser inclusive incorporada a alguns regimentos internos de tribunais" (MALLET, Estevão. Notas sobre o problema... cit., p. 404).

[133] "Isso é absolutamente novo no sistema. Sob a égide do Código anterior, prevalecia o entendimento de que o magistrado poderia decidir as questões cognoscíveis de ofício, como as atinentes aos pressupostos processuais e condições da ação, sem ouvir as partes. Havia uma total liberdade do juiz para assim agir. Sendo matéria de ordem pública, não existia necessidade de prévio debate com as partes" (CAMBI, Eduardo et al. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73).

direito fundamental de igual hierarquia: a efetividade do processo (art. 5.º, XXXV, da CRFB/1988).[134]

Assim, no inciso I do art. 9.º, ficaram ressalvadas as hipóteses de tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipatória – art. 300 do CPC/2015), tendo em vista que o perigo "de ineficácia da própria medida, pelo decurso do tempo (se houver urgência agônica!) ou pela atividade do réu, são situações que justificam – ou melhor – tornam imperiosa a concessão da medida, sem que a outra parte seja ouvida".[135]

Também foram excepcionadas as hipóteses de tutela provisória de evidência, observando-se que, quanto a estas últimas, houve exclusão dos incisos I e IV do art. 311 do CPC/2015, por absoluta incompatibilidade lógica, uma vez que tanto no caso do inciso I ("ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte"), como no do inciso IV ("a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável"), pressupõe-se já haver prévia resposta por parte do réu – e, consequentemente, já ter sido oportunizada a manifestação.

Deve-se lembrar, ademais, que a concessão da tutela de evidência não pressupõe qualquer urgência, podendo ser concedida independentemente da presença desse elemento (art. 311 do CPC/2015), razão pela qual, inclusive, no âmbito do direito processual civil, essa situação excetiva descrita no art. 9.º, II, do CPC/2015 vem sendo objeto de críticas por parte da doutrina:

> Esse dispositivo vem sendo objeto de uma fundada suspeita de *inconstitucionalidade* porque a postergação da efetividade do contraditório só se legitima quando há uma situação de *urgência* a ser atendida (garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva – Const., art. 5.º, inc. XXXV c/c inc. LXXVIII), devendo o contraditório prevalecer quando não houver o risco de perecimento do direito.[136]

---

134 "O contraditório pode se realizar de diferentes maneiras no processo. Como o direito ao contraditório não é o único direito fundamental que compõe o processo justo, por vezes é necessário harmonizá-lo com os seus demais elementos estruturantes, em especial com o direito à tutela adequada e efetiva dos direitos. É por essa razão que é perfeitamente legítimo na nossa ordem jurídica o emprego de contraditório diferido e de contraditório eventual na organização do perfil procedimental do processo" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 182).

135 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:* artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 74.

136 DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil – vol. I (arts. 1.º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI,

Por fim, previu também o parágrafo único do art. 9.º a desnecessidade de observância da regra do *caput* quando se tratar de ação monitória, na qual o direito do autor seja evidente, ocasião em que o juiz determinará a expedição do mandado monitório, independentemente da oitiva da parte adversa (art. 701 do CPC/2015), postergando o contraditório para o momento de eventuais embargos monitórios (art. 702 do CPC/2015).

Do exposto, pode-se concluir, então, que a razão subjacente às hipóteses de exceção repousa exatamente na efetividade do processo, que não pode ser sacrificada por inteiro em nome da garantia do contraditório. Tratando-se ambos de direitos fundamentais, eventuais tensões devem ser resolvidas à luz do princípio da concordância prática ou da harmonização,[137] de forma que a solução da colisão entre elas não implique a exclusão por inteiro dos efeitos de uma em benefício da outra.

Assim, entendeu o legislador que, em tais situações, o peso concreto de cada um dos direitos fundamentais envolvidos não permitiria preservar inflexivelmente o contraditório prévio, destacando a doutrina que o "denominador comum entre as três hipóteses – e que torna legítima a exceção, justamente porque não invade o núcleo duro do direito ao contraditório – é a provisoriedade da decisão".[138]

No entanto, com base na mesma fundamentação, é possível defender que a interpretação do parágrafo único do art. 9.º do CPC/2015 indica se tratar de rol meramente exemplificativo, e não de hipóteses *numerus clausus*. Estando, pois, o juiz diante de dada situação, em que a oitiva prévia da parte em desfavor de quem será proferida a decisão possa comprometer sobremaneira a efetividade do provimento, à luz do quanto requerido pela solicitante, deverá postergar o contraditório sem a necessidade de observar a regra do *caput*.

Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 122. Registre-se que a matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 5492/DF, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, ainda pendente de julgamento, mas cujo parecer da Procuradoria-Geral da República opina pela constitucionalidade da exceção.

137 "[...] o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 1225).

138 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 183.

No mesmo sentido:

> Embora não conste do rol do par. ún. do art. 9.º, também é exemplo de decisão liminar aquela prevista no art. 562 do CPC, que autoriza a expedição de tutela antecipada possessória, que também é de evidência, assim como a tutela provisória no processo de despejo (art. 59, § 1.º, da Lei 8.245/1991) e a tutela provisória no mandado de segurança (art. 7.º, III, Lei n. 12.016/009). O rol, como se vê, não é exaustivo.[139]

Um outro ponto que merece destaque diz respeito ao fato de a oitiva prévia preconizada pelo art. 9.º do CPC/2015 ser aplicável apenas quando a decisão vier a ser proferida *em desfavor* da parte que não foi ouvida. Se a decisão vier a lhe ser favorável, não haverá qualquer nulidade a ser pronunciada, ante a manifesta inexistência de prejuízo (art. 282, § 1.º, CPC/2015).[140]

Exemplo eloquente disso é o instituto da improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC/2015), no qual a sentença de improcedência é proferida sem a citação do réu, mas, por não lhe causar prejuízo, não pode ser reputada como ofensiva ao art. 9.º do CPC/2015. Nesse caso, "aquele a quem não se dá a oportunidade de manifestação é, na verdade, ***beneficiado*** pela decisão".[141]

Prosseguindo no ideário encampado em suas normas fundamentais, o CPC/2015 previu também, em seu art. 10, a vedação à prolação das decisões-surpresa, concatenando logicamente as duas facetas decorrentes da dimensão substancial do contraditório (influência e não surpresa).

Inicialmente, entende-se que a disposição contida no novo Código, ao mencionar *fundamento* sobre o qual as partes não puderam se manifestar, pretendeu,

---

139 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 1, p. 86.

140 Essa também é a mesma noção de José Lebre de Freitas, ao comentar a regra semelhante existente no direito lusitano: "Desnecessário será também o convite à parte não ouvida quando a questão suscitada no último articulado admissível for resolvida a seu favor, ainda que em sem a prévia audiência que lhe permitiria responder nos termos do art. 3-4" (FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil*... cit., p. 134). Na mesma linha, tachando esse contraditório de "inútil": "[...] a exigência de oitiva prévia se dá exclusivamente para a prolação de decisão contra a parte, entendendo-se, *a contrario sensu*, que a decisão a seu favor poderá ser proferida sem sua oitiva prévia. Trata-se, à evidência, do fundamento da dispensa do contraditório inútil: se a decisão irá favorecer a parte não há qualquer necessidade de ouvi-la antes de sua prolação, servindo o dispositivo legal ora analisado como regra geral a legitimar tal dispensa para qualquer situação" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 120).

141 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* cit., p. 74.

nitidamente, alcançar tanto as questões de fato, como – e principalmente – as questões de direito.

Ora, já sob a égide do CPC/1973, era assente na doutrina[142] e na jurisprudência,[143] por força do princípio da congruência (arts. 128 e 460 do CPC/1973), que o juiz não poderia decidir com base em *fatos* não trazidos pelas partes ou que não decorressem da prova dos autos, pois ofenderia o dever de adstrição aos elementos da demanda (causa de pedir), podendo, inclusive, implicar julgamento com base em seu conhecimento privado. Idênticas normas também constaram do CPC/2015 (arts. 141 e 492), o que evidencia que a disposição contida no novo art. 10 não pretende se referir somente aos fundamentos de fato.

Referida interpretação é reforçada, ademais, pelo disposto no art. 493 do CPC/2015, que manteve a mesma noção do antigo art. 462 do CPC/1973, admitindo o conhecimento pelo juiz, inclusive, de ofício, dos chamados *fatos supervenientes*,[144] embora

---

142 "Entre os *limites da demanda*, que o art. 128 do Código de Processo Civil manda o juiz observar, estão incluídos os fundamentos *de fato* contidos na petição inicial. O juiz é rigorosamente adstrito aos *fatos* trazidos na causa de pedir, não lhe sendo lícito decidir apoiado em *fatos* ali não narrados nem omitir-se quanto a algum deles. [...] O Código de Processo Civil não dispõe de uma regra específica quanto à correlação entre a sentença e a narrativa de fatos contidos na petição inicial, mas ela está presente no próprio art. 128 e também no art. 383 do Código de Processo Penal, que exclui de modo absoluto a condenação do acusado por fatos não constantes da denúncia (aplicação analógica)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*... cit., p. 280-281).

143 "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÍNICA MÉDICA. SÓCIOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CAUSA DE PEDIR. ALTERAÇÃO. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU DA CONGRUÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. EXCLUSÃO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. 1. Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, deve haver necessária correlação entre o pedido/causa de pedir e o provimento judicial (artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade por julgamento citra, extra ou ultra petita. 2. O provimento judicial está adstrito, não somente ao pedido formulado pela parte na inicial, mas também à causa de pedir, que, segundo a teoria da substanciação, adotada pela nossa legislação processual, é delimitada pelos fatos narrados na petição inicial. 3. Incide em vício de nulidade por julgamento extra petita a decisão que julga procedente o pedido com base em fato diverso daquele narrado pelo autor na inicial como fundamento do seu pedido. 4. Se a causa de pedir veio fundada no sofrimento dos autores em função da morte do paciente, imputada aos maus tratos sofridos durante a internação, era defeso ao Tribunal de origem condenar os réus com base nas más condições de atendimento da clínica, não relacionadas com o óbito. 5. Excluído pelo acórdão recorrido, com base na prova dos autos, o nexo causal entre o resultado morte e o tratamento recebido pelo paciente, ao consignar que se tratava de paciente em estado terminal, a improcedência da ação é solução que se impõe. 6. Recursos especiais providos" (STJ – REsp 1169755/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 06.05.2010, *DJe* 26.05.2010).

144 Ressalte-se que o alcance das referidas disposições civilistas não é uníssono na doutrina, havendo quem entenda que corresponde: a) apenas aos fatos efetivamente ocorridos após à propositura ou à resposta da demanda (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* causa petendi *no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 190-191); b) aos fatos ocorridos após à propositura ou resposta da demanda, assim como em relação àqueles anteriores, mas cujo conhecimento só se deu posteriormente (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 2, p. 415). Registre-se, entretanto, que o primeiro autor

tenha exigido, de forma expressa, a instalação do contraditório prévio em relação a estes, conforme se vê do parágrafo único do novel dispositivo.

Nessa quadra de ideias, sustentar que o art. 10 do CPC/2015 diz respeito tão somente aos fatos objeto da demanda implicaria tornar a regra evidentemente ociosa, sem qualquer utilidade prática ou necessidade de positivação, o que parece ainda mais despropositado ao se ver que a norma é integrante do grupo das chamadas *normas fundamentais* do novo sistema.

Por isso, pensa-se que o Enunciado n. 1 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM[145] não corresponde à melhor interpretação da regra legal.[146]

De qualquer sorte, se as discussões sobre os limites da atuação do juiz na utilização de fundamentos fáticos, não submetidos a contraditório prévio e expresso, acarretam alguns pontos de incertezas, a questão se torna ainda mais polêmica e tormentosa quanto à prolação de decisões embasadas em fundamentos jurídicos não debatidos pelas partes.

De partida, repita-se: parece nítido que o novel dispositivo, ao mencionar *fundamento*, pretendeu abranger tanto as questões de fato, como as de direito, e é especificamente quanto a estas que a matéria se revela ainda mais desafiadora.

A positivação da regra implica, pois, conforme já comentado alhures,[147] a necessidade de releitura dos brocardos do *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, permitindo ao juiz que dê o enquadramento jurídico que lhe pareça correto aos fatos, não sem antes instigar as partes a debater, caso ainda não o tenham feito.

---

defende a possibilidade de consideração dos fatos anteriores conhecidos posteriormente, mas à luz de outros fundamentos, diversos do art. 462 do CPC/1973 (atual art. 493 do CPC/2015).

145 Enunciado n. 1 da ENFAM: "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".

146 "A restrição proposta naquele enunciado é claramente conflitante com a garantia do contraditório e com tais dispositivos infraconstitucionais – especialmente porque, em uma ordem jurídica que exalta os valores constitucionais, a intérprete algum é lícito restringir a aplicação das garantias constitucionais" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil – v. I (arts. 1.º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 118).

147 Capítulo 1, item 1.1, subitem 1.1.2, tópico 1.1.2.3.

Em termos práticos, tal providência se materializaria por meio de uma intimação dirigida às partes – ou, se possível, oralmente, durante a audiência[148] –, concedendo oportunidade para que falem sobre a possibilidade de enquadramento do fato X no fundamento jurídico Y, o qual não foi aventado por estas nas suas manifestações no curso do processo.[149]

Ademais, houve também previsão expressa no texto legal acerca da extensão dessa proibição também às matérias que o juiz pode e deve conhecer de ofício, como aquelas constantes do art. 337 do CPC/2015 ou mesmo a prescrição e a decadência (art. 487, II, CPC/2015),[150] pois é exatamente no âmbito das questões cognoscíveis de ofício que a vedação às decisões-surpresa atua de maneira mais relevante.

Isso não significa, todavia, que o juiz não possa mais introduzir essas matérias a partir de sua iniciativa oficiosa, mas, apenas, que a temática deve ser comunicada às partes e se deve oportunizar a sua manifestação antes de ser lançada como fundamento na decisão,[151] havendo, inclusive, quem proponha a extensão da garantia também para os terceiros eventualmente intervenientes no processo e para o Ministério Público, quando atua como fiscal da lei.[152] Aliás, pode ser até mesmo que a questão jurídica não debatida tenha surgido por iniciativa deste último, que, como

---

148 Digna de nota a criativa, porém inusitada, sugestão de materializar essa oitiva das partes, pelo juiz, "[...] chamando-as a seu gabinete para uma conversa informal (à moda do famoso processo de Stuttgart), a qual inclusive encontra apoio no direito positivo brasileiro, em vista da aplicação analógica dos arts. 447 e 451 do CPC [...]" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio... cit., p. 35).

149 SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* cit., p. 167.

150 Por essa razão, entende-se que o Enunciado n. 4 da ENFAM ("Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015") não revela a melhor interpretação da norma.

151 "Problema dos mais delicados que a processualística tem enfrentado hodiernamente é relativo à postura do juiz, diante do mandamento constitucional do contraditório, no que respeito às *questões examináveis de ofício*, iniciando-se pela relativa à distribuição do ônus da prova. [...]

Verificando o juiz que poderá decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões, ainda que sejam de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pela parte" (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal:* processo civil, penal e administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 226-227).

152 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100. Registre-se, entretanto, que em relação a terceiros não intervenientes, mas eventualmente impactados pela decisão, também não há falar em nulidade por decisão-surpresa, conforme ressalta André Pagani. Nessa hipótese, "[...] o terceiro pode sofrer os impactos de uma decisão-surpresa e – inclusive – dela se defender, manifestando-se nos autos e interpondo os recursos cabíveis" (SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* cit., p. 147).

regra, fala após as partes, a demandar, portanto, a concessão de novo prazo de manifestação para estas.[153]

Importante registrar também que a norma tem aplicabilidade em qualquer grau de jurisdição – inclusive, extraordinário –, o que se confirma por meio da regra contida no art. 933 do CPC/2015.

Do que aqui se viu, então, pode-se afirmar que, se o mandamento dos arts. 9.º e 10 do CPC/2015 diz respeito a ideias fundantes do sistema processual civil brasileiro e consagra uma das dimensões da garantia do contraditório, a decisão judicial que infringe o dever imposto por tais normas pode vir a ser atingida pela pecha da nulidade, caso resulte em prejuízo para a parte em desfavor de quem foi proferida.[154]

De qualquer maneira, o que é inegável é que a nova disposição do Código pretendeu impactar sobremaneira a forma de condução do processo por parte do juiz, notadamente, no que diz respeito à construção do seu convencimento, garantindo, como regra, a manifestação prévia da parte sobre todos os elementos relevantes, de fato ou de direito, para a formação da decisão.

2.3.2 Questões controvertidas

2.3.2.1 Decisões razoavelmente esperadas pelas partes

Situação interessante na análise do regramento da vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro diz respeito às hipóteses de manifestações judiciais calcadas em fundamentos que, embora não expressamente debatidos pelas partes, deveriam ter sido razoavelmente antevistos ou esperados por estas.

---

153 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* cit., p. 73.

154 "A violação da regra pode levar à invalidação da decisão – *pode*, não deve, pois, para invalidar, é preciso que tenha havido prejuízo: se ao réu não foi dada a chance de manifestar-se sobre a questão, mas a decisão lhe foi favorável, não há razão para invalidar. A regra deve ser interpretada de acordo com o sistema das invalidades processuais (arts. 276 a 283, CPC)" (DIDIER JR., Fredie. Das normas fundamentais do processo civil (arts. 1.º a 12). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 37). No mesmo sentido: SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* cit., p. 153-154. Em sentido diverso, concluindo pela nulidade sem ressalvar temperamentos: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 228-229.

Cite-se, por exemplo, o caso de ação de indenização por danos morais e materiais em que o autor sustenta dada conduta culposa por parte do réu apta a gerar a sua responsabilização civil. O demandado, por sua vez, em sede de contestação, sustenta excludente de nexo de causalidade, alegando se tratar de culpa exclusiva da vítima.

Ora, vindo o juiz a reconhecer a existência de culpa concorrente, não há como conceber que a decisão possa ser classificada como surpresa,[155] pois, apesar de as partes não terem debatido especificamente sobre a possibilidade de enquadramento dos fatos como culpa concorrente, tal conclusão poderia – e deveria – ser razoavelmente por elas esperada.[156]

Em âmbito processual trabalhista, situação semelhante – e bastante corriqueira na prática – é a da reclamação em que o trabalhador pleiteia o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483 da CLT). Nesse caso, alegando o empregador alguma das hipóteses de justa causa previstas no art. 482 da CLT, não há como tachar de inopinada a decisão que, identificando a falta contratual de ambos os litigantes, conclui pela caracterização da culpa recíproca (art. 484 da CLT).

Por essa razão, entende-se que seria benfazejo e pedagógico ter o regramento brasileiro previsto, assim como ocorreu no direito português, hipóteses de dispensa do contraditório prévio em casos de manifesta desnecessidade.

Aliás, no âmbito do direito lusitano, Lopes do Rego também endossa essa compreensão, justificando-a no fato de que a primeira versão do Código de Processo Civil português de 1995 dispensava essa consulta prévia quando as partes não tivessem atuado "com a diligência devida" no debate das questões jurídicas, locução que veio a ser posteriormente alterada para "caso de manifesta desnecessidade".[157]

Nas palavras do referido autor:

---

[155] Esse foi o exemplo indicado no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, nos autos do Processo n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1, 1ª Seção, Relator Gabriel Catarino, Acórdão de 27/9/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f462157142267ee180257921004c5d7a?OpenDocument&Highlight=0,manifesta,desnecessidade,surpresa>. Acesso em: 29.12.2018.

[156] "O legislador, perante os princípios gerais que enformam o nosso Código de Processo Civil, não quis aliviar as partes de usarem a diligência devida para preverem as questões que vêm a ser, ou podem vir a ser, importantes para a decisão, residindo o cerne deste problema em saber se as partes tiveram, ou não, *oportunidade processual* para alegar quanto àquela questão e se a questão era ou não previsível para uma parte de diligência média" (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo n. 233/2000.C2.S1, 1ª Seção, Relatora Maria Clara Sottomayor, Acórdão de 17.06.2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/afba24207a45180780257cfc0051acb3?OpenDocument&Highlight=0,manifesta,desnecessidade,surpresa>. Acesso em: 29 dez. 2018).

[157] REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2004. v. I, p. 33.

> [...] a audição excepcional e complementar das partes, precedendo a decisão do pleito e realizada fora dos momentos processuais normalmente idóneos para produzir alegações de direito, só deverá ter lugar quando se trate de apreciar questões jurídicas susceptíveis de se repercutirem, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão e quando não fosse exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela.[158]

De qualquer forma, a despeito da inexistência de disposição expressa, pode-se sustentar que a exegese da norma contida no art. 10 do CPC/2015, associando-se ao caráter exemplificativo do rol do parágrafo único do art. 9.º do mesmo diploma, autoriza a dispensa da manifestação prévia das partes e descaracteriza o efeito surpresa quando o fundamento utilizado pelo magistrado já era – ou deveria ser – razoavelmente previsto e esperado por estas,[159] como forma de consagrar os princípios da efetividade do processo e da eficiência (art. 5.º, XXV, da CRFB/1988 c/c art. 8.º do CPC/2015).

Em sentido semelhante, destaca-se também acórdão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (RMS 54.566/PI), no qual a referida dimensão restou assentada – embora discutível o enquadramento do contexto fático como decisão razoavelmente esperada:

> [...] 7. Na hipótese dos autos, o fundamento adotado pelo Tribunal acerca da necessidade de prova pré-constituída do direito líquido e certo da impetrante era perfeitamente previsível e cogitável pelas partes, pois inerente a pressuposto formal contido no art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009, que rege a via estreita do Mandado de Segurança. Tal argumento foi, inclusive, invocado como matéria de defesa nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora.
>
> 8. Descabe alegar surpresa se o resultado da lide encontra-se previsto objetivamente no ordenamento disciplinador do instrumento processual utilizado e insere-se no âmbito do desdobramento causal, possível e natural, da controvérsia. Cuida-se de exercício da prerrogativa jurisdicional admitida nos brocados *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*. [...][160]

---

158 REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., p. 33.

159 "Caberá, pois, na tensão entre as garantias processuais do contraditório e da razoável duração do processo (artigo 5.º, LV e LXXVIII, da CRFB; ou, em Portugal, artigo 20.º, ns. 2 e 4, da CRP), buscar a interpretação mais harmônica – a concordância prática – para que o prestígio de uma garantia não comprometa desarrazoadamente a outra. O que significará trasladar, para o contexto brasileiro, a mesma compreensão vaticinada por Abrantes Geraldes para o direito português: conquanto os textos em debate no Congresso Nacional e, em particular, os artigos 9.º e 10 do projeto, não possuam a mesma cláusula geral do NCPC luso ('*salvo caso de manifesta (des)necessidade*'), será de rigor subentendê-la, para manter mínimas margens de inflexão formal concreta à disposição do magistrado" (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo:* tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due process of law". São Paulo: LTr, 2016. p. 702). Em sentido semelhante, o § 2.º do art. 4.º da Instrução Normativa n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho.

160 RMS 54.566/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19.09.2017, *DJe* 09.10.2017.

Por outro lado, no campo das decisões calcadas em matéria de fato sobre a qual as partes não puderam debater, questão interessante desponta no tocante aos chamados *fatos secundários*, que usualmente surgem no curso processo, durante a fase instrutória, e podem vir a ser levados em consideração na prolação do julgamento. Referidos fatos, embora não representando circunstância constitutiva, modificativa ou extintiva do direito do autor, podem influenciar sobremaneira na formação do convencimento do juiz, por permitirem uma melhor apreensão dos fatos principais.[161]

Cite-se, por exemplo, a situação bastante corriqueira na praxe forense do surgimento de fatos correlacionados aos principais da causa durante a colheita das provas orais, notadamente, o depoimento das testemunhas. Por mais que se façam um acurado saneamento e uma atenta fixação dos pontos controvertidos, é usual que, durante o depoimento, a testemunha informe circunstâncias que guardam estreita pertinência com os fatos principais da causa, embora não tenham constado expressamente da inicial ou da contestação.

Nesses casos, pensa-se que a decisão poderia perfeitamente levar em conta tais circunstâncias na formação do convencimento do órgão julgador,[162] independentemente de indicação prévia e específica pelo juiz para manifestação, até porque as partes poderiam se pronunciar sobre tais elementos em suas razões finais.[163] Ademais, tendo em vista que esses fatos secundários emergem dos próprios autos, a partir das provas produzidas ou acompanhadas em contraditório pelas partes, a decisão que se calca em algum deles não pode ser considerada como imprevisível, de forma a caracterizar o efeito surpresa.[164]

Ressalte-se, ainda, que os fatos secundários, isoladamente, não recebem "nenhuma qualificação jurídica, mas adquirem significação no processo, quando se possa extrair qualquer argumento em relação à veracidade ou à falsidade de um enunciado atinente a um fato principal".[165] Nada obstante, deve-se frisar que o tema principal em si – isto é, o fato principal,

---

[161] "Os fatos *principais* ou *jurídicos* são aqueles que podem ser ligados a uma eficácia constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa do direito afirmado em juízo, enquanto os fatos *secundários* ou *simples* são aqueles que, embora não estejam diretamente ligados aos direitos afirmados em juízo, se provados, permitem o conhecimento dos fatos principais" (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 306).

[162] Essa também era a noção encampada pelo CPC/73, ao prever em seu art. 131 que a formação do convencimento do órgão judicial deveria observar os "fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes". Muito embora o CPC/2015 não tenha repetido esse exato texto em seu art. 371, tal autorização continua presente em nosso sistema processual civil, como vem defendendo a doutrina: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 2, p. 412-413.

[163] Nesse sentido, destaque para a interpretação proposta no Enunciado n. 5 da ENFAM: "Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório".

[164] No mesmo sentido: FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil* cit., p. 127 e 172.

[165] CAMBI, Eduardo. *A prova civil*... cit., p. 307.

único constitutivo da causa de pedir[166] – já foi objeto de oportunidade para o debate prévio. Entender de maneira contrária poderia implicar a criação de excessiva demora no processo, assim como de um campo fértil para um sem-número de nulidades.

O que seria vedado, portanto, é a utilização pelo juiz de fatos não alegados pelas partes e que não surgiram no curso do processo – e nem tinham como ser razoavelmente previstos por estas –, resultantes, no mais das vezes, da iniciativa probatória do magistrado, sob pena de ofensa ao citado art. 10 do CPC/2015 (como ocorre, por exemplo, quando o magistrado se vale de pesquisas na internet sobre uma das partes – redes sociais, sítios eletrônicos de empresas, entre outros – e somente na decisão revela que se utilizou de tais elementos para formar sua convicção).[167] Ademais, tal raciocínio se liga com o art. 370 do mesmo Código, que circunscreve a cognição judicial ao material probatório constante dos autos.

2.3.2.2 A improcedência liminar do pedido

Outro ponto de estrangulamento no exame da vedação às decisões-surpresa diz respeito ao instituto da improcedência liminar do pedido, especificamente no que tange à rejeição da pretensão autoral em virtude da adoção de fundamento jurídico não abordado em sua petição inicial, já que, com relação ao réu, conforme visto anteriormente,[168] não há falar em violação ao contraditório de decisão que o beneficia.

Com efeito, pela redação do art. 332 do CPC/2015, estando diante de demanda que dispensa a fase instrutória – entendendo-se como tal "aquela cuja matéria fática pode ser comprovada pela prova documental"[169] ou mesmo aquela em que a fase instrutória se revela desnecessária, em razão de a questão jurídica subjacente já infirmar a pretensão autoral, mesmo considerando verdadeiros os fatos alegados[170] –, o juiz estaria autorizado a

---

166 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* causa petendi *no processo civil* cit., p. 162-163.

167 "Todavia, deve-se ter em mente que sobre alegações fáticas não pode o juiz formar seu convencimento com base em informações oriundas da rede mundial de computadores – internet sem ao menos permitir às partes a oportunidade de, no mínimo, contradizerem o conteúdo de tais informações e influírem na formação do convencimento judicial antes da prolação do julgamento" (VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. *Prova no processo do trabalho:* das influências dos avanças tecnológicos e sua utilização no direito trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017. p. 111). Também assim: MALLET, Estevão. Notas sobre o problema... cit., p. 404.

168 Capítulo 2, item 2.3, subitem 2.3.1.

169 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 1, p. 601.

170 "A dispensa da instrução probatória é consequência da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. É como se o juiz dissesse: mesmo que o autor tenha alegado somente fatos verdadeiros não tem o direito que alega ter, nos termos dos incisos do dispositivo, o que justifica o julgamento de liminar de

rejeitar, de imediato, o pedido, sem qualquer previsão de submeter ao contraditório prévio do autor, caso viesse a adotar fundamento jurídico por este não abordado.

Sobre o assunto, tratando especificamente sobre a improcedência liminar calcada em precedente obrigatório não abordado pela parte, está a posição de Lucas Buril de Macedo, embasada na teleologia do regime de precedentes e de tratamento de causas repetitivas instituído pelo Código de Processo Civil de 2015:

> Parece que, embora tal decisão seja normalmente contrária ao contraditório-participação, no devido processo próprio das demandas repetitivas é, sim, permitido que o juiz decida sem antes intimar o autor para se manifestar sobre o precedente que lhe serve de fundamento. [...]
>
> Com efeito, o ônus argumentativo torna-se mais rígido para as partes nas demandas repetitivas, fazendo com que o sujeito que pretenda litigar sobre matéria já sedimentada por precedente obrigatório precise ter maior atenção, ou se submeter ao ônus de não ter avaliado cuidadosamente a causa, isto é, ter como única chance de influenciar o juiz sobre a interpretação ou aplicação do precedente a interposição da apelação com efeito regressivo.[171]

Aliás, essa mesma compreensão do tema é reforçada pela conjugação dos próprios arts. 332, § 1.º, e 487, parágrafo único, do CPC/2015, os quais dispensam, expressamente, a necessidade de instalação do contraditório prévio para fins de pronúncia da decadência ou da prescrição em sede de improcedência *prima facie* da demanda.

Corroborando também a mesma ideia sobre o tema e afastando a aplicação dos arts. 9.º e 10 do CPC/2015 na hipótese de improcedência liminar, está o escólio de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

> No entanto, como nesse caso a apelação excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 332, § 3.º, CPC), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição – pelas mesmas razões, o contraditório deve também ser dispensado quando houver a invocação de precedente não debatido ou de orientação jurisprudencial não discutida pelo autor na petição inicial.[172]

---

improcedência do seu pedido" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* cit., p. 547-548).

[171] MACEDO, Lucas Buril. Improcedência liminar do pedido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 973, p. 262-263, nov. 2016.

[172] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado* cit., p. 183.

Assim, embora uma interpretação sistemática do problema pudesse indicar que a ausência de previsão expressa no art. 332 do CPC/2015 não seria, por si só, óbice à incidência do art. 10 do mesmo diploma,[173] até porque se trata de regra constante do rol das *normas fundamentais*, a consideração da finalidade do instituto da improcedência liminar do pedido – mecanismo de gestão de processos repetitivos e aceleração do julgamento – permite concluir no sentido anteriormente indicado.

2.3.2.3 Definição de fundamento de direito

Fixada a premissa de que o art. 10 do CPC/2015 contempla a proibição da decisão calcada não só em fatos não debatidos pelas partes, mas também, igualmente, em fundamentos jurídicos não discutidos por estas – ou não razoavelmente esperados –, urge definir o que se deve entender por fundamento de direito, de forma a orientar o intérprete na compreensão do alcance da vedação trazida pela regra processual.

Uma primeira possibilidade seria correlacionar a matéria à disposição constante do art. 319, III, do CPC/2015, que alude aos "fundamentos jurídicos"[174] como requisito de aptidão da petição inicial.

Nesse contexto, seria possível fazer um primeiro corte diferenciador em relação à ideia de fundamento legal,[175] de forma que, caso o juiz viesse a resolver a questão de direito com a aplicação de dispositivo legal não abordado pelas partes, muito embora o tema jurídico em si já tivesse sido objeto de prévia manifestação, a situação não implicaria violação ao art. 10 do CPC/2015.

Essa foi a corrente adotada pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do EDcl no REsp 1.280.825/RJ.

A discussão do caso dizia respeito ao termo *a quo* do prazo prescricional para a pretensão condenatória decorrente de ilícito contratual, sendo que, com relação ao prazo em si, não havia dissenso entre as partes quanto à aplicação do prazo trienal aludido pelo art. 206, § 3.º, V, do Código Civil.

---

[173] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil* – v. I (arts. 1.º a 69)... cit., p. 123-124.

[174] "[...] a *causa petendi proxima* (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo". (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* causa petendi *no processo civil* cit., p. 166).

[175] "Não se deve confundir fundamento jurídico, com fundamentação legal, essa inclusive dispensável". (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., v. 1, p. 561).

No julgamento do Recurso Especial, entretanto, a 4ª Turma do STJ dirimiu a controvérsia referente ao termo inicial do prazo e, ainda, requalificou a matéria, decidindo pela aplicação do prazo geral decenal previsto no art. 205 do CC, em detrimento do prazo trienal do art. 206, § 3.º, V, do CC, o que, portanto, motivou a oposição de embargos de declaração por uma das partes, com alegação de violação à vedação da decisão-surpresa.

No voto condutor do acórdão que julgou os embargos de declaração, constou:

> Penso que o "fundamento" ao qual se refere o art. 10 é o fundamento jurídico – causa de pedir, circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação, conforme art. 493 do CPC/2015) – não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). [...]
>
> Se ao autor e ao réu não é exigido que declinem, na inicial e na contestação, o fundamento legal, mas apenas o fundamento jurídico, não faz sentido supor que o magistrado deva proferir despacho prévio à sentença enumerando todos os dispositivos legais possivelmente em tese aplicáveis para a solução da causa. Os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, não o ordenamento jurídico, o qual é de conhecimento presumido não só do juiz (*iura novit curia*), mas de todos os sujeitos ao império da lei, conforme presunção *jure et de jure* (art. 3.º da LINDB). [...]
>
> A aventada exigência de que o juiz submetesse a prévio contraditório das partes não apenas os fundamentos jurídicos, mas também os dispositivos legais (fundamento legal) que vislumbrasse de possível incidência, sucessivamente, em relação aos pressupostos processuais, condições da ação, prejudiciais de mérito e ao próprio mérito, inclusive pedidos sucessivos ou alternativos, entravaria o andamento dos processos, conduzindo ao oposto da eficiência e celeridade desejáveis. [176]

A proposta, entretanto, não esteve imune a críticas, tendo parte da doutrina, inclusive, sustentado não se tratar de uma decisão "preocupada com as garantias processuais, mas de uma tomada de posição de pura política judiciária".[177]

Nada obstante, parece perfeitamente possível sustentar que a noção de fundamento jurídico insculpida no art. 10 do CPC/2015 não se confunde com a de fundamento legal, pois pode acontecer de as partes terem debatido o tema jurídico exaustivamente ao longo do processo, sem, no entanto, terem tocado especificamente no enquadramento legal. Nesse caso, implicariam burocracia e formalismo exagerados, incompatíveis com um processo permeado pela efetividade e eficiência, sustentar que a decisão, ao mencionar e adotar um dado

---

[176] EDcl no REsp 1280825/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27.06.2017, *DJe* 01.08.2017. Registre-se que a 1ª Turma do mesmo STJ também já veio a decidir em sentido semelhante: RMS 52.463/RJ, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 04.09.2018, *DJe* 13.09.2018.

[177] DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil – v. I (arts. 1.º a 69)... cit., p. 119.

dispositivo normativo para resolver a controvérsia, que já fora objeto de expressa incursão pelas partes, teria gerado surpresa.[178]

Dimensão semelhante não passou despercebida pelo processo civil lusitano, conforme escólio de José Lebre de Freitas, ao comentar a previsão de manifesta desnecessidade como hipótese de exceção à exigência de instalação do contraditório prévio:

> É, por exemplo, manifestamente desnecessário convidar as partes a pronunciarem-se sobre a qualificação como compra e venda do contrato que integra a causa de pedir, se o autor, embora não invocando explicitamente esta qualificação, o descreveu faticamente como tal, em termos inequívocos e não contrariados, de facto nem de direito, pelo réu. Mas já será necessário o convite se o juiz entender que, não obstante as partes, explícita ou implicitamente, terem tomado o contrato como de compra e venda ao longo de todo o processo, a sua qualificação jurídica correta é de empreitada ou de doação [...].[179]

No entanto, caso o novo enquadramento legal implique, de fato, alteração não esperada no enfoque argumentativo até então proposto pelas partes para solução da causa, aí, sim, incidirá a proibição de que trata o art. 10 do CPC/2015.

Nas lúcidas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

> Por isso mesmo, importa compreender "fundamento" como sinônimo de "argumento", de "razões" ou de "motivos" que se mostrem, respeitados os limites objetivos do processo (pedido e causa de pedir) aptos para justificar a decisão a ser tomada pelo magistrado, em um e em outro sentido. É sobre esse *argumento* (ou sobre essas razões) que as partes devem ser ouvidas.[180]

---

[178] Nesse mesmo sentido, o Enunciado n. 2 da ENFAM: "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 emanação daquele princípio".

[179] FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil* cit., p. 134, nota de rodapé. No mesmo sentido, veja-se, por exemplo, o acórdão proferido pela 1ª Seção do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no julgamento de reclamação referente ao Processo n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1, em que as partes discutiam a responsabilidade pelo não cumprimento de contrato promessa, cada uma sustentando a tese da culpa exclusiva da outra, tendo a instância *a quo* concluído pela concorrência de culpa de ambas. A Corte Portuguesa assentou que tal conclusão não configura decisão-supresa, pois já previsível e esperada pelas partes, ainda que tal fundamento não tenha sido expressamente objeto de debate. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f462157142267ee180257921004c5d7a?OpenDocument&Highlight=0,2005%2F03.0TVLSB.L1.S1>. Acesso em: 3 out. 2015.

[180] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100-101.

3 OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO INDIVIDUAL DO TRABALHO

3.1 As particularidades do litígio individual trabalhista

Conforme visto no Capítulo 1,[181] a perspectiva instrumentalista do processo passou a exigir que este se constituísse em ferramenta capaz de melhor servir aos objetivos e aspirações do direito material, devendo, assim, ser orientado para a construção de respostas efetivas aos conflitos decorrentes das respectivas relações jurídicas substanciais.

Dessa maneira, a identificação dos fundamentos do direito processual do trabalho demanda, necessariamente, o reconhecimento das particularidades que circundam o litígio individual trabalhista, em detrimento dos litígios civis em geral, as quais constituem a força motriz para a concepção das estruturas próprias que caracterizam o sistema.

Nesse contexto, um primeiro elemento a ser mencionado consiste na posição das partes na relação jurídica processual: salvo esporádicas exceções, o litígio laboral é caracterizado por um trabalhador que reclama direitos de que se entende titular, na condição de autor, em desfavor de um empregador ou tomador do serviço, na condição de réu.

Isto é, no conflito trabalhista trazido a juízo, "as posições são fixas, imutáveis e se configuram de antemão".[182] Essa particularidade, aliás, é das mais importantes na caracterização do referido litígio, pois constitui um dos elementos justificadores da criação de um modelo processual específico.

Outro traço característico corresponde à natureza jusfundamental dos direitos trabalhistas discutidos em juízo, os quais ostentam a marca distintiva dos *direitos fundamentais de segunda dimensão*.[183] Assim, o litígio trabalhista corresponde

---

[181] Capítulo 1, item 1.2, subitem 1.2.3.

[182] PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1997. p. 24.

[183] "Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. Também pertencem a essa categoria os denominados direitos econômicos, que pretendem propiciar os direitos sociais. [...]

essencialmente a um conflito relacionado a direitos humanos, desbordando do aspecto meramente patrimonial que caracteriza a maior parte dos litígios de natureza civil.[184]

Também se deve mencionar a natureza, como regra,[185] alimentar dos créditos trabalhistas discutidos em juízo, representando importante signo do conflito laboral, uma vez que o "juiz não pode resolver um litígio alimentar com os mesmos critérios que o orientam num litígio meramente patrimonial".[186]

Com efeito, os créditos decorrentes da legislação do trabalho têm a finalidade precípua de manter a subsistência dos trabalhadores e fazer frente às necessidades básicas do ser humano, sendo que seu inadimplemento compromete a própria viabilidade da existência digna. Não por outra razão, as disposições do art. 100, § 1º, da CRFB/1988, do art. 186, *caput* e parágrafo único, II, do Código Tributário Nacional e do art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005, por exemplo, criam uma série de privilégios ao crédito laboral.

Ademais, no Brasil, verifica-se um baixíssimo índice de observância e cumprimento da legislação do trabalho, sendo que o objeto principal das reclamações trabalhistas diz respeito a direitos básicos dos trabalhadores. Segundo os dados do Relatório Geral Analítico da Justiça do Trabalho de 2017, elaborado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho, verbas como aviso prévio, 13º salário, férias com 1/3 e indenização de 40% do FGTS ocuparam os primeiros lugares no *ranking* de matérias objeto das reclamatórias trabalhistas.[187]

Outra importante circunstância que caracteriza o litígio trabalhista diz respeito à desigualdade entre as partes no processo, como reflexo da assimetria fática existente na relação jurídica de direito material, pois "nos conflitos trabalhistas o confronto se dá,

---

Entre os direitos de segunda dimensão, encontram-se, *v.g*., o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, o direito ao salário mínimo, a um número máximo de horas de trabalho, ao repouso remunerado e ao acesso a todos os níveis de ensino" (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 352-353).

184 "A Justiça do Trabalho do século XXI, ao menos no contexto pátrio (e sobretudo após a EC n. 45/04), é fundamentalmente uma organização judiciária dedicada à defesa e à promoção dos *direitos fundamentais* de cidadãos trabalhadores (especialmente os direitos de segunda geração ou dimensão ditos 'direitos sociais')" (FELICIANO, Guilherme Guimarães. Ação promocional. In: _____ (coord.). *Fênix: por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 52).

185 Deve-se lembrar que há pretensões discutidas no âmbito da justiça do trabalho que não necessariamente são consideradas como créditos de natureza alimentar, para a subsistência do trabalhador, como, por exemplo, as pretensões de indenização por dano moral.

186 PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 23.

187 Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+e+Indicadores+Reduzido.pdf/04476e8c-2f5b-9d81-e6c9-de581099b8e2>. Acesso em: 4 dez. 2018.

basicamente, entre litigantes desiguais: o trabalhador subordinado e seu empregador subordinante".[188] Não por outra razão, a realidade demonstra que as reclamações trabalhistas só costumam ser ajuizadas quando o contrato de trabalho já está encerrado, como reflexo do "poder indiscriminado e quase que imperial do empregador, de plena liberdade de despedir".[189]

Essa desigualdade – que decorre, fundamentalmente, da diferença de poder econômico entre as partes – reflete-se, por exemplo, na reduzida capacidade do trabalhador de suportar os prejuízos decorrentes do tempo de tramitação do processo, considerando a natureza das verbas que persegue em juízo.[190] Assim, repousa no empregador a "maior idoneidade financeira para suportar as delongas e as despesas processuais",[191] gerando elemento de desequilíbrio na situação enfrentada por cada uma das partes no curso do processo trabalhista.[192]

Ademais, essa distinção de capacidade econômica acaba por gerar também uma diferenciação de ordem técnica, na medida em que é o empregador que costuma dispor de melhor aptidão para a produção probatória no curso do processo: maior facilidade para

---

188 GIGLIO, Wagner; GIGLIO, Claudia Veltri Correa. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77.

189 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 61. Relembre-se que no ordenamento jurídico pátrio ainda vigora o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado independente de motivação, em razão da pendência da regulamentação do art. 7º, I, da CF e da denúncia da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho pela Presidência da República – matéria objeto de questionamento judicial nos autos da ADI 1625/DF e até hoje não resolvida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, são extremamente reduzidas as situações em que o trabalhador ajuíza a demanda no curso da relação de trabalho, ante o receio de dispensa, o que culminou na propagação da conhecida alcunha da Justiça Laboral como sendo a "Justiça dos Desempregados". As hipóteses mais comuns, nesses casos, são dos servidores públicos celetistas e dos empregados das empresas estatais – nas quais não é usual a dispensa imotivada, sendo que os primeiros, inclusive, gozam de estabilidade, caso admitidos até a promulgação da EC n. 19/98, segundo a jurisprudência (STF – RE 666129/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Publicação *DJe*-175, divulg 04.09.2012, public 05.09.2012) – e dos trabalhadores que já não mais têm receio de se desligar do trabalho, por situações inúmeras, e assumem o risco de eventual despedida retaliatória.

190 "Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ele aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito" (CAPPELLETTI, Mauri; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 20).

191 GIGLIO, Wagner; GIGLIO, Claudia Veltri Correa. *Direito processual do trabalho* cit., p. 85.

192 "Distribuir e distribuir equitativamente, sem fazer com qualquer delas espere mais do que o tempo empregue pela outra, sob pena de a *espera* tornar-se *desesperança* ou em desespero. Rotineiros são, em sede do processo do trabalho, os acordos por valor inferior ao da liquidação, no curso das execuções, o que revela que o tempo está distribuído de forma não equânime, incentivando o abandono de direitos, para que o resultado efetivo, isto é, a entrega real do bem da vida disputado pelos litigantes seja alcançado mediante renúncia de dada parcela dos valores em disputa, como franca demonstração do desespero do autor" (FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva* cit., p. 51).

apresentação de documentos, para viabilizar o comparecimento de testemunhas – que, no mais das vezes, são empregados seus –, para o acompanhamento técnico de provas periciais, por meio da atuação de assistentes técnicos etc.[193]

Tal diferenciação também se reflete no fato de ser o empregador aquele que dispõe de melhores condições para se assessorar tecnicamente e enfrentar o processo.[194] Basta ver, por exemplo, que a realidade revela que são os empregadores que habitualmente contratam as grandes bancas de advocacia para atuarem em sua representação.

Noutro giro, também se pode mencionar como elemento bastante característico dos litígios individuais trabalhistas a sua dimensão generalizante: tais conflitos estão relacionados, usualmente, a condutas uniformes do empregador, em relação a todos os empregados, sendo que o objeto dos processos costuma interessar não só ao autor da demanda, mas a todos os demais trabalhadores da empresa.[195] Esse elemento – que, inclusive, torna o empregador um litigante mais habitual em sede trabalhista – também é fator que desequilibra as forças na relação processual.[196]

Ademais, se o conflito é corolário da própria convivência humana, a execução de trato sucessivo do contrato de trabalho e a pessoalidade característica da figura do empregado põem "as partes num contato pessoal quase físico, imediato e constante, o que produz o caldo de cultivo para atritos e dificuldades".[197]

Ainda devem ser mencionados os entraves de diversas ordens para o pleno acesso à justiça por parte dos trabalhadores.

---

193 "O contraditório é preservado na medida em que a igualdade entre os litigantes o seja. É natural que a parte com melhores recursos quase sempre tem mais fácil acesso a informações processuais, está em condições mais favoráveis para recolher dados relevantes e valer-se de provas, contrata os serviços de profissionais mais competentes. O poder econômico facilita a resistência à longa duração do processo" (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes cit., p. 103).

194 "Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. [...] De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente" (CAPPELLETTI, Mauri; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 21).

195 GIGLIO, Wagner; GIGLIO, Claudia Veltri Correa. *Direito processual do trabalho* cit., p. 76.

196 "As vantagens dos 'habituais', de acordo com Galanter, são numerosas 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros" (CAPPELLETTI, Mauri; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 25).

197 PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 21.

Em muitas localidades e rincões do Brasil, por exemplo, as distâncias a serem percorridas até os fóruns judiciais,[198] para que o trabalhador possa participar de uma audiência e ser ouvido presencialmente pelo juiz, exige esforço hercúleo na realização do deslocamento, considerando também a dificuldade e a escassez dos meios de transporte ou mesmo o alto custo para utilização daqueles existentes. Deve-se lembrar que essas mesmas dificuldades se aplicam também para o deslocamento das testemunhas, as quais representam, muitas das vezes, a única prova de que dispõe o trabalhador para fins de demonstração dos fatos alegados em juízo.

Oportuna também a citação das despesas concernentes a custas, honorários advocatícios etc., as quais constituem aspectos que influenciam sobremaneira a escolha pelo ajuizamento ou não de determinada demanda, sendo que, no âmbito dos conflitos trabalhistas, essa realidade merece ainda maior preocupação do legislador e do intérprete, ante a notória hipossuficiência dos trabalhadores. Daí por que "os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça".[199]

Todas essas particularidades mencionadas, associadas ainda a inúmeras outras, atuam incisivamente para exigir do legislador e do intérprete a criação e a aplicação de um modelo processual específico, permeado de mecanismos particulares – ou mesmo comuns ao processo civil, mas extremamente caros ao processo do trabalho –, de forma a dotá-lo de ferramentas capazes de cumprir os seus escopos.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

> O processo, o procedimento e seus princípios tomam feição distinta, conforme o direito material que se visa a proteger. Como disse Denti não existe um processo melhor ou mais eficiente em sentido abstrato, mas sim um processo mais ou menos adequado à tutela de situações diversas e determinadas.[200]

---

198 Cite-se, por exemplo, o Município de Salitre-CE, que pertence à jurisdição da Vara do Trabalho de Juazeiro do Norte-CE, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, cuja distância é de cerca de 150km, segundo o aplicativo *Google Maps*, situação que só é minimizada pela implementação da Justiça Itinerante por aquele Tribunal em localidades mais próximas. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/files/mapa_jurisdicional.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2018. Também o exemplo do Município de Nova Bandeirantes-MT, que dista cerca de 200km até a Vara do Trabalho de Alta Floresta-MT, segundo o aplicativo *Google Maps*, a cuja jurisdição está submetido. Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/portal/varas-do-trabalho>. Acesso em: 4 dez. 2018.

199 CAPPELLETTI, Mauri; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 18.

200 GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo trabalhista e processo comum. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 15, p. 87, set.-out. 1978.

3.2 Princípio da proteção

Segundo a clássica lição de Américo Plá Rodriguez, o princípio da proteção corresponde à estrutura central do Direito Material do Trabalho, orientando-o a "proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira".[201] Essa ideia – que decorre do princípio da igualdade material[202] – é inerente à própria razão de ser do direito trabalhista, ligando-se com as entranhas de sua formação histórica: pretender igualar, mediante a estruturação de uma superioridade jurídica, a posição de partes vinculadas por meio de uma relação faticamente assimétrica.

Nesse contexto, considerando que a visão instrumentalista representa a "grande porta, através da qual as ideologias penetram no processo",[203] também se pode sustentar que o referido princípio atua no campo do Direito Processual do Trabalho,[204] sendo, inclusive, elemento dos mais importantes para a defesa de sua autonomia científica em relação ao Direito Processual Civil – embora a matéria não seja pacífica na doutrina.[205]

Isso porque a assimetria fática das posições das partes na relação jurídica de direito material também se reflete no ambiente da relação jurídica processual,[206] como visto anteriormente, acarretando efeitos deletérios na isonomia, se não compensada por meio de normas processuais aptas a proporcionar essa igualação.[207]

---

201 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2015. p. 83.

202 "Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. [...] Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade 'perante' a lei, mas de uma igualdade 'feita' pela lei, uma igualdade 'através' da lei" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 376).

203 CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade* cit., p. 32.

204 "O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o da proteção. Assim como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental" (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 90).

205 Admitindo a aplicação do princípio da proteção apenas na criação das leis processuais: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110-111. Aludindo ao que denomina de *proteção temperada*: SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 125.

206 "[...] desigualdade que, nas lides laborais, não decorre de 'certas posições processuais' (LEBRE DE FREITAS), mas da própria *condição material* da parte processual economicamente hipossuficiente" (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo:* tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due process of law" cit., p. 571).

207 Daí por que Manoel Antônio Teixeira Filho denominou esse caráter tutelar de *princípio da correção da desigualdade*: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. I, p. 93.

Dessa maneira, o direito processual do trabalho também reclama a aplicação do princípio protetor, notadamente, por meio da vertente informativa da regra da norma mais favorável,[208] assim como da máxima do *in dubio por misero*, essa última a consagrar o critério "segundo o qual, no caso de uma norma vir a ser suscetível de se entender de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador".[209]

Entretanto, essa última – que está circunscrita ao campo hermenêutico e não se relaciona à valoração do conjunto probatório[210] – não implica "salvo conduto para todas as teses jurídicas do trabalhador",[211] devendo estar amparada em uma dúvida razoável e se ater aos limites semânticos do texto normativo.[212]

Diversos exemplos podem ser extraídos da legislação brasileira que evidenciam a inspiração das normas processuais trabalhistas nessas exigências.

Situação das mais cristalinas se encontra positivada no *caput* art. 844 da CLT, ao prever a notável distinção de consequências jurídicas para a falta do reclamante ou do reclamado à audiência ("arquivamento" – extinção sem resolução de mérito –, em relação ao primeiro; revelia e confissão quanto à matéria de fato, em relação ao segundo).[213]

---

208 Segundo Amauri Mascaro Nascimento, a vertente informativa da norma mais favorável, no âmbito do direito material, corresponde a "[...] *princípio de elaboração das normas jurídicas*, o que significa, nesse sentido, que as novas leis devem dispor no sentido de aperfeiçoar o sistema, favorecendo o trabalhador, só por exceção afastando-se desse objetivo. Justifica-se plenamente essa assertiva, sabendo-se que as leis trabalhistas devem contribuir para a melhoria da condição social do trabalhador" (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 124).

209 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho* cit., p. 107. Registre-se, entretanto, que há entendimento doutrinário no sentido de que esta regra já se encontra absorvida pela regra da norma mais favorável, em sua vertente interpretativa: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 246-248.

210 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Curso de direito processual do trabalho cit., p. 101.

211 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due process of law" cit., p. 574.

212 Idem, ibidem.

213 "É mais uma afirmação eloquente do caráter protecionista indireto que o Direito Processual do Trabalho também tem, em favor do tutelado na relação de direito material, porque reclamada, quase sempre, é a empresa, que assim se torna suscetível de sofrer as consequências drásticas da revelia, e reclamante o empregado, passível da pena branda de arquivamento" (COSTA, Coqueijo. Direito processual do trabalho. 4. ed. Atualização Washington Luiz da Trindade. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 263).

Também a majoração dos poderes do juiz reflete o caráter tutelar do processo trabalhista,[214] notadamente, por meio da utilização de seus poderes assistenciais,[215] fruto também de uma maior intensidade do princípio inquisitivo e do elemento publicístico.

Referida dimensão se encontra esculpida, por exemplo, no art. 765 da CLT, ao conferir ao juiz do trabalho amplos poderes de direção e impulsão do processo,[216] o que se relaciona também com sua iniciativa probatória, na medida em que pode determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento dos fatos.[217] Essa mesma característica, aliás, implica uma aproximação do processo do trabalho com a busca pela verdade real.[218]

Outrossim, também se deve mencionar, nesse tocante, a possibilidade de dinamização do ônus da prova,[219] a qual, na maioria das vezes, opera em favor do empregado reclamante. Embora tal instituto só tenha vindo a ser positivado no processo trabalhista com a inclusão, pela Lei n. 13.467/2017, dos §§ 1º a 3º ao art. 818 da CLT, a jurisprudência já de há muito admitia sua aplicação.[220]

Destaque também para o regramento dos pressupostos recursais trabalhistas: o art. 899, §§ 1º e seguintes, da CLT exige, nas hipóteses de condenação em obrigação de

---

214 "Diante do caráter publicista da jurisdição, do forte interesse social na resolução dos conflitos trabalhistas e da própria dinâmica do Direito Processual do Trabalho, o juiz tem majorados os seus poderes na direção do processo, como forma de equilibrar a relação jurídica processual e resolver, com justiça, o conflito trabalhista" (SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 155)

215 O que foi denominado por Carlos Henrique Bezerra Leite de *princípio da finalidade social do processo*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 104.

216 "Alicerçada no art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho, a postura inquisitorial do juiz do trabalho no processo abrevia delongas inúteis, mitiga formalismos e acelera a solução do feito" (FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva* cit., p. 74).

217 "O juiz do trabalho comanda a prova de modo mais amplo que o juiz de direito, sendo comum ordenar ao empregador a demonstração de fatos que beneficiam o empregado por considerar desiguais as posições das partes e por entender que a empresa sempre está mais bem aparelhada para os esclarecimentos necessários, e, se não atendido, presume verdadeiras as alegações da inicial do reclamante (ex.: apresentação de cartões de ponto, sob pena de aceitação dos horários indicados na inicial)" (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 104).

218 Admitindo, inclusive, a existência de um *princípio da busca da verdade real*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 107. Em sentido contrário: COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho* cit., p. 328.

219 "No processo do trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do *ônus dinâmico da prova*. O juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade" (SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho* cit., p. 155).

220 Citem-se, por exemplo, as Súmulas 338, I, e 443 do TST.

pagar (Súm. 161 do TST), o recolhimento de um depósito para fins de conhecimento do recurso, como primeira garantia para futura execução,[221] depósito este, que, segundo a doutrina[222] e a jurisprudência,[223] não é exigível na hipótese de figurar o trabalhador como reclamado, considerando exatamente a incidência do caráter tutelar no processo trabalhista.[224]

Essa mesma fundamentação, inclusive, é que permite sustentar que a nova redação do § 4º do art. 899 da CLT, dada pela Lei n. 13.467/2017, implicou simples modificação na forma de realização desse depósito, sem alteração quanto ao destinatário da exigência, que deve permanecer entendido como sendo apenas o empregador.[225]

Também reflete essa majoração dos poderes do juiz a possibilidade de instauração, *ex officio*, da fase executiva, o que, apesar das alterações empreendidas pela Lei n. 13.467/2017 no *caput* do art. 878 da CLT, ficou mantido quando se tratar de empregado no exercício do *ius postulandi*.

Por outro lado, os mecanismos de redução das despesas processuais, que, em princípio, constituem emanação do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988), são aprofundados no processo do trabalho, representando rosto visível do princípio tutelar: o recolhimento de custas se dá apenas ao final do processo (art. 789, § 1º, da CLT); não há pagamento de custas pela parte reclamante, em qualquer caso de procedência da demanda, ainda que meramente parcial ou mesmo referente a parte mínima do pedido (art. 789, § 1º, da CLT); a concessão da gratuidade judiciária pode ser feita até mesmo de ofício pelo juiz, atendidos os requisitos estabelecidos pela lei (art. 790, § 3º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017).

É verdade que, quanto ao tema da gratuidade judiciária, a Lei n. 13.467/2017 procedeu a algumas impactantes alterações, como, por exemplo, a previsão de pagamento

---

221 "[...] a exigência de depósito recursal para o reclamado poder recorrer também se trata de regra protetiva ao trabalhador, visando a bloquear recursos e garantir futura execução por quantia" (SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho* cit., p. 132).

222 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho* cit., v. II, p. 1500.

223 "[...] A jurisprudência pacífica desta Corte, ao interpretar a exegese dos §§ 1º e 4º do art. 899 da CLT, é no sentido de que só é devido o depósito recursal quando a condenação recair sobre o empregador. [...]" (TST – RR – 1187-35.2014.5.23.0051, Relatora Desembargadora convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, julgado em 28.11.2018, 6ª Turma, *DEJT* 30.11.2018).

224 "O depósito recursal é exigido apenas do empregador. Essa unilateralidade da exigência decorre da influência, na órbita processual, do princípio da hipossuficiência do trabalhador, que informa o direito material" (BEBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 130).

225 Nesse sentido: SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de et al. *Reforma trabalhista:* análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017. São Paulo: Rideel, 2018. p. 568.

de custas, pelo reclamante, em caso de arquivamento da demanda pela sua falta à audiência, ainda que se trate de trabalhador beneficiário da justiça gratuita, caso inexistente justificativa legal para a ausência (art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017).

Também pode ser citada a condenação em honorários periciais e honorários advocatícios sucumbenciais (arts. 790-B, § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017), na hipótese de o trabalhador reclamante, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, vir a ser sucumbente no processo e ter obtido algum crédito em juízo capaz de suportar essas despesas, não tendo havido previsão sequer da suspensão da exigibilidade desses créditos, como ocorre no direito processual civil (art. 98, § 3º, do CPC/2015).

Todavia, forçoso concluir que, além de tais modificações serem de duvidosa constitucionalidade,[226] não implicam eliminação do princípio tutelar no processo do trabalho, considerando todo o arcabouço teórico e normativo anteriormente retratado, que reflete a fidelidade do sistema a esse ideário.

Cabe alertar, no entanto, que não se deve entender que "é a Justiça do Trabalho que tem cunho paternalista ao proteger o trabalhador, ou o juiz que sempre pende para o lado do empregado. Protecionista é o sistema adotado pela lei".[227] Assim, é o sistema que é – e precisa ser –, em sua essência, protecionista, "buscando a igualdade das partes, no âmbito processual, na lógica da paridade de armas".[228]

3.3 Simplificação procedimental

Outro pilar que sustenta o sistema processual laboral e que o permite concretizar mais eficazmente sua missão consiste na simplificação procedimental:

> O processo trabalhista deve ser simples, predominantemente oral, isento de solenidades. Tendo em vista o litígio ser, muitas vezes, conduzido pelo próprio trabalhador ou com uma assessoria nem sempre idônea, as formalidades devem limitar-se ao mínimo indispensável; tanto a legislação, que deve ser clara e compreensível em seu enunciado, quanto a tramitação em si, que deve buscar a

[226] A matéria é objeto da ADI 5766/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, por alegação, em suma, de violação ao art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF, com julgamento iniciado, mas ainda não concluído no Supremo Tribunal Federal.

[227] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho* cit., p. 91.

[228] SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antônio Bittar. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 152.

> simplicidade, têm de atuar como instrumentos acessíveis não só aos advogados mas também aos leigos.[229]

Traço característico do Estado Social,[230] a simplificação procedimental, que também decorre do próprio direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988), visa a facilitar a obtenção da tutela jurisdicional por parte de grupos que dela ficariam alijados, caso o procedimento não fosse influenciado por uma maior informalidade: utilização de linguagem mais acessível ao público em geral e menos tecnicista,[231] redução das formalidades para a prática de atos processuais, eliminação de burocracias, entre outros, são elementos que expressam essa exigência de simplificação do procedimento.

Em âmbito brasileiro, referida orientação exerceu notável influência no regramento processual trabalhista cunhado pela CLT,[232] colhendo-se diversos exemplos de normas inspiradas nessa exigência, o que, inclusive, levou a doutrina a reconhecer nesse atributo a existência mesmo de um *princípio da simplicidade* ou *da informalidade*,[233] *status* agasalhado pelo art. 2º da Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

---

229 PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 56.

230 "Apesar de a queda do muro de Berlim e a desintegração da União Soviética terem revelado quão frágeis e artificiais eram os regimes socialistas, não se pode negar algumas conquistas sociais importantes alcançadas naqueles países. Entre elas, digna de nota é a preocupação com o acesso à Justiça. Embora nem todas as medidas destinadas a ampliá-lo sejam compatíveis com a complexidade das relações jurídicas do mundo capitalista, devem ser ressaltadas a simplificação procedimental e a ausência de limites formais ao direito de ação e ao direito de ser ouvido em juízo, além do baixo custo e da relativização das consequências decorrentes de defeitos dos atos processuais" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 28).

231 PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 106.

232 "Nos anos que compuseram a década de 1940, os forjadores do Direito Social e dos instrumentos de sua efetivação (Alberto Pasqualini, Evaristo de Moraes, Oliveira Viana, Waldemar Ferreira, Lindolfo Collor, Cesarino Júnior etc.) não eram só juristas. Cumulavam, também, outros conhecimentos: eram antropólogos, sociólogos, ativistas e políticos praticantes. Portanto, eram pessoas que estavam muito atentas ao problema social e aos movimentos industrial e trabalhista. Daí, termos uma legislação de nítida feição social, inclusive a processual... E se compreende, também, a linguagem não judiciarista da CLT. Mas a linguagem foi empregada conscientemente, com o firme propósito de demonstrar a especificidade da legislação obreira, apta a ser compreendida pelo homem do povo, comum, leigo" (LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do direito processual do trabalho*: bases científicas e sociais de um processo de princípios e equidade para a tutela de direitos fundamentais do trabalho. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 57).

233 "O princípio da informalidade do processo do trabalho, defendido por muitos autores e também por nós, significa que o sistema processual trabalhista é menos burocrático, mais simples e mais ágil que o sistema processual comum, com linguagem mais acessível ao cidadão não versado em Direito, bem como a prática de atos processuais de forma mais simples e objetiva, propiciando maior participação das partes, celeridade no procedimento e maiores possibilidade de acesso à justiça ao trabalhador mais simples" (SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho* cit., p. 136).

Nesse contexto, a previsão talvez mais expressiva dessa simplificação procedimental no processo trabalhista consiste na possibilidade de as partes exercerem a sua capacidade postulatória em juízo independente da representação técnica por advogado, o que foi garantido expressamente pelo art. 791 da CLT, ao consagrar o instituto do *ius postulandi*[234] – inclusive para o dissídio de natureza coletiva (art. 791, § 2º, da CLT) –, admitindo-se, ainda, a apresentação da reclamação até mesmo de forma verbal (art. 786 da CLT).

Embora não imune a críticas,[235] o referido instituto se liga a essa necessidade de simplificação procedimental, com o objetivo de superar as barreiras de diversas ordens que a contratação de advogado poderia representar ao acesso à justiça dos trabalhadores,[236] justificando, assim, a sua constitucionalidade à luz do art. 5º, XXXV, da CRFB/1988, não obstante os termos do art. 133 da mesma CRFB/1988.[237]

Deve-se lembrar que a contratação de advogado pressupõe, como regra, a remuneração dos honorários contratuais do referido profissional, o que poderia atuar como mecanismo dissuassório na decisão por ajuizar ou não uma demanda trabalhista.[238] Ainda que a praxe revele que essa remuneração usualmente ocorre pela dedução de um percentual incidente sobre o proveito econômico auferido pelo reclamante com eventual procedência da demanda, o *ius postulandi* ainda se justifica para que não se exija do trabalhador a diminuição do crédito simplesmente porque teve de se socorrer do Judiciário.

Ademais, há localidades que ainda contam com reduzida oferta de serviços dos profissionais de advocacia, dificultando a contratação de causídico para a demanda,

---

234 É verdade que a jurisprudência restringiu o alcance do referido instituto, como se vê da Súm. 425 do TST: "O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho".

235 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho* cit., p. 332.

236 "Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros" (CAPPELLETTI, Mauri; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 18).

237 Interpretação que também foi chancelada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: STF – ADI 1127, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17.05.2006, *DJe*-105, divulg 10-06-2010, public 11-06-2010, ement vol. 02405-01, p. 40, *RTJ* v. 215-01, p. 528.

238 "Com essa medida visualizou-se eliminar a barreira do custo do advogado para as pessoas menos favorecidas economicamente, instituindo, ao mesmo tempo, um serviço de informação e de elaboração mesmo de reclamações no âmbito da própria Justiça do Trabalho" (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho:* efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998. p. 129).

obstáculo esse que é ainda potencializado quando se trata de causas de baixa expressão econômica.[239]

Outro importante elemento da simplificação procedimental repousa na desnecessidade da apresentação de fundamentos jurídicos na petição inicial, consagrada pelo art. 840, § 1º, da CLT, o que autoriza a parte a vir a juízo com a narração tão somente dos fatos e do pedido objeto da tutela, independentemente da apresentação de eventual proposta de enquadramento jurídico. Assim, não se exige a mesma formalidade da petição inicial do processo civil (art. 319, III, do CPC/2015), "porque os fundamentos jurídicos do pedido dependem da livre apreciação judicial, máxime em sistema processual que permite a leigos postularem em juízo".[240]

Referida enunciação – que encontra vozes integral[241] e parcialmente[242] dissonantes na doutrina –, pode ser interpretada de forma ampliativa, para ser compreendida não só em relação à petição inicial, mas a todas as manifestações das partes em sede de jurisdição ordinária, estando ou não representadas por advogado, constituindo importante signo distintivo do processo trabalhista. Prova disso é a redação do art. 899, *caput*, da CLT, que, embora não signifique completo abandono à dialeticidade dos recursos, de forma a dispensar a apresentação de quaisquer razões recursais,[243] tempera o referido pressuposto para admiti-lo de forma mais simples e sem

---

239 "Em muitas hipóteses, especialmente em processos de menor valor, a sua manutenção é conveniente, seja porque ao próprio advogado pode ser desinteressante o patrocínio da causa, seja porque o serviço de atermação pode ser satisfatório, ou mesmo porque o custo do advogado pode se apresentar como empecilho à conciliação" (Idem, p. 131). Confira-se, a propósito: "Os dados reunidos pelo Projeto de Florença mostram claramente que a relação entre os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa" (CAPPELLETTI, Mauri; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 19).

240 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. v. II, p. 8.

241 Confira-se, por todos: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho* cit., v. II, p. 57.

242 "[...] quando a parte se utilizar do *jus postulandi*, não é necessário se ater a um formalismo exacerbado, bastando a breve exposição dos fatos que originaram o conflito e que dão ensejo ao pedido, principalmente pelo fato de ser uma reclamação (ação) feita verbalmente e reduzida a termo pelo servidor da Vara do Trabalho. [...] Em contrapartida, quando as petições forem apresentadas por escrito e, consequentemente, subscritas por advogado, aludida regra de singeleza não deve prevalecer. Não basta a simples narração dos fatos. Entendemos que, como no processo civil, a inicial trabalhista deve narrar os fatos e apontar os seus fundamentos jurídicos" (SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antônio Bittar. *Curso de direito processual do trabalho* cit., 343-344).

243 Como defende: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 240.

os mesmos rigores do direito processual civil (arts. 932, III, *in fine*, e 1.010, III, do CPC/2015).[244]

Também se deve mencionar a maior intensidade do instituto da *extrapetição*:[245] para além das hipóteses já previstas no processo civil (art. 322, § 1º, do CPC/2015, por exemplo), o art. 496 da CLT autoriza o juiz do trabalho a converter a obrigação de fazer (reintegrar) em obrigação de pagar (indenizar), no caso de despedida nula de empregado estável, caso a reintegração seja desaconselhável.

No mesmo sentido, desde a sua redação original – que se referia à ausência de controvérsia quanto a *salários*, e não a *verbas rescisórias* –, a sanção do art. 467 da CLT: "não se faz mister a prévia formulação do pedido na inicial, para que a Justiça determine a condenação; basta que, na primeira audiência, não seja efetuado o pagamento da dívida salarial insuscetível de dúvida razoável [...]".[246] Referido entendimento também se manteve após as alterações legislativas efetuadas no dispositivo,[247] embora esse raciocínio não tenha contado com o devido referendo do Tribunal Superior do Trabalho.[248]

---

244 Essa é a noção que se extrai da Súm. 422 do TST: "RECURSO. FUNDAMENTO AUSENTE OU DEFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO. I – Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida. II – O entendimento referido no item anterior não se aplica em relação à motivação secundária e impertinente, consubstanciada em despacho de admissibilidade de recurso ou em decisão monocrática. III – Inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença." No mesmo sentido: "No processo do trabalho, é sabido que a petição inicial exige apenas uma breve exposição dos fatos (CLT, art. 840), ante o princípio da simplicidade que permeia neste ramo processual. Essa simplicidade da petição inicial trabalhista também deverá ser transportada para a fase recursal. [...] Com efeito, da mesma forma que a petição inicial trabalhista exige a causa de pedir simplificada (breve exposição dos fatos), no recurso ordinário impõe-se a motivação simples. Isso não significa que tais recursos não precisem de motivação, sob pena de se impedir a delimitação da extensão do efeito devolutivo, inviabilizando a atuação legítima do Tribunal e o efetivo contraditório pelo recorrido" (MIESSA, Élisson. *Manual dos recursos trabalhistas:* teoria e prática. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 71).

245 "Diz-se *extra petita* a decisão que *(i)* tem natureza diversa ou concede à parte coisa distinta da que foi pedida, *(ii)* leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados, ou *(iii)* atinge sujeito que não faz parte do processo" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., p. 372).

246 SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à legislação complementar*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. III, p. 420.

247 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho* cit., p. 808.

248 "[...] A condenação ao pagamento da multa prevista no artigo 467 da Consolidação das Leis do Trabalho, sem que haja formulação de pedido expresso na exordial, caracteriza julgamento fora dos limites estabelecidos para a lide, em afronta ao disposto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. [...]" (TST – ARR – 63400-31.2013.5.13.0006, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 09.12.2015, 2ª Turma, *DEJT* 18.12.2015).

Ainda: a criação jurisprudencial insculpida na Súm. 293 do Tribunal Superior do Trabalho, ao admitir a o julgamento com base em causa de pedir diversa da descrita na petição inicial, quanto a eventual pedido de adicional de insalubridade.[249]

Esses e outros mecanismos – como o comparecimento das testemunhas à audiência independente de intimação, por mero convite (art. 825 da CLT), ou a possibilidade de a sentença prolatada no rito sumaríssimo mencionar apenas um resumo dos fatos relevantes, com indicação simples dos elementos de convicção (art. 852-I da CLT) – refletem a opção firme do legislador pela simplificação procedimental em âmbito processual trabalhista.

Ademais, muito embora algumas inovações trazidas pela Lei n. 13.467/2017 tenham ido na contramão dessa premissa,[250] a simplificação do procedimento constitui estrutura basilar do processo trabalhista e reclama a sua preservação e potencialização, como forma de viabilizar o cumprimento de todos os seus escopos, à luz da perspectiva instrumentalista.

3.4 Celeridade

A celeridade corresponde a um valor que reclama a sua realização no processo sem que se abandonem outros valores de igual relevância, notadamente, a segurança jurídica. Daí por que, como visto no Capítulo 1,[251] a garantia fundamental é da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988).

No entanto, a natureza alimentar do bem da vida perseguido e a reduzida capacidade do reclamante de suportar as demoras do processo exigem que este tenha na celeridade objetivo dos mais caros ao sistema trabalhista, reclamando especial atenção

---

[249] Súm. 293/TST – "A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade".

[250] Cite-se, por exemplo, a exigência de indicação do valor do pedido também nos processos submetidos ao rito ordinário, conforme nova redação dada pela Lei n. 13.467/2017 ao § 1º do art. 840 da CLT, cuja constitucionalidade, inclusive, está pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 6002/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados.

[251] Capítulo 1, item 1.2, subitem 1.2.4.

ao peso concreto que o referido valor possui.[252] Não que a celeridade não seja relevante para todas as espécies de processo, "mas no trabalhista adquire dimensão e conteúdo angustiantes e passa a ser a síntese, a meta e 'meio dos meios'".[253]

Percebendo essa vital importância da celeridade para o processo trabalhista, Canotilho, comentando o disposto no item 5 do art. 20.º da Constituição Portuguesa,[254] assevera:

> Um problema não inteiramente resolvido é o da extensão destes processos céleres e prioritários. O texto constitucional parece apontar apenas para um reduzido âmbito: os direitos, liberdades e garantias *pessoais*. A lei poderá e deverá, no entanto, institucionalizar processos céleres e prioritários para a defesa de direitos, liberdades e garantias de participação *política* (cf. Lei 15/2002, de 22/2 – Código de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais, art. 97.º) e de direitos, liberdades e garantias dos *trabalhadores*.[255]

O legislador consolidado também não se mostrou indiferente a essa exigência, prestigiando e potencializando, sobremaneira, a celeridade em diversos esquemas e institutos do processo trabalhista.

Exemplo evidente disso é a estruturação de todo o procedimento em 1ª instância sobre os influxos da oralidade, aspecto que, diante de sua relevância e seu alcance, será objeto de análise no item seguinte.

Igualmente, outros regramentos também revelam essa fidelização do modelo processual trabalhista à celeridade: a) a necessidade de garantia do juízo para o fim de apresentação de embargos à execução (art. 884 da CLT); b) a inexistência, em regra, de efeito suspensivo aos recursos trabalhistas (art. 899 da CLT), admitindo-se a execução provisória até a penhora; c) necessidade de indicação das matérias e valores na interposição do agravo de petição, como forma de permitir a execução imediata da parte incontroversa (art. 897, § 1º, da CLT).

---

252 "No processo do trabalho, a necessidade de tramitação célere das causas se potencializa em razão: a) natureza alimentar da maioria das verbas trabalhistas; b) hipossuficiência do trabalhador; c) justiça social" (SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho* cit., p. 94).

253 PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 110.

254 "Art. 20.º – 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos." Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2019.

255 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 507.

3.5 Oralidade

Embora deite suas raízes no regramento do processo romano,[256] foi com o Código de Processo Civil Austríaco de 1895, no contexto do movimento de socialização e publicização do processo, que o procedimento oral e suas técnicas encontraram seu grande expoente de institucionalização, consolidação e difusão, influenciando, a partir do início do século XX, a edição de normas processuais em diversos países da Europa e, assim, desembarcando no Brasil.[257]

Referido modelo procedimental buscava romper com a tradição arraigada até então no processo civil, oriunda do processo romano-canônico, que privilegiava exageradamente a forma escrita,[258] defendendo a prevalência da palavra falada com o intuito de "permitir uma maior participação do juiz no processo e um contato maior deste com as partes, além de possibilitar a obtenção de um resultado mais célere e justo do litígio".[259]

Nesse contexto, a efervescência das ideias e os benefícios decorrentes da oralidade influenciaram sobremaneira o procedimento judicial estabelecido pela CLT,[260] considerando, especialmente, que os objetivos do processo trabalhista guardavam estreita ligação com as suas premissas: "simplicidade, economia, celeridade e maior liberdade de atuação do juiz".[261]

Segundo a feliz síntese de Francisco Morato, amparado na clássica lição de Chiovenda – seu principal teórico e defensor –, a oralidade se caracteriza, fundamentalmente, pelos seguintes eixos procedimentais:

---

256 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho* cit., v. I, p. 650.

257 Registre-se, entretanto, que, segundo Chiovenda, foi o Código de Processo Civil Francês de 1806 o ponto de partida para resgate do procedimento oral, "embora incompleto e ilógico na atuação do princípio da oralidade" (CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Trad. Osvaldo Magon. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. p. 43). O mesmo autor noticia também diversos estados alemães em que as ideias da oralidade repercutiram (Frankfurt, 1848; Hannover, 1850; Baviera, 1869 etc.) e, finalmente, no Código de Processo Civil Alemão de 1877, unificado pelo Império. Ademais, até mesmo no Brasil, o Regulamento 737 de 1850 previa a possibilidade de adoção do procedimento oral para as ações sumárias (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho* cit., v. I, p. 655).

258 É dessa época o famoso adágio *quod non est in actis, non est in mundo* ("o que não está nos autos não está no mundo"): cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho* cit., v. I, p. 654.

259 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho...* cit., p. 30.

260 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho* cit., v. I, p. 662-663.

261 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho...* cit., p. 36.

> [...] 1º) A predominancia da palavra fallada; 2º) A immediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios productores da certeza; 3º) A identidade physica do orgam judicante em todo o decorrer da lide; 4º) A concentração da causa no tempo; 5º) A irrecorribilidade das interlocutórias.[262]

A primeira dimensão diz respeito à predominância da palavra falada sobre a escrita, o que, todavia, não significa completa sobreposição,[263] até porque "é difícil imaginar hoje um processo escrito que não admita, em qualquer grau a oralidade, e um processo oral que não admita, de alguma forma, a escrita".[264]

Essa predominância dialoga com a necessidade de maior simplificação e adaptabilidade do procedimento, viabilizando que a informalidade, característica da comunicação oral, influencie o modo de desenvolvimento do processo. Ademais, referida técnica "contribui para a celeridade no procedimento, ao passo que a forma escritural tende a retardá-lo, a torná-lo mais formal e, o que é pior, a incentivar o formalismo".[265]

A CLT incorpora esse critério quando, por exemplo: a) admite o ajuizamento da reclamação trabalhista de forma verbal (art. 786 da CLT); b) prevê a leitura da petição inicial e a apresentação oral da defesa (art. 847 da CLT); c) faculta às partes a apresentação de razões finais orais e indica ao juiz a prolação oral da decisão (art. 850 da CLT); d) exige o resumo – e não a transcrição – em ata das informações prestadas pelas testemunhas (art. 828, parágrafo único, e 852-F da CLT); e) autoriza, no rito sumaríssimo, o registro resumido dos atos e afirmações essenciais das partes (art. 852-F da CLT). Ademais, em âmbito doutrinário, já se defendeu até mesmo a possibilidade de interposição oral de recurso.[266]

Já o atributo da imediatidade, por sua vez, exige que o juiz esteja em contato presencial e direto com os participantes do processo "cujas declarações deva apreciar",[267] relacionando-se, fundamentalmente, com a valoração do conjunto probatório.

---

[262] MORATO, Francisco. A oralidade. In: _____ et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. p. 2.

[263] "Não só os atos preparatórios do debate (alegações do autor e do réu) devem ser escritos, como também deve ser documentado tudo que encerra importância para a causa, notadamente o que se passa em audiência. As atas servem não apenas para auxílio à memória do juiz que tenha de decidir, como também para as atividades processuais nas sucessivas instâncias" (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho* cit., v. I, p. 658).

[264] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral cit., p. 57.

[265] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho* cit., v. I, p. 64.

[266] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Sistema dos recursos trabalhistas* cit., p. 238.

[267] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho* cit., v. I, p. 659.

Nas palavras de Chiovenda:

> O princípio da imediatidade exige do juiz, que vai pronunciar a sentença, que tenha assistido ao desenrolar das provas nas quais vai haurir sua convicção, tenha entrado em direta ligação com as partes, testemunhas, peritos e com objetos do juízo, de modo a poder avaliar as declarações de tais pessoas e a condição dos lugares etc. baseando na imediata impressão recebida, e não apoiado nos relatórios alheios.[268]

Referida característica permite, assim, um aprofundamento cognitivo na busca da verdade e a melhor formação do convencimento do magistrado, pois, no depoimento de partes, testemunhas e peritos, importa não só o conteúdo de suas informações, mas, sobretudo, a maneira como estas são prestadas.[269]

Exemplos desse traço no processo trabalhista se encontram positivados nos arts. 820 e 827 da CLT.

Consequência dessa imediação é a necessária identidade física do juiz: o magistrado "que instruiu o processo, que colheu diretamente a prova, deve julgá-lo, pois possui melhores possibilidades de valorar a prova, uma vez que colheu diretamente, tomou contato direto com as partes e testemunhas".[270]

Embora referida exigência estivesse expressa de forma bastante rigorosa no art. 120 do CPC/1939 (havia exceção apenas para o caso de aposentadoria) e tenha sido mantida, com maiores temperamentos, pelo art. 132 do CPC/1973, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[271] e do Tribunal Superior do Trabalho[272] estava posicionada no sentido da inaplicabilidade da identidade física do juiz ao processo do trabalho. O fundamento consistia, basicamente, na composição colegiada das então Juntas de

---

[268] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral cit., p. 59-60.

[269] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho...* cit., p. 69.

[270] SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho* cit., p. 146. Aludindo ao que chama de duplo significado da identidade física, está a doutrina de Mario Pasco: "[...] de um lado, trata-se de que as partes conheçam o julgador e tratem pessoalmente com ele; que este não seja um nome abstrato, um endereço, um personagem inanimado, fechado em seu gabinete, mas, de outro lado, trata-se da presença subjetiva, no momento de julgar, do juiz que tem conhecimento dos fatos e das provas" (PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 118.).

[271] Súmula 222/STF – "O princípio da identidade física do juiz não é aplicável às juntas de conciliação e julgamento da justiça do trabalho".

[272] Súmula 136/TST – "Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz".

Conciliação e Julgamento – antiga denominação das atuais Varas do Trabalho – e no óbice que a observância da regra poderia causar à celeridade.[273]

Apesar de a extinção da composição classista da Justiça do Trabalho ter se dado pela Emenda Constitucional n. 24/1999, somente em 2012, o TST cancelou a sua Súmula 136, passando, por meio de suas Turmas, a admitir, como regra, a aplicação da identidade física do juiz ao processo do trabalho. No entanto, essa aplicação se dava de forma bastante restritiva, uma vez que ficaram ressalvadas as exceções elencadas pelo art. 132 do CPC/1973,[274] além de outras hipóteses em que em não houvesse prejuízo à parte.[275]

Por outro lado, cabe destacar que o CPC/2015 não mais repetiu a regra inserta no art. 132 do CPC/1973, de forma que a exigência da identidade física do juiz passou a se ressentir, atualmente, de expressa previsão normativa. Não obstante, ainda há sustentação doutrinária de que referida dimensão deve continuar a ser observada no processo do trabalho,[276] de forma a não comprometer todo o edifício em que a oralidade se pretende assentar.[277]

---

273 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho* cit., v. I, p. 66.

274 Colhe-se, por todos: "[...] Não obstante o cancelamento da Súmula n. 136 do TST pela Resolução n. 185/2012, necessário registrar que esta Corte consagra entendimento de que a aplicação do princípio da identidade física do juiz não é absoluta, sendo excepcionada pelo próprio artigo 132 do CPC/73, de forma que o mero julgamento do feito por magistrado diverso daquele que conduziu a audiência de instrução, por si só, não torna nula a decisão, mormente em face dos princípios constitucionais da celeridade, da efetividade e da rápida duração do processo, aplicáveis ao processo do trabalho. No caso, não há premissa fática no acórdão regional que justifique a declaração de nulidade da sentença. Incólume o art. 132 do CPC/73. [...]" (TST – ARR – 52800-40.2002.5.02.0491, Rel. Ministra Dora Maria da Costa, julgado em 07.03.2018, 8ª Turma, *DEJT* 09.03.2018).

275 "[...] Ainda que aplicável ao processo do trabalho o princípio da identidade física do juiz, tal, por não ser absoluto, torna imprescindível que a parte demonstre o prejuízo a caracterizar a nulidade requerida. O próprio artigo 132 do CPC/1973 excetua algumas situações em que não cabe falar no referido princípio, ou seja, em casos de férias, aposentadoria, promoção, dentre outros afastamentos do magistrado. Desse modo, não tendo sido demonstrado no acórdão o prejuízo ou a não ocorrência de qualquer das exceções previstas no referido dispositivo, incabível a declaração de nulidade. Precedentes. [...]" (TST – RR – 2247-74.2010.5.02.0081, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, julgado em 22.10.2018, 2ª Turma, *DEJT* 26.10.2018).

276 "Entendemos que o juiz que instrui e se vincula diretamente ao processo possui melhores condições para julgá-lo, devendo ser, por isso, respeitado o princípio da identidade física do juiz, no processo do trabalho" (SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antônio Bittar. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 150).

277 "Desconsiderando a necessidade da identidade física do juiz, tudo o que se quisera construir com o procedimento oral é jogado por terra. Estabelecer todo um procedimento oral, para ao final permitir-se uma desvinculação do juiz que instruiu o processo do ato de julgar este mesmo processo equivale a anular todo o objetivo buscado pela ideia da oralidade" (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho...* cit., p. 73).

A quarta dimensão do procedimento oral consiste na concentração: "quanto mais próximas estão as atividades processuais da decisão do juiz tanto menor é perigo de que a impressão obtida por este desapareça e a memória o engane".[278]

Nesse contexto, referido eixo procedimental se justifica para "atender à necessidade de rápida solução do conflito de interesses"[279] e diminuir "o perigo de esquecimento das impressões pessoais colhidas através da instrução".[280]

No âmbito do processo trabalhista, referido elemento informa que "os atos do procedimento devem-se desenvolver num único momento, na chamada audiência una ou única, máxime a instrução probatória".[281] Assim, conforme o procedimento celetista, a concentração assume sua expressão máxima com a prática reunida, em uma única audiência, da maior parte dos atos processuais em primeira instância (arts. 849 e 852-C da CLT).

Na referida audiência una ocorrem: a) o contato do juiz com a demanda (o art. 841 da CLT não prevê despacho de admissibilidade da petição inicial e a ciência do reclamado acerca da ação ocorre por mero ato ordinatório da Secretaria, que o notifica para comparecer à audiência); b) a proposição da solução conciliatória (art. 846 da CLT); c) a apresentação da defesa (art. 847 da CLT); d) apresentação das provas pelas partes e a realização da instrução (arts. 845, 848 e 852-H da CLT); e) decisão imediata dos incidentes processuais (art. 852-G da CLT); f) formulação de razões finais e prolação da decisão (art. 850 da CLT).

Por fim, o último eixo clássico da oralidade consiste na irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, admitindo-se a impugnação das decisões que resolvam os incidentes no curso do processo apenas por ocasião do recurso da decisão final. Referida dimensão, que foi expressamente consagrada pelo art. 893, § 1º, da CLT, se justifica no sistema da oralidade, pois, "se assim não fosse, haveria sucessivos truncamentos no processo, dificultando o seu caminho e impedindo o órgão jurisdicional de efetivamente cumprir no mais breve tempo a sua prestação".[282]

---

278 CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral cit., p. 60.

279 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho* cit., v. I, p. 67.

280 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho* cit., v. I, p. 659.

281 SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho* cit., p. 150.

282 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 364.

Embora seja este o panorama da oralidade no processo do trabalho, a verdade é que a praxe forense acabou por mitigar diversos dos seus eixos informadores, como bem aponta Amauri Mascaro Nascimento:

> A audiência é una, fracionável só diante de motivo relevante; no entanto, é comum o seu fracionamento. A contestação é oral, mas se tornou praxe o memorial escrito. Os depoimentos das partes e testemunhas devem ser resumidos em ata, porém, na prática, não são apenas resumidos, mas transcritos, com a reprodução das palavras dos depoentes pelos juízes e, se se afastam dessa forma, com os "protestos" dos advogados, embora sem qualquer base legal. [...] Enfim, impõe-se uma volta à CLT, tal como é do seu espírito.[283]

Em reforço à referida observação, ainda seria possível mencionar a difusão das razões finais por meio escrito[284] e as diversas mitigações cristalizadas pela jurisprudência à irrecorribilidade imediata das interlocutórias,[285] assim como também a exigência e o abono à malsinada figura dos "protestos".[286]

Também a Lei n. 13.467/2017, ao criar um procedimento apartado, escrito e prévio para a apresentação da exceção de incompetência, como se vê da nova redação do art. 800 da CLT, implicou mais uma hipótese de afastamento do processo trabalhista desse ideal da oralidade.

3.6 Conciliação[287]

Método dos mais característicos e representativos de resolução das disputas laborais, presente desde o surgimento das controvérsias dessa natureza na história da

---

283 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho cit., p. 364.

284 "A propósito dessa alternativa, de fato a jurisprudência trabalhista instituiu a prática do memorial de razões finais, para desafogar a pressão sobre o horário da pauta de audiência, conquanto a CLT somente tenha concebido a forma oral das razões finais" (SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 9, p. 224).

285 Citem-se, por exemplo, as Súmulas 214 e 414 do Tribunal Superior do Trabalho.

286 "Não obstante, pensamos que, diante da clareza do art. 893, § 1º, da CLT, não há necessidade de a parte fazer lançar os protestos na ata de audiência ou em qualquer outra peça processual para poder questionar o merecimento da decisão interlocutória no recurso em face da decisão principal [...]" (SCHIAVI, Mauro. Princípios do processo do trabalho cit., p. 153).

287 Neste trabalho, não se pretende enveredar pela discussão sobre as eventuais distinções entre mediação e conciliação, designando-se pela última todos os métodos de composição de conflitos em que haja o predomínio do ajuste de vontade entre as partes.

humanidade,[288] a conciliação "é o método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, destituído do poder decisório final".[289]

Referido método, além de potencializar a vontade das partes na construção da solução da disputa, legitimando ainda mais a composição encetada, abrevia o tempo de duração da controvérsia, motivo pelo qual sempre foi extremamente valorizado no âmbito do direito processual do trabalho:

> A conciliação, com efeito, nem é criação do processo trabalhista nem é privativa dele; antes, é uma instituição de antiga solidez e de grande prosápia nos diversos processos civis e de outra natureza. No processo trabalhista, porém, ocupa um lugar de maior destaque e sua necessidade é constantemente reconhecida, entre outras razões, pela importância de sua eficácia para conseguir o fim do processo em tempo razoavelmente breve, se comparada com a duração, bastante longa, da tramitação judicial.[290]

Por outro lado, por decorrer primordialmente do ajuste de vontade entre as partes, a solução conciliada é aquela que melhor proporciona a almejada pacificação social do conflito, pois são os próprios litigantes os mais aptos a "conhecer com detalhe e veracidade o âmago dos fatos e medir, também com um grau de acerto quase absoluto, a autenticidade dos direitos em disputa".[291]

Não por outra razão, a CLT, em seus arts. 764 e 852-E, previu a obrigatoriedade de submissão dos litígios individuais trabalhistas à conciliação, imputando aos magistrados do trabalho o grave dever de empregarem todos os seus esforços persuasivos para a obtenção de uma solução conciliada dos conflitos.[292]

Ademais, estabeleceu em seu procedimento, no mínimo, dois momentos especiais para a formulação dessas propostas conciliatórias: ao início e ao final da audiência (arts. 846 e 850 da CLT). Exatamente por isso, já houve, inclusive, quem tenha

---

288 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho cit., p. 35.

289 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho cit., p. 1.724-1.725.

290 PASCO, Mario. Fundamentos do direito processual do trabalho cit., p. 129.

291 Idem, p. 139.

292 "O juiz deve empenhar-se em esclarecer os litigantes, eliminando mal-entendidos e persuadindo-os a reconhecer as faltas próprias e os direitos da parte contrária. Tarefa difícil e delicada, que requer muito equilíbrio e cautela, pois ao intervir como mediador, nessa fase, não pode o juiz prejulgar, antecipando o seu ponto de vista" (GIGLIO, Wagner; GIGLIO, Claudia Veltri Correa. Direito processual do trabalho cit., p. 209).

sustentado a nulidade do processo se não empreendida ou renovada pelo menos essa segunda tentativa conciliatória.[293]

É verdade que a conciliação sempre implica o risco de o trabalhador, vulnerável pela necessidade de recebimento de suas verbas alimentares, vir a aceitar ajuste cujos termos e condições não contemplam adequadamente os direitos que efetivamente titulariza.[294]

No entanto, a fiscalização diligente da adequação e justeza dos termos conciliatórios, por parte do juiz, de forma a, notadamente, preservar a higidez na manifestação de vontade do trabalhador, atua como mecanismo de equilíbrio dessa problemática.

Ademais, a conciliação só se torna positiva e se justifica quando corresponde a "entendimento, recomposição de relações desarmônicas, desarme de espírito, compreensão, ajustamento de interesses",[295] pois buscá-la "a qualquer custo, como forma útil de eliminação de processos, é fator que desmerece a atuação da justiça".[296]

3.7 A cláusula de contenção do art. 769 da CLT

Todas as estruturas vistas até então foram erigidas de forma a dotar o sistema processual trabalhista de arsenal suficiente para tutelar, de modo adequado, as particularidades do conflito laboral.

Ocorre que, cônscio de sua incapacidade de prever minuciosamente toda a infinidade de situações relevantes que poderiam ocorrer no curso do processo laboral, o legislador consolidado estabeleceu, no art. 769 da CLT, a possibilidade de suprimento das omissões no procedimento pelas disposições do processo comum, a partir, entretanto, de duas premissas básicas: a ausência de disposição na CLT e a necessidade de a norma

---

293 "[...] feita a proposta, mas não renovada a final, a decisão é nula [...]" (COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho* cit., p. 319). A jurisprudência do TST, entretanto, firmou o entendimento de que a ausência da renovação da proposta conciliatória só enseja nulidade se houver demonstração de algum prejuízo: "[...] A ausência de renovação da proposta conciliatória não resulta em nulidade da sentença, exceto se houver demonstração de prejuízo, uma vez que a lei autoriza as partes a celebrar acordo em qualquer fase do processo. [...]" (TST – RR – 3227200-86.2008.5.09.0002, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 27.05.2015, 4ª Turma, *DEJT* 05.06.2015).

294 PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 141.

295 GIGLIO, Wagner; GIGLIO, Claudia Veltri Correa. *Direito processual do trabalho* cit., p. 209.

296 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho...* cit., p. 77-78.

objeto da importação ser compatível com estrutura e principiologia do processo trabalhista.[297]

O significado das *omissões* aludidas pelo dispositivo não é matéria pacífica na doutrina. Embora se tenha sempre entendido tratar-se exclusivamente de lacunas normativas,[298] tem ganhado fôlego o entendimento[299] de que a norma abrange igualmente as lacunas de ordem axiológica e ontológica.[300]

Por outro lado, o alcance da expressão *processo comum* foi muito bem destacado por Luciano Athayde Chaves:

> A expressão "processo comum", contida no art. 769 da CLT, não deve significar sinônimo de Código de Processo Civil. Processo comum é gênero, que comporta, além do CPC, outros diplomas legais, conquanto seja o CPC, inegavelmente, a mais densa compilação normativo-processual da processualística não penal brasileira. [...] Vou além, acrescendo que as legislações mais recentes, como a Lei n. 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, são muito mais próximas à teleologia do Processo do Trabalho do que o próprio CPC.[301]

Nesse contexto, o art. 769 da CLT se justifica em razão da preocupação com a entrada indiscriminada e não refletida das normas do processo comum no processo laboral, aspecto que poderia conduzir à sua desfiguração, pondo em xeque até mesmo a sua aptidão para atingir seus escopos.

---

297 "Em síntese: a regra da subsidiariedade deve ser entendida em consonância com duas ordens de considerações: a primeira, a verificação da omissão da lei processual trabalhista, caso em que se impõe subsidiá-la; a segunda, a indispensabilidade de as regras subsidiárias serem adaptáveis às necessidades do processo trabalhista" (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 88). Manoel Antônio Teixeira Filho alude, ainda, ao requisito da *necessidade*: "[...] o intérprete do art. 769 da CLT não se deve satisfazer com o fato de estarem presentes os mencionados requisitos da omissão e da compatibilidade, para incursionar pelos domínios do CPC, à cata de norma subsidiária; ele deverá verificar, também, se o processo do trabalho *necessita*, para a sua efetividade da norma exógena. Desse modo, em casos especiais, serão três os requisitos para a adoção supletória de normativos do processo civil, nesta ordem: omissão, compatibilidade e necessidade" (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 49).

298 Idem, p. 48.

299 Confira-se, por todos: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 125-126.

300 "Três são as principais espécies de lacunas: 1ª) *normativa*, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) *ontológica*, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretaram o ancilosamento da norma positiva; 3ª) *axiológica*, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta" (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 442).

301 CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: _____ (org.). *Curso de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 67.

Isso porque o sistema processual comum está assentado sobre bases diversas daquelas que sustentam o processo do trabalho.

Exemplo disso é a diferença de matriz ideológica entre ambos[302] (aspecto que será melhor retratado no capítulo seguinte), o que implica maior incidência, no processo trabalhista, do princípio do inquisitivo em detrimento do princípio do dispositivo, razão pela qual Mario Pasco chegou a denominá-lo de "*processo* dispositivo atenuado *ou, se prefere,* quase inquisitivo".[303]

Não por outra razão, o art. 889 da CLT, irmão siamês do dispositivo supramencionado, prevê o regramento procedimental dos executivos fiscais como primeiro terreno no qual se deve buscar a integração de lacunas da execução trabalhista – antes mesmo do Código de Processo Civil –, considerando a afinidade dos respectivos fins, em decorrência do caráter também privilegiado do crédito tributário.

Por outro lado, desde o regime do CPC/1973, tem-se dado prevalência à escritura, o que também distingue sobremaneira os eixos procedimentais do processo do trabalho e do processo civil.

Todo esse panorama revela, assim, a importância do art. 769 da CLT para fins de preservar as elevadas e específicas funções que o processo do trabalho desempenha no ordenamento jurídico, o que, se não bem compreendido, poder acarretar o malfazejo fenômeno da *civitização* do processo laboral.[304]

É verdade que o CPC/2015, em seu artigo 15, previu a aplicação de suas normas ao processo do trabalho de forma supletiva e subsidiária,[305] o que, inclusive, levou parte da doutrina a cogitar a revogação tácita do art. 769 da CLT.[306]

---

[302] "Com efeito, o processo civil ainda corresponde, em muitos países, às preferências ideológicas e às exigências materiais de grupos já firmemente consolidados no poder, e por isso mesmo conservadores, que tendem mais a frear do que a acelerar; que visam mais ao formalismo do que à simplificação; que preferem exceder em garantias do que permitir o dinamismo renovador do juiz" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo trabalhista e processo comum cit., p. 89).

[303] PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 61.

[304] "Alguns operadores jurídicos, por dominarem o Processo Civil e com ele terem afinidade, incorporam seus princípios e os aplicam generalizadamente, em detrimento da identidade do Processo do Trabalho (é a *civitização*). O erro vem logo desde o concurso para a Magistratura, cuja sentença, p. ex., exige muito conhecimento de Processo Civil e pouco do histórico Processo do Trabalho. Então, muitas vezes, os candidatos aprovados são os processualistas civis, que conhecem o Processo do Trabalho só na sua superficialidade e caem de pára-quedas na Justiça do Trabalho" (LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do direito processual do trabalho* cit., p. 161).

[305] "[...] a) *supletiva* ocorreria quando *houvesse* norma expressa na CLT, mas insuficiente para alcançar, com eficiência, os seus objetivos práticos, razão por que a regra do CPC a auxiliar na consecução desse

No entanto, deve-se recordar que o art. 769 da CLT é especial em relação ao art. 15 do CPC/2015, ainda que este último se trate de norma mais recente, o que, portanto, afasta, de plano, a tese da revogação tácita (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*).[307]

Ademais, a previsão de supletividade não inova na compreensão do art. 769 da CLT, pois esta nada mais é do que a hipótese de omissão parcial no texto celetário, aspecto com o qual já se convivia tranquilamente antes mesmo da edição do CPC/2015.

Cite-se, por exemplo, as hipóteses de impedimento do juiz, uma vez que, apesar de a CLT (art. 801) só mencionar a suspeição como circunstância caracterizadora da parcialidade do magistrado, a doutrina laboralista sempre admitiu tranquilamente a aplicação do então art. 134 do CPC/1973 – que regulava as situações de impedimento. Embora sob o manto da subsidiariedade, o raciocínio expressava evidente dimensão de supletividade.[308]

Por outro lado, deve-se lembrar, como visto *supra*, que o art. 769 da CLT opera em raio mais amplo, pois alude a *direito processual comum*, e não apenas ao Código de Processo Civil,[309] o que reforça a percepção de que o dispositivo celetista se mantém hígido.

Essa é, inclusive, a conclusão que se extrai dos debates legislativos que ensejaram a inclusão dos processos trabalhistas no texto do art. 15 do CPC/2015.[310]

---

escopo; b) *subsidiária* se verificaria nos casos de omissão na CLT, quando, então, a norma da CLT teria a finalidade de suprir essa lacuna, de colmatá-la, por assim dizer" (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 48).

306 MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 70.

307 "Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente" (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis, 1989. p. 108). Ressalte-se, entretanto, que o autor reconhece que essa relação de prevalência deve ser recebida com cautela e enseja maior nível de controvérsia.

308 "É evidente que a subsidiariedade das demais hipóteses previstas no referido art. 134 se faz mister no processo do trabalho – tanto para juízes togados como leigos, e em quaisquer Tribunais e graus de jurisdição" (COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho* cit., p. 79).

309 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho* cit., p. 157.

310 No relatório final do Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, que resultou no texto do CPC/2015, apresentado em 8/12/2014, da lavra do Senador Vital do Rêgo, houve expressa rejeição aos requerimentos formulados pelos Senadores Romero Jucá e Álvaro Dias, que pretendiam ver retirada a menção do art. 15 do CPC/2015 aos processos trabalhistas. Dentre os fundamentos para a não acolhida, constou expressamente que "o dispositivo em pauta irmana-se com o art. 769 da CLT". Disponível em:

Dessa maneira, forçoso concluir que o art. 769 da CLT continua hígido e vigente, atuando como mecanismo fundamental para a garantia do enfoque instrumentalista do processo do trabalho, sendo "essencial para a salvaguarda da Justiça do Trabalho, do juiz social e, consequentemente, dos direitos trabalhistas".[311]

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&ts=1543036090280&disposition=inline>. Acesso em: 7 jan. 2019.

311 MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho:* e as ideias fora de lugar do novo CPC. São Paulo: LTr, 2015. p. 39.

4 A CONSULTA PRÉVIA SOBRE FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SUA DESNECESSIDADE NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

4.1 Considerações iniciais

O trajeto percorrido nesta pesquisa, até então, visava a sedimentar e aplainar o caminho que será trilhado para o exame da hipótese central objeto deste trabalho, adiante desenvolvida. As ideias já expostas nos capítulos anteriores, portanto, tinham como objetivo fixar e identificar os temas de elevada importância para a análise tão mais completa quanto possível de todos os aspectos que gravitam em torno da importação do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho.

Nesse contexto, uma primeira observação se faz importante: a proposta apresentada neste capítulo diz respeito especificamente à consulta prévia das partes sobre os fundamentos jurídicos a serem eventualmente adotados na decisão. Em relação às questões fáticas, como se viu no Capítulo 2,[312] a regra do art. 10 do CPC/2015 não traz grandes novidades, pois a impossibilidade de o juiz decidir com base em fatos não submetidos ao conhecimento prévio das partes era decorrência natural do sistema processual civil, influenciando, igualmente, a compreensão do processo trabalhista.

Isto é, a impossibilidade de o juiz decidir com base em fatos que não foram alegados pelas partes ou não emergiram da prova dos autos – os quais, portanto, não tiveram o seu debate oportunizado – é decorrência natural do princípio do dispositivo e da inércia da jurisdição, assim como elemento protetor da imparcialidade do julgador.

Feito esse esclarecimento, importa destacar que a exigência de consulta prévia sobre os fundamentos jurídicos a serem adotados na decisão, em âmbito trabalhista, constitui matéria que desafia incursões relativas à colisão entre os direitos fundamentais ao contraditório e à efetividade do processo, permitindo iniciar a argumentação a partir do debate em nível constitucional, sem o qual a análise do tema ficaria empobrecida e subdimensionada.

---

[312] Capítulo 2, item 2.3, subitem 2.3.1.

Pretende-se, pois, identificar em que medida tais direitos fundamentais se chocam e em que proporção se pode – e se deve – sacrificar um em detrimento do outro, ao mesmo tempo também em que se almeja identificar as possibilidades de conformação dessas garantias constitucionais. Afinal, a busca por um modelo ideal de processo desafia, naturalmente, a capacidade de equacionar a permanente tensão entre a segurança e a celeridade.

Nesse percurso, coteja-se também o arquétipo procedimental do processo do trabalho, previsto em nível infraconstitucional, com o intuito de traçar um paralelo com o modelo do processo civil, comparando alguns dos valores, estruturas e ferramentas de cada um dos sistemas, de forma a permitir uma avaliação mais acurada sobre a aplicação da norma civilista ao processo laboral.

4.2 A colisão entre o princípio do contraditório e o princípio da efetividade do processo

4.2.1 A colocação do problema

Contraditório e efetividade são duas importantes facetas do chamado *modelo constitucional de processo civil* sem as quais o sistema processual ficaria incapacitado de atingir a contento sua finalidade e, em vez de instrumentalizar a distribuição da justiça, passaria a sufocá-la. Assim, as normas fundantes do modelo processual traçado pela CFRB/1988 revelam que a configuração do sistema deve ser capaz de realizar uma justa acomodação entre as diversas espécies de garantias do cidadão em juízo.

Essa acomodação visa a harmonizar as contraposições, como meio de se alcançar "a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros".[313]

Com efeito, no âmbito da Ciência do Direito, conforme já destacado em passagem anterior, o período Pós-Segunda Guerra foi caracterizado, entre outros, pelo crescente reconhecimento da força normativa das constituições, que deixaram de ser concebidas como meras declarações políticas de valores e passaram a ser encaradas como

[313] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 1225.

efetivas normas jurídicas, com aptidão para influir concretamente na conduta de seus destinatários.

Destacam-se, nesse movimento, as célebres lições de Konrad Hesse, para quem a "Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social".[314]

Associado a isso, a mudança do paradigma hermenêutico passou a grassar em torno da centralidade da dignidade do homem, como valor supremo para a compreensão e a interpretação de todo ordenamento jurídico, gerando uma crescente demanda e uma especial atenção à temática dos direitos fundamentais.[315]

Nesse contexto, também o direito processual passou a sofrer os influxos desses novos ventos hermenêuticos, permitindo sedimentar-se a noção de que as garantias processuais também se inseririam nessa vasta gama de direitos fundamentais, a reclamar dos processualistas, pois, uma revisitação dos institutos e do próprio processo em si, à luz do papel que as normas constitucionais sobre eles exercem.[316]

Esse movimento de progressiva revisitação culminou na propagação do chamado modelo constitucional de processo civil – entendido por "civil" o "não penal"[317] –, isto é, o arquétipo processual reclamado pelas constituições democráticas que influenciaria toda a atividade de criação, interpretação e aplicação das normas processuais.[318] Sua inobservância, assim, acarretaria violação direta aos mais excelsos

---

[314] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991. p. 24.

[315] "É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60).

[316] "Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios" (CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 85).

[317] A expressão é utilizada no contexto de sinonímia com a de devido processo constitucional ou, simplesmente, devido processo legal, sob o aspecto formal (*procedural due process*).

[318] Discorrendo sobre as características gerais do modelo constitucional do processo civil italiano, Andolina e Vignera identificam essa influência das normas processuais constitucionais com o atributo da *expansividade*: "consistente na sua aptidão (como consequência da supremacia das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia conferida pelo legislador ordinário aos diferentes processos jurisdicionais, a qual (a fisionomia) deve ser compatível com a conotação daquele modelo" (tradução nossa) (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990. p. 14). No original:

direitos fundamentais de natureza processual, eivando, assim, da pecha de desacordes à CFRB/1988 as construções jurídicas que dele se dissociassem.

Aliás, essa inovação na perspectiva científica do estudo do processo é apontada, inclusive, como um dos grandes signos da atual fase de desenvolvimento por que passa a Ciência Processual, o que já tem levado alguns estudiosos a defender que essa característica acarreta uma superação da terceira fase de evolução do Direito Processual Civil (fase instrumentalista) pelo nascimento de uma outra.[319]

Nesse contexto, a partir da análise realizada no Capítulo 1 deste estudo, há segurança em admitir-se que tanto o contraditório como a efetividade do processo podem ser considerados integrantes desse rol de direitos fundamentais que compõem o modelo constitucional de processo não penal, estando ambos previstos nas normas constitucionais processuais, assim como em diversos tratados internacionais consagradores de direitos humanos. Ao lado desses, ademais, outros direitos fundamentais de natureza processual também se ajuntam, como a garantia do juiz natural, a publicidade do processo, o direito à produção probatória, a motivação das decisões, entre outros.

Ocorre que, como sói acontecer com a grande maioria dos direitos fundamentais, sua estrutura de normas-princípio, embora permita a identificação inicial de seu conteúdo, não viabiliza conhecer, *a priori* e abstratamente, todo o alcance normativo concreto que encerram, notadamente, em razão das permanentes colisões entre direitos fundamentais que consagram valores antagônicos – como no caso do contraditório e da efetividade.

Assim, o raciocínio é silogístico: se o modelo constitucional de processo não penal é composto, principalmente, por normas principiológicas e se estas desafiam a

---

"consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme constituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello".

319 "Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. [...]

O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição" (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*... cit., p. 52). Também defendendo a existência de uma nova fase metodológica do estudo do processo, a que denomina de *neoprocessualismo*: CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 500.

necessária análise do caso concreto para que possam ser devidamente densificadas, pode-se concluir, então, que também esse mesmo modelo não possui conformação prévia rígida, sendo adaptável conforme as necessidades fáticas. Daí por que não é possível estabelecer, de forma prévia, rígida e abstrata, senão à luz das circunstâncias fáticas, qual ou quais dos diversos vetores integrantes do modelo constitucional deverão ser fortalecidos ou mitigados no processo.[320]

Essa ideia poderia ser ilustrada com a analogia à atividade de sonoplastia.

Com efeito, sabedor da importância da correta equalização das frequências de ondas graves, médias e agudas, com vistas a garantir a melhor qualidade do som aos seus ouvintes, o profissional sonoplasta altera os parâmetros de intensidade de cada uma dessas ondas conforme, por exemplo, o estilo musical a ser reproduzido. Assim, também o legislador e o intérprete são chamados a conformar os elementos integrantes do modelo constitucional de processo não penal, permitindo alterar os parâmetros de intensidade das diversas ferramentas que o compõem, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas o exijam.[321]

Nesse ínterim, trazendo esse enredo para o objeto deste trabalho, o desafio que se põe ao legislador e ao intérprete é conseguir equilibrar, na justa medida, as intermitentes tensões constatadas entre as dimensões do contraditório (segurança) e da efetividade (celeridade), colisão essa bem traduzida pela célebre frase de Carnelutti: "se a Justiça é segura, não é rápida; se é rápida, não é segura".[322]

---

[320] Aludindo à adaptabilidade do modelo constitucional de processo civil pelo legislador, à luz de especiais objetivos a serem perseguidos, Andolina e Vignera apontam o seguinte atributo do referido modelo: "[...] *variabilidade*, indicando a sua capacidade de assumir diferentes formas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das ferramentas do processo em sua atuação concreta pode ocorrer segundo variadas modalidades, tendo em vista a busca de objetivos particulares". (tradução nossa) (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano* cit., p. 14). No original: "[...] *variabilità*, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l´adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi".

[321] "E, assim, conclui-se que são quatro os temas de interesse vital, relacionados com o modo de ser do processo, para a presente investigação: *contraditório*, *inquisitividade*, *prova* e *procedimento*. Nenhum deles tem valor absoluto, nem deixará de haver superposições, nem talvez seja exaustivo o elenco, mas a consideração desses quatro pontos é bastante satisfatória e seguramente o modo como sejam empiricamente tratados repercutirá no grau de efetividade da tutela jurisdicional através do processo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 337).

[322] "[...] se la giustizia è sicura non è rápida, se è rápida non è sicura" (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo* cit., p. 154).

Isto é, se o contraditório fosse eliminado por completo do processo, indiscutivelmente, ter-se-ia uma tramitação que atenderia aos reclamos da celeridade, prestigiando essa importante dimensão consagradora da efetividade processual. No entanto, referida arquitetura processual, fatalmente, poderia conduzir a enormes injustiças, na medida em que a ausência do contraditório acarretaria visão limitada e unilateral do conflito por parte do julgador, colocando em xeque a missão do processo de cumprir integralmente os seus escopos.

Por outro lado, se, em nome da segurança jurídica e da busca desmesurada pelo maior grau de certeza, as regras do processo ensejassem mais e mais mecanismos potencializadores do contraditório – aumento das oportunidades de manifestação das partes, previsão de prazos exacerbados, grande variedade de modalidades recursais –, a efetividade processual poderia ser seriamente comprometida e levada às raias do nada. Em ambas as situações, entretanto, o processo deixaria de atender ao seu modelo ideal e aos elevados fins a que se destina.

Situando o problema com a clareza que lhe é peculiar, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera:

> A aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo que se pretende alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade, e em contrapartida incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. De tal sorte, o grande desafio do legislador ou do aplicador do direito processual é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente conflito, e nada obstante complementares.[323]

A questão, então, reside em saber como equacionar a tensão entre as referidas garantias e, ao mesmo tempo, prestigiar inteiramente o modelo processual traçado pela CRFB/1988, levando-se em consideração as especiais finalidades que o processo trabalhista é chamado a cumprir. O equilíbrio entre os referidos valores, pois, permitirá a gestação de uma solução capaz de atender com maior êxito a esse objetivo.

---

[323] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 23, jan. 2008. Em sentido semelhante, José Rogério Cruz e Tucci: "Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo ('tempo fisiológico'), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário ('tempo patológico'). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça do caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional" (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas cit., p. 237).

4.2.2 Os princípios como normas jurídicas e os critérios para solução das colisões entre direitos fundamentais

Como já sinalizado no tópico anterior, contraditório e efetividade são direitos fundamentais de natureza processual que consagram importantes valores para a justeza do modelo constitucional de processo. Na condição de direitos fundamentais, ambos ostentam a estrutura de princípios, correspondendo, pois, a uma das categorias da norma jurídica.

Com efeito, é lição com alto grau de aceitação no âmbito da Ciência do Direito que os princípios jurídicos não detêm mais uma força meramente interpretativa ou informativa, senão também uma força normativa primária, com eficácia de autênticas normas jurídicas, capazes de expressar padrões de conduta e de serem invocadas na defesa de direitos ou exigência de deveres.

Os ensinamentos de Ronald Dworkin, em seu "ataque geral contra o positivismo",[324] propugnando por uma reaproximação entre o Direito e a Moral, lançaram importantes luzes sobre o fato de que o ordenamento jurídico não é composto apenas por normas com alto grau de objetividade e especificidade como as regras, que são satisfeitas segundo esquemas absolutos de aplicação e incidência.

De acordo com o autor americano, o ordenamento jurídico também é composto por expressões jurídicas inespecíficas, que fornecem razões para o regramento das condutas, na ausência de outras razões em sentido contrário, condensadas, de forma ampla, sob a denominação de princípios, cujas consequências jurídicas, diferentemente das regras, não se extraem automaticamente quando as condições fáticas são preenchidas.[325]

Robert Alexy, a seu turno, influenciado pelas lições de Dworkin, em feliz e conhecida enunciação sobre o tema, também defende que tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, pois:

> [...] ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que

[324] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 33.

[325] Idem, p. 40.

> de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.[326]

A distinção entre princípios e regras, pois, é tema de elevada importância para a compreensão do direito, assim como para o objeto deste trabalho, na medida em que a solução do problema colocado no subtópico anterior perpassa, fundamentalmente, pela forma de enfretamento e pelas distintas consequências produzidas na resolução do choque entre princípios ou entre regras.

Nesse contexto, a premissa científica tradicionalmente adotada para o fim de distinguir princípios e regras parte da análise do grau de abstratividade das referidas espécies normativas: enquanto os princípios seriam dotados de alto grau de abstratividade, com disposições genéricas e de baixa especificidade quanto ao suporte fático sobre o qual incidem, as regras seriam caracterizadas pelo maior grau de concretude, com aderência mais facilmente identificável às situações fáticas que pretendem tutelar.[327]

Além desse, outros critérios distintivos das duas espécies normativas também costumam ser elencados, como, por exemplo, a maior ou menor ligação das referidas categorias com a dimensão axiológica do direito, o grau de importância da norma investigada para a estruturação da ordem jurídica[328] ou, ainda, a circunstância de os princípios serem o fundamento para as regras.[329]

No entanto, a premissa adotada nesta pesquisa acompanha as lições de Robert Alexy,[330] para quem a distinção entre regras e princípios não pode ser feita simplesmente a

---

[326] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

[327] "Assim, o melhor traço para distinguir as normas, as regras, dos princípios é o maior grau de abstração destes, pois não se reportam a qualquer descrição de situação fática (hipotética) em específico, adquirindo, assim, a nota da máxima abstratividade (objetividade)" (TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais:* considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34).

[328] "Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 92).

[329] Para uma visão panorâmica, porém eloquente e rica, acerca da evolução científica e das diferentes propostas sobre os critérios diferenciadores de princípios e regras, conferir: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 55-60.

[330] O objeto e os limites da presente pesquisa não permitem um maior aprofundamento sobre as diferentes propostas científicas para distinção entre princípios e regras, razão pela qual o presente trabalho

partir do grau de abstratividade, em razão fluidez do referido critério, de forma a levar a imprecisões na classificação, até porque também podem existir regras com alto grau de abstratividade. Para o autor germânico, na realidade, a diferença entre ambos não se fundamenta no grau de abstratividade, mas, sim, na distinta dimensão qualitativa da funcionalidade com que operam no ordenamento jurídico.[331]

Nas célebres palavras do referido autor:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...]
>
> Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.[332]

Dessa maneira, os princípios ostentariam o caráter de normas *prima facie*, isto é, devem ser satisfeitos tanto mais quanto possível, dentro das limitações fáticas – o conteúdo e alcance do princípio só podem ser plenamente densificados à luz de uma dada situação fática – e normativas – a aplicação de um dado princípio depende das demais normas (princípios e regras) que a ele se contrapõem. Já as regras, ao revés, ou são realizadas ou não, sem a possibilidade de avaliação de eventuais graus de satisfação, exigindo a sua observância sempre de forma definitiva.

Referida diferenciação entre as duas espécies normativas costuma ser mais visivelmente identificada quando se analisam as hipóteses de antagonismo e as formas de solução desses impasses.

Com efeito, o conflito entre regras, decorrente de normas que conduzem a resultados contraditórios entre si, é resolvido pela a invalidação de um delas, com o

---

estruturará a sua argumentação a partir da definição doutrinária indicada, por parecer a mais convincente ao autor.

331 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 90.

332 Idem, p. 90-91.

reconhecimento da sua exclusão do ordenamento jurídico, fazendo valer apenas a outra.[333] Para tanto, são utilizados os tradicionais critérios de solução de antinomias, como o critério da especialidade, o cronológico etc.[334]

O conflito entre regras pode, ainda, ser solucionado pela inserção de uma hipótese de exceção a uma das normas em conflito, reputando-se ambas válidas, desde que temperadas pela hipótese excetiva.

Robert Alexy exemplifica essa segunda forma de solução (introdução de uma exceção nas regras em conflito) com o exemplo de duas regras antagônicas: a que determina aos alunos o dever de permanecer na sala até o sinal sonoro de encerramento da aula e a que prescreve o dever de deixar a sala imediatamente em caso de ser tocado o alarme de incêndio. Ora, referidas regras, inicialmente, conduzem a resultados absolutamente distintos e contraditórios, caso observadas simultaneamente, acarretando a hipótese de conflito: afinal, soado o alarme de incêndio, antes do sinal de encerramento da aula, deve-se ou não deixar a sala?

A proposta do autor, então, é solucionar o conflito por meio da inserção de uma situação de exceção à primeira regra, de forma que ambas poderiam conviver validamente. Nas situações em que a introdução dessa hipótese de exceção, entretanto, não se mostrar possível, a solução, então, será a invalidação de uma em benefício da outra.[335]

Já no que tange às colisões entre princípios, a mesma forma de solução não pode ser aplicada. Tratando-se de normas *prima facie*, isto é, que devem ser realizadas tanto mais quanto possível, eventual colisão entre princípios deve ser resolvida na *dimensão do peso*.[336] Assim, à luz de uma dada situação fática em exame, para a qual, abstratamente, incidem dois ou mais princípios colidentes, que regulam o referido caso de forma

---

[333] "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 39).

[334] Idem, p. 43.

[335] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 92.

[336] "Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 42).

contraditória, deve-se avaliar qual deles terá prevalência no caso analisado, sem que isso implique, todavia, a invalidação de um pela precedência do outro.

Ou seja, essa prevalência deverá ser construída à luz das circunstâncias fáticas presentes no caso em exame, podendo, em uma dada situação, haver a prevalência do princípio A em detrimento do princípio B e em outras condições de fato, com base em outras circunstâncias, o princípio B prevalecer sobre A.

Para ilustrar a ideia surpraexposta, pode-se tomar como exemplo o tema da revelia e suas consequências processuais.

Prestigiando a efetividade em detrimento do contraditório, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, à semelhança do que já ocorria com o Código de 1973, que, na hipótese de o réu não contestar a ação, operar-se-ia a revelia, situação que, como regra, implicaria a presunção de veracidade dos fatos descritos pelo autor (art. 344 do CPC/2015). No mesmo sentido, a disposição do art. 844 da CLT, quanto ao processo trabalhista, ressaltando-se que, antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, que incluiu o § 5º ao dispositivo, a revelia decorreria da mera ausência da parte reclamada à audiência, segundo o entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho (Súm. 122).[337]

No entanto, dando prevalência ao contraditório em detrimento da efetividade, resguardou o legislador ao réu revel a possibilidade de produção de provas, para fazer contraposição às alegações da parte autora, desde que comparecesse nos autos até o momento oportuno de sua produção (art. 349 do CPC/2015).

O exemplo confirma, assim, o raciocínio até então empreendido: a prevalência de um princípio em relação a outro varia conforme a situação fática examinada. Na primeira situação, houve precedência da efetividade em detrimento do contraditório; já na segunda, o inverso.

Colocadas essas premissas, compreendendo-se, então, que a estrutura das normas principiológicas remete à necessária ideia de colisão entre enunciações de dever-ser antagônicas, a questão central reside em saber como aferir, diante de um dado caso

---

[337] Registre-se que a inclusão do § 5º ao art. 844 da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, implicou modificação dessa tradicional conceituação do instituto de revelia no processo do trabalho, ante a determinação para que o juiz receba a contestação e os documentos, caso o advogado da parte reclamada esteja presente na audiência. Nesse sentido: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista:* as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017 e pela Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 293.

concreto, o peso que deve ser atribuído a cada um dos princípios colidentes, de forma a aquilatar qual deles deverá ter preferência em relação ao outro para a regulação de uma dada situação específica.

Para tanto, comparece em cena o consagrado princípio da proporcionalidade, como chave-mestra para a solução dessas colisões.[338]

Referido princípio, cuja aplicação era, inicialmente, voltada ao problema das limitações realizadas pelo Poder Executivo na esfera da liberdade individual – tanto que também enunciado como *princípio da proibição do excesso*[339] –, passou, após a Segunda Guerra, a ser utilizado como grande mecanismo de controle de quaisquer atos do Poder Público, desfrutando de especial relevo na temática da colisão e restrição dos direitos fundamentais.

Sua enunciação tradicional costuma subdividi-lo em três célebres máximas: a da adequação, a da necessidade (ou exigibilidade) e a da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação prescreve ao legislador ou ao intérprete que a cogitação de determinada medida, que, com o fim de satisfazer o direito fundamental A, também acarretará interferência em outro direito fundamental B, deve ser adequada ao objetivo a que se destina (realização do direito fundamental A), sob pena de não se justificar a interferência no direito fundamental B. Assim, inicialmente, a implementação da medida só será válida se, de fato, for adequada a realizar o direito fundamental A.

Analisando a referida máxima, Humberto Ávila faz importantes considerações acerca dos parâmetros de avaliação da adequação de uma dada medida ao fim a que se destina, enfatizando que essa adequação pode ser apurada a partir dos seguintes critérios: a) abstração (será adequada a medida que, em tese, mostrar-se capaz de realizar determinado fim) ou concretude (será a adequada apenas a medida que, concretamente, mostrar-se capaz de realizar um fim); b) generalidade (será adequada a medida que se mostrar capaz de realizar determinado fim na maioria dos

---

338 A adoção, neste trabalho, da designação da proporcionalidade como *princípio* decorre exclusivamente do fato de ser esta a sua mais conhecida nomenclatura. Não se está, pois, a tomar posição no debate acerca da natureza do referido enunciado. Sobre o assunto, defendendo ostentar a proporcionalidade uma estrutura de regra: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 168-169. Aludindo ao seu enquadramento como *postulado normativo aplicativo*: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos cit., p. 175-176.

339 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 266.

casos) ou particularidade (será adequada a medida que se mostrar capaz de realizar determinado fim em todos os casos); e c) antecedência (será adequada a medida que, no momento da sua escolha, mostrava-se capaz de realizar o fim) ou posteridade (será adequada a medida que no momento posterior à sua adoção se mostrou capaz de realizar o fim).[340]

Já a máxima da necessidade (ou exigibilidade) informa que, havendo mais de uma medida possível para a realização do direito fundamental A, com o mesmo grau de intensidade, sendo todas capazes de gerar interferência no direito fundamental B, deve-se optar por aquela que implicará menor restrição a este último, de forma a se exigir "sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão".[341]

Nesse ponto, digna de nota é a observação de Virgílio Afonso da Silva, para quem a compreensão da referida máxima deve, primeira e necessariamente, avaliar o grau de eficiência da medida na satisfação do direito fundamental A, e não somente a intensidade da restrição operada no direito fundamental B. Isto é, só se justificaria a escolha da medida menos gravosa ao direito fundamental B se todas as medidas em comparação realizassem com a mesma eficiência o direito fundamental A.

Nas palavras do referido autor:

> Nessa comparação, como se percebe, duas são as variáveis a serem consideradas: (1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. É claro que, tratando-se de duas variáveis, é necessário que se decida qual é a mais importante. Em geral fala-se na necessidade como a busca do "meio menos gravoso", o que pode dar a entender que se deve dar *sempre* preferência à medida que restrinja menos direitos. Mas isso somente é assim caso as medidas sejam igualmente eficientes na realização do objetivo. Nesse caso – *e somente nesse caso* – deve-se da preferência à medida menos gravosa.[342]

Em seguida, aludindo à possibilidade de que, na comparação entre duas medidas, uma possa realizar mais eficientemente o direito fundamental A, mas com maior restrição ao direito fundamental B, e outra, ao revés, possa realizar menos eficientemente o direito fundamental A, mas acarrete menor restrição ao direito

---

[340] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos cit., p. 210-211.

[341] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 270.

[342] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...* cit., p. 171-172.

fundamental B, arremata o autor: "decisiva, no exame da necessidade, é a eficiência da medida".[343]

Importante destacar também a precisa observação de Mendes, Coelho e Branco, com amparo nas lições da doutrina tedesca, enfatizando a maior relevância na análise da necessidade em comparação com a da adequação, pois, se a avaliação da necessidade restar demonstrada, por consequência lógica, estará também presente a adequação, ao passo que o raciocínio inverso não será obrigatoriamente verdadeiro: "apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*".[344]

E, por fim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde ao sopesamento em si dos princípios envolvidos em rota de colisão, desafiando o ônus argumentativo do intérprete ou do legislador para o fim de justificar a prevalência do direito fundamental A e a restrição do direito fundamental B, por meio da medida já reputada adequada e necessária.

Segundo Alexy, a referida máxima enuncia que, "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro".[345] Esse último critério pode ser identificado por meio de uma relação de custo-benefício, de forma que as vantagens advindas da realização do direito fundamental A devem ser superiores às desvantagens da restrição ao direito fundamental B.

Virgílio Afonso da Silva assevera, ainda, que essa terceira máxima (proporcionalidade em sentido estrito) se justifica exatamente para evitar situações de flagrante excesso na restrição a direitos fundamentais. Exemplificando o raciocínio com a hipótese de proibição de qualquer atividade jornalística sob o pretexto de proteger o direito à intimidade, esclarece o jurista:

> A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias,

---

343 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...* cit., p. 172.

344 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., p. 366.

345 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 593.

> restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.[346]

Nesse contexto, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito desafia do intérprete e do legislador uma capacidade de justificar racionalmente, por meio da argumentação, a prevalência dos benefícios advindos da medida realizadora do direito fundamental A em detrimento dos prejuízos que a mesma medida acarretará no direito fundamental B.

4.3 A desnecessidade de consulta prévia sobre fundamentos jurídicos no direito processual do trabalho

4.3.1 Consulta prévia sobre fundamentos jurídicos, efetividade e proporcionalidade

À luz do que se expôs no tópico anterior, pode-se compreender que a colisão entre direitos fundamentais, com estrutura de normas principiológicas, só pode ser resolvida partindo-se de um dado elemento fático.

Não se quer com isso dizer que a colisão só poderá ser resolvida com base em um dado caso concreto – embora tal circunstância facilitasse esse objetivo –; está-se a dizer, sim, que a solução da colisão demandará, como ponto de partida, determinada reunião de elementos fáticos para que possa ser empreendida. Sem essas circunstâncias fáticas mínimas, verifica-se inviável, segundo a premissa metodológica adotada nesta pesquisa, compreender qual dos referidos direitos fundamentais – contraditório ou efetividade – deve ter precedência.[347] Aliás, é exatamente isso que o legislador faz quando, precisando regular uma situação para a qual concorrem dois ou mais princípios conflitantes, positiva regra que estabelece a relação de prevalência entre eles.

---

[346] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*... cit., p. 175.

[347] Essa também é a lição de Virgílio Afonso da Silva, aludindo ao conceito dúplice de *caso concreto*: "A expressão 'caso concreto' pode significar duas coisas distintas: (1) *caso concreto* pode significar, na forma como pode compreendida também em sua acepção não-técnica, a decisão de um caso específico por parte do *Judiciário* (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); (2) mas *caso concreto* pode também significar algo menos concreto [...] uma decisão do *legislador* acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se, por um lado, é mais abstrata que um decisão judicial, não deixa de ter também sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com a importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas sua importância relativa, em uma *situação hipotética*" (Idem, p. 140).

Dessa maneira, vê-se que o legislador, no âmbito do direito processual civil, dando maior importância ao contraditório, como corolário da segurança jurídica, e visando a diminuir os poderes do juiz e a aumentar o protagonismo das partes, optou por positivar a regra do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, preferindo admitir uma tramitação mais alongada e morosa da ação e tornando, assim, "o processo civil *mais burocrático* e *menos efetivo*, ao menos nesta parte".[348] Na realidade, não só nessa passagem, mas também em diversas outras, pode-se perceber que a celeridade não foi elemento dos mais inspiradores do novo diploma.[349]

Ocorre que essa relação de prevalência estabelecida no âmbito do direito processual civil não necessariamente exige a mesma observância no direito processual do trabalho, pois, conforme exposição realizada no Capítulo 3, este é informado por princípios bastante peculiares em comparação com aquele e está estruturado para atender finalidades específicas, desempenhando função particular na atuação do ordenamento jurídico, o que impede, pois, a mera replicação do modelo de um no outro. Não por outra razão, o próprio legislador cuidou de resguardar essa notória distinção estrutural, ao positivar a já comentada regra do art. 769 da CLT.

Traçando-se um comparativo entre os referido modelos processuais, diversos exemplos podem ser colhidos acerca da opção legislativa pela prevalência da efetividade em detrimento do contraditório no âmbito do direito processual do trabalho: a) a desnecessidade de citação pessoal do réu (art. 841, § 1º, da CLT),[350] em detrimento do constante no art. 242 do CPC/2015; b) a desnecessidade de apresentação de rol de testemunhas (art. 825 da CLT) e de formalidades para eventual substituição, diversamente do que exigem os arts. 450 e seguintes do CPC/2015; c) a ampla inexistência de efeito

---

348 FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil – aproximações críticas. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 278, mar. 2015.

349 "Embora propalado como um resultado desejado, a menor duração do processo nunca esteve arrolada como um dos objetivos expressos e específicos que orientaram os trabalhos dos sujeitos que arquitetaram o novo Código de Processo Civil. [...]

Decorridos cinco anos de tramitação do projeto, pode-se reiterar, hoje, com relativa segurança, que o princípio da duração razoável do processo não foi o mote direto, imediato e expresso do projeto em qualquer uma das suas versões: na inicial, na primeira aprovada no Senado Federal ou na da Câmara dos Deputados e nem na versão final remetida para sanção após a aprovação do Senado" (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Os impactos do novo CPC na razoável duração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 241, p. 17, mar. 2015).

350 Nesse sentido, é o entendimento prevalecente na doutrina, colhendo-se, por todos: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos de processo do trabalho:* petição inicial – parte I. São Paulo: LTr, 2018. v. 8. p. 60. No mesmo caminho, está posicionada a jurisprudência do TST: E-ED-RR – 4-54.2013.5.07.0004, Rel. Ministro Breno Medeiros, julgado em 18.10.2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, *DEJT* 26.10.2018.

suspensivo aos recursos (art. 899, *caput*, da CLT), muito mais larga do que o regime processual civilista; d) a exigência de depósito em dinheiro para fins de interposição de recursos (art. 899, § 1º, da CLT); e) a necessidade de garantia do juízo para fins de apresentação de defesa no curso da fase executiva (art. 884, *caput*, da CLT); entre outras.

Essas ilustrações da relação de precedência da efetividade em detrimento do contraditório se justificam em razão das inúmeras particularidades do litígio trabalhista, já comentadas no Capítulo 3.[351]

Nesse ínterim, referidas particularidades também irradiam seus efeitos igualmente para o dilema da necessidade de consulta prévia aos litigantes, por parte do juiz, acerca de fundamentos jurídicos relevantes para a construção da decisão e suas implicações na efetividade do processo laboral.

Com efeito, à míngua de normatização específica no âmbito do processo trabalhista, bem como considerando a força da disposição contida no art. 769 da CLT, necessário se faz analisar se o reproche à regra do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 se justifica na análise da colisão entre o contraditório e a efetividade, à luz do princípio da proporcionalidade.

Dessarte, segundo todo o exposto neste capítulo, pode-se sustentar, com razoável segurança, que a necessidade de consulta prévia às partes sobre fundamentos jurídicos pode ser elencada como a medida (M_1) que visa à satisfação do direito fundamental ao contraditório, sob a dimensão da influência e da não surpresa (D_1), mas que causa clarividente restrição à efetividade do processo (D_2), notadamente, no que tange à dimensão da celeridade.

4.3.1.1 Adequação

Submetendo o esquema supramencionado às máximas do princípio da proporcionalidade, é intuitiva a percepção inicial de que a medida M_1 é adequada a satisfazer o contraditório, sob a roupagem do direito de influência e de não surpresa (D_1), cumprindo a primeira dimensão da proporcionalidade (adequação).

---

[351] Capítulo 3, item 3.1.

No entanto, essa conclusão intuitiva não é de todo infalível, ao se recordar, por exemplo, que, no processo do trabalho, admite-se o exercício do *ius postulandi*, conforme já visto no Capítulo 3,[352] como mecanismo de superação das barreiras de acesso à justiça.

Ora, ao se pensar na ideia de que, na ação trabalhista, as partes podem atuar sem representação técnica – e, portanto, como regra, sem conhecimento técnico-jurídico –, a referida medida (M_1) perde consideravelmente sua capacidade de incrementar a segurança no processo e realizar o direito ao contraditório (D_1), uma vez que o poder de influenciar a decisão será extremamente reduzido ou até mesmo inexistente.

Nessas hipóteses, é manifestamente previsível que a referida consulta, no mais das vezes, não exercerá qualquer tipo de influência na formação do convencimento jurídico do magistrado, uma vez que as manifestações – se apresentadas –, muito provavelmente, não tocarão em questões dessa natureza.

Cite-se, por exemplo, o caso de eventual consulta prévia às partes acerca da incompetência material, da ocorrência de prescrição ou decadência, da incidência de precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal ao caso, entre outros. Se até mesmo para os técnicos operadores do direito essas matérias são, muitas das vezes, complexas e espinhosas, quanto mais para aqueles que não detêm o conhecimento específico para tanto. Nessas hipóteses, não há sequer falar em surpresa, pois não há como sustentar que a parte esperava a decisão à luz deste ou daquele fundamento jurídico.

Obviamente, não se trata de defender que o domínio do conhecimento jurídico seja restrito aos técnicos do direito e àqueles que se formaram nos bancos das faculdades, mas, sim, de avaliar e projetar a real probabilidade da adequação da medida ao fim a que se destina, tomando-se por base aquilo que ordinariamente acontece.

Todos aqueles que atuam e militam no dia a dia forense hão de reconhecer que, empiricamente, o ordinário e usual é que as partes não disponham de condições para antever as implicações jurídicas que os fatos controvertidos podem gerar. Com as devidas adequações, seria o mesmo que um paciente, que não detivesse conhecimentos de medicina, viesse a pretender discutir, em nível científico, com o médico que o acompanha.

---

[352] Capítulo 3, item 3.3.

Essa ideia, entretanto, poderia ser objetada, defendendo-se a necessidade de o legislador exigir a representação técnica também no processo do trabalho, viabilizando, assim, a possibilidade autêntica de a parte influenciar no convencimento do magistrado.

Entretanto, eventual solução nesse sentido demandaria a prestação de uma assistência jurídica efetivamente gratuita e integral por parte do Estado, o que, como se sabe, infelizmente, ainda não ocorre e, dificilmente, ocorrerá, ante as limitações orçamentárias para a realização desse objetivo.

Veja-se, por exemplo, que a própria Defensoria Pública da União não realiza, como regra, atendimentos a causas de natureza trabalhista, ante a insuficiência de sua estrutura, conforme o disposto nos arts. 3º e 4º da Portaria GABDPGF/DPGU n. 01/2007.

Também os sindicatos, a quem os trabalhadores poderiam, em tese, recorrer para a obtenção da assistência jurídica, conforme disposto no art. 14 da Lei n. 5.584/1970, já não dispõem mais das mesmas condições financeiras de outrora, estando extremamente colapsados pela nova redação dada aos arts. 578 e 579 da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, que tornou facultativa a contribuição destinada ao seu custeio.

Ademais, não é ocioso lembrar que há localidades em que essas entidades necessitam empreender esforços hercúleos para conseguir atuar, o que, inclusive, potencializa sobremaneira a necessidade do *ius postulandi* como ferramenta de viabilização do acesso à justiça. Exigir a representação técnica por advogado iria de encontro a esses reclamos, sendo o *ius postulandi* estrutura basilar do processo trabalhista brasileiro pelas razões já expostas no Capítulo 3.

De qualquer forma, forçoso concluir pelo preenchimento, como regra, da máxima da adequação pela medida (M_1), considerando o padrão mais usual das reclamações trabalhistas – que é, de fato, a representação técnica das partes por advogado –, não obstante essa percepção possa ser posta em xeque de acordo com as considerações tecidas.

4.3.1.2 Necessidade

Reconhecendo-se o preenchimento, como regra, da máxima da adequação pela medida (M_1), cabe prosseguir na análise do tema por meio de sua submissão às demais máximas do princípio da proporcionalidade.

Assim, sujeitando a medida (M_1) à dimensão da necessidade (ou exigibilidade), duas dúvidas básicas se oporiam: (i) é mesmo eficiente, para resguardar a segurança jurídica, exigir a consulta prévia das partes, acerca dos fundamentos jurídicos a serem adotados na decisão e não anteriormente debatidos no processo, no âmbito do direito processual do trabalho? E (ii) qual o nível de agressão à efetividade gerado pela adoção da medida?

Respondendo à primeira questão, cabe registrar, inicialmente, que as mesmas ideias desenvolvidas anteriormente, em referência à máxima da adequação e ao *ius postulandi*, comparecem em cena, pois não pode ser considerada como necessária uma medida que sequer foi reputada adequada. Se o processo trabalhista é marcado pela institucionalização da capacidade postulatória das próprias partes, utilidade alguma haveria em atrasar o andamento do processo para a realização dessa consulta prévia sobre os fundamentos jurídicos nas hipóteses de *ius postulandi*, não sendo, pois, justificável a restrição na efetividade (D_2) realizada pela medida (M_1), ante o seu baixo nível de eficiência para realizar o contraditório (D_1).

Por outro lado, deve-se repisar também que no processo trabalhista vigora a desnecessidade de apresentação dos fundamentos jurídicos na petição inicial (art. 840, § 1º, da CLT), como corolário do princípio da simplicidade, sendo certo que esse mesmo princípio estende sua incidência também para a grande maioria dos atos processuais praticados por ambas as partes em sede de jurisdição ordinária, como visto anteriormente. Dessa forma, mesmo que qualquer das partes resolvesse comparecer em juízo devidamente representada por advogado, ainda assim seria possível praticar os atos processuais por meio deste sem a apresentação da correspondente fundamentação jurídica.

Ora, se tal é o regime estrutural do processo trabalhista – isto é, a desnecessidade, como regra, de as partes trazerem a fundamentação jurídica em suas manifestações, representadas ou não por advogado –, indaga-se: o que justificaria o dever de o juiz instalar esse debate prévio, quando a própria lei já se ocupou em qualificar como de reduzida relevância, em consideração a outros elevados fins a que o processo laboral visa a realizar?

Nesse sentido, vêm a calhar as lições de Cândido Dinamarco:

> De um modo geral, todo o empenho em aperfeiçoar o conhecimento (contraditório, instrução, recursos) favorece o encontro da verdade e, com isso, é fator de fidelidade à vontade concreta da lei. Liga-se, portanto, ao escopo

> jurídico de atuação desta. De outra parte, as concessões feitas em detrimento desse ideal de fidelidade visam a acelerar o serviço jurisdicional e torná-lo aderente à realidade do conflito e do seu modo de ser; com isso, concorrem para eliminar logo e de modo conveniente o estado anti-social de insatisfação que deu causa ao processo. Troca-se a virtude interna da fidelidade pela virtude funcional da pacificação social, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tenha a ordem jurídica, de promover a pacificação com justiça; e, quando a justa pacificação puder ser alcançada independentemente da prevalência da vontade concreta do direito, que seja ela então obtida e esta esquecida.[353]

Ademais, não só a medida (M_1) tem sua eficiência discutível para realizar o contraditório (D_1), como também é manifesto o seu elevado nível de agressão ao princípio da efetividade do processo (D_2), conforme segunda indagação anteriormente formulada.

Basta imaginar, por exemplo, a hipótese – não rara no cotidiano forense – de as partes, mesmo representadas por advogado, deixarem de apresentar diversos fundamentos jurídicos relevantes para o deslinde da controvérsia ao longo de suas manifestações nos autos, principalmente, porque o processo trabalhista é caracterizado por uma cumulação objetiva ampla.

Nessa hipótese, o processo viria a sofrer considerável retardo, ante a necessidade de instar as partes a empreender todo um debate acerca de diversas matérias, comprometendo a sua vocação instrumental de estar a serviço da resolução do conflito. Por mais que o processo trabalhista seja informado pelo princípio da oralidade, seria praticamente impossível imaginar o êxito do juiz no exaurimento de todas as questões jurídicas relevantes na própria audiência una, de forma a minimizar eventuais retardos processuais.

A situação exposta se tornaria ainda mais aguda ao se imaginar a necessidade de designação de uma perícia técnica, para apuração do trabalho em condições insalubres ou perigosas, ou mesmo de uma perícia médica, para apuração de eventual doença ocupacional ou de repercussões decorrentes de acidente do trabalho, o que é extremamente corriqueiro no cotidiano trabalhista. Nessa situação, a praxe forense demonstra que a quantidade de matérias jurídicas não debatidas pelas partes aumenta sobremaneira, permitindo concluir pela intensidade ainda maior de retardos processuais, caso se mantenha a consulta prévia como exigência inquebrantável.

---

[353] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 279

Também não é exagerado pensar que esse mesmo processo pode vir a tramitar perante as outras instâncias do Judiciário Trabalhista e que, em cada uma delas, pelo menos em uma oportunidade, possa haver abertura de prazo para consulta prévia às partes sobre determinado fundamento jurídico.

Ora, o tempo de análise do processo, com a decisão inicial de consulta, a realização dos expedientes cartorários (intimações, publicações etc.), o transcurso de prazo para manifestação das partes, o retorno dos autos à conclusão e, só então, a inclusão do processo em pauta e a prolação da decisão representariam caminho extremamente penoso para a solução do feito, gerando elevada interferência na efetividade.

Em reforço às considerações *supra* (baixo nível de eficiência, quanto ao contraditório, e elevado nível de interferência, quanto à efetividade), destaca-se a pesquisa de satisfação realizada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no ano de 2017, na qual foram ouvidos 950 jurisdicionados, que avaliaram diversos itens referentes ao serviço prestado pelo referido Regional à população, como instalações físicas, qualidade dos sistemas eletrônicos, serviços de comunicação, entre outros, sendo que, no que toca ao objeto deste trabalho, cabe registrar que houve também avaliação de qualidade da área denominada de *prestação jurisdicional*.[354]

Dentro dessa temática, devem-se destacar três importantes indicadores objeto da pesquisa: a) o tempo de tramitação dos processos em primeira e segunda instâncias; b) o preparo técnico e o conhecimento das causas e das normas jurídicas pelos magistrados; e c) a isenção e equilíbrio dos magistrados na realização do julgamento.

Com relação a indicador de item "b" (preparo técnico e o conhecimento das causas e das normas jurídicas pelos magistrados), o índice de satisfação foi de 82,8%, quanto aos magistrados de segunda instância, e de 74%, quanto aos magistrados de primeira instância.

No que toca ao item "c" (isenção e equilíbrio dos magistrados na realização do julgamento), o índice de satisfação foi de 70,7%, quanto aos magistrados de segunda instância, e de 57,3%, quanto aos magistrados de primeira instância.

---

[354] Disponível em: <https://www.trtsp.jus.br/images/Transparencia/Estatistica/publicacoes-e-pesquisas/20180111_pesquisa_satisfacao_relatorio_final.pdf >. Acesso em: 5 dez. 2018.

Já na análise do item "a" (o tempo de tramitação dos processos em primeira e segunda instâncias), o grau de satisfação em segunda instância foi de apenas 31,3% e de 19,8%, em relação à fase de conhecimento na primeira instância. Os indicadores se tornam ainda mais dramáticos quando se verificam os míseros 12% de satisfação, quanto à fase de execução em primeira instância.

Todos esses dados ganham potencialidade ao se observar que, entre os participantes da pesquisa, cerca de 60% do seu público era composto por advogados, os quais, portanto, detêm conhecimento técnico para avaliar o nível de concretização ou comprometimento da segurança jurídica nas decisões prolatadas pelos magistrados laborais, assim como experiência prática para dimensionar o tempo de demora no andamento dos processos.

Por outro lado, embora a pesquisa seja um corte específico da realidade do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, deve-se registrar que este se trata do maior tribunal trabalhista do país, em termos de movimentação processual, tendo sido responsável por cerca de 30% do movimento processual de toda a Justiça do Trabalho em 2017, conforme os dados do Relatório Geral Demonstrativo da Justiça do Trabalho de 2017, elaborado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho, além de ter sido também um dos mais produtivos no referido exercício.[355]

Esses dados supraexpostos vêm em reforço da hipótese ora defendida, na medida em que permitem a construção de algumas conclusões.

Primeiramente, a de que a insatisfação com o tempo de tramitação do processo continua sendo objeto da mais alta irresignação do jurisdicionado com o Poder Judiciário. A crise da morosidade da Justiça é mal ainda atual e presente, a despertar constante preocupação nas autoridades, com o fim de criar soluções para o problema.

A ilação ora formulada decorre de realidade notória no Judiciário brasileiro,[356] sendo que os dados retratados confirmam o grau de seriedade do problema ao se perceber que a pesquisa foi realizada junto a um dos Tribunais Regionais do Trabalho mais

---

[355] Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+por+Instancia+Reduzido.pdf/eae9d567-3e07-9387-68a0-9ae8f95d9114>. Acesso em: 5 dez. 2018.

[356] Consigne-se, entretanto, que essa crise não é característica exclusiva do Brasil. No âmbito Europeu, até o ano de 1994, a duração razoável do processo era o direito fundamental mais alegado por aqueles que se socorriam do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: TREPAT, Cristina Riba. *La eficacia temporal del proceso:* el juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: José María Bosch, 1997. p. 60.

produtivos do país, integrante, igualmente, de um dos ramos mais céleres do Judiciário brasileiro.[357]

Segundo, embora sempre passível de melhora, a qualidade jurídica do serviço oferecido conta com elevados índices de aprovação por parte do jurisdicionado, sendo a qualificação técnica dos magistrados indicador de reconhecida aceitação.

Essa última constatação é confirmada também pela análise dos dados constantes do Relatório Geral Analítico da Justiça do Trabalho de 2017, elaborado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho,[358] os quais evidenciam, por exemplo, que o índice de recorribilidade, na fase de conhecimento, das decisões das Varas do Trabalho para os Tribunais Regionais foi de 54,3%, sendo que o índice de reforma dessas decisões de primeira instância foi de 44,2%. Isto é, apenas cerca de 25% do total de decisões proferidas na fase de conhecimento, no âmbito das Varas do Trabalho, foi objeto de reforma pela instância superior.

Referidos elementos demonstram que o sistema processual trabalhista vem convivendo harmônica e exitosamente bem com as oportunidades já previstas na CLT para exercício do contraditório, de forma a permitir influenciar o convencimento do juiz – notadamente, a petição inicial e a contestação, as razões finais e os recursos –, sendo que eventual discordância sobre a fundamentação jurídica adotada na decisão tem sido satisfatoriamente instrumentalizada por meio do contraditório diferido, como sustenta Guilherme Guimarães Feliciano:

> O princípio do contraditório (art. 5º, LV, CRFB) já estará atendido com a inarredável possibilidade de revisão do "*decisum*", em sede de recurso, caso uma das partes se entenda "surpreendida" ou contrariada com a subsunção jurídica que o magistrado imprimiu a determinado fato ou circunstância (decadência, prescrição cognoscível "*ex officio*", coisa julgada, litispendência, carência de ação, ausência de pressuposto processual objetivo ou subjetivo etc.). [359]

---

[357] Nesse tocante, são precisas as palavras de Cândido Dinamarco, quando aduz que "Toda sentença ou provimento executivo de qualquer ordem, finalmente, tem sua eficácia perenemente ameaçada pelo passar do tempo, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 356).

[358] Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+e+Indicadores+Reduzido.pdf/04476e8c-2f5b-9d81-e6c9-de581099b8e2>. Acesso em: 4 dez. 2018.

[359] FELICIANO, Guilherme Guimarães. Comentários aos arts. 9º e 10 do CPC. In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (coord.). *Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho:* parte geral. São Paulo: LTr, 2016. v. 1, p. 36.

E, em seguida, arremata o autor: "[...] entendo que os arts. 9º, 10 e 487, parágrafo único, se entendidos na sua plena literalidade, ***são inaplicáveis ao processo do trabalho***".[360]

Em outras palavras, as possibilidades de manifestação – inclusive, sobre aspectos jurídicos – já previstas no procedimento celetista calibram de forma suficiente o direito de ser ouvido e de influenciar a construção do provimento, considerando a desnecessidade de fundamentação jurídica presente no processo do trabalho, sendo certo que a previsão da fundamentação exauriente (art. 489, § 1º, do CPC/2015), acarretando a séria consideração dos argumentos relevantes trazidos pelas partes, viabiliza a potencialização do contraditório e implementa o necessário caráter dialógico do processo.

Assim, pode-se inferir que a exigência de consulta prévia às partes sobre dado fundamento jurídico, no âmbito do direito processual do trabalho, é medida (M_1) que terá pouco nível de eficiência no incremento da segurança e na realização virtuosa do contraditório (D_1) e, ao revés, acarretará enorme interferência na já combalida celeridade, prejudicando sobremaneira o direito fundamental à efetividade (D_2), podendo-se constatar, então, que tal medida encontra não poucas dificuldades na tarefa de passagem pelo filtro da proporcionalidade, segundo a máxima da necessidade.

4.3.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

De qualquer maneira, ainda que se considerasse exitosa a superação dessas duas primeiras máximas analisadas anteriormente, a medida (M_1) não se sustentaria quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, analisando-se a relação de custo-benefício entre a efetivação do contraditório (D_1) e o prejuízo à efetividade (D_2), pode-se concluir que a vantagem advinda do incremento da segurança é extremamente reduzida em relação à proporção das desvantagens que acarreta.

Ora, a regra de precedência entre a efetividade e o contraditório acima prenunciada para o processo do trabalho se justifica, primeiramente, em razão da diferença

[360] FELICIANO, Guilherme Guimarães. Comentários aos arts. 9º e 10 do CPC cit., p. 37.

no nível de exigência que referido modelo processual reclama das referidas garantias em comparação com o sistema processual civil.

Analisando, por exemplo, a garantia ao contraditório e sua diferença de intensidade no processo civil e no processo penal, está a doutrina de Nelson Nery Jr., para quem:

> O contraditório deve ser observado em consonância com as peculiaridades do processo sobre o qual esteja sendo aplicado, alcançando diferente incidência no penal e no civil.
>
> O princípio, para o processo penal, significa contraditório *efetivo, real, substancial*. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (art. 261, CPP), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional. [...]
>
> No processo civil o contraditório não tem essa amplitude. É suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa. Tratando-se de direitos disponíveis, o réu, por exemplo, pode deixar de apresentar contestação – revelia – sem que isto configura ofensa ao princípio do contraditório.[361]

Nesse contexto, partindo das ideias do referido autor, pode-se afirmar que também entre o processo do trabalho e o processo civil há uma necessária diferença no nível de exigência do contraditório, garantia que não é reclamada com a mesma amplitude e intensidade nos dois modelos processuais, ante as já comentadas particularidades do litigo trabalhista, que demandam do sistema um compromisso muito mais fidelizado com a efetividade. Não fosse assim, sequer haveria necessidade de uma regulação autônoma e própria para essa espécie de litígios, que poderiam ser solucionados com a mesma estrutura já existente no processo civil.

Nas palavras de Guilherme Guimarães Feliciano, ancorado nas lições de Ovídio Baptista:

> [...] é mister reconhecer que a dignidade e a urgência do bem da vida perseguido (i.e., do "direito material") não apenas justifica como muitas vezes *impõe* um procedimento contraditório diferenciado, sem que isso represente qualquer violência à cláusula constitucional vazada no art. 5º, LV, da CRFB.[362]

---

361 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*... cit., p. 212-213.

362 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Comentários aos arts. 9º e 10 do CPC cit., p. 38.

Ademais, deve-se destacar que o próprio processo penal é terreno no qual as garantias ao contraditório e à ampla defesa devem atuar com os mais altos níveis de intensidade, ante o bem jurídico potencialmente atingido (liberdade). Prova disso é, por exemplo, a intransigente necessidade de defesa técnica do réu (art. 261 do Código de Processo Penal), sob pena de nulidade do processo, ou mesmo a impossibilidade de prolação de sentença condenatória fundamentada exclusivamente em confissão do acusado (arts. 158 e 197 do Código de Processo Penal).[363]

Todavia, não custa recordar que é exatamente no âmbito processual penal que vigora o instituto da *emendatio libelli*, segundo o qual "é plenamente possível que o juiz profira a sentença condenatória com a capitulação jurídica que lhe parecer mais adequada, ainda que dessa nova definição jurídica resulte pena mais grave",[364] o que, em outras palavras, autoriza o juiz a, mantida a imputação fática, "corrigir uma classificação mal formulada".[365]

Referido instituto está consagrado no art. 383 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.719/2008, não prevendo a necessidade de consulta prévia das partes acerca dos fundamentos jurídicos a serem eventualmente adotados na decisão, podendo o julgador, inclusive, jungido aos fatos descritos na denúncia, prolatar sentença condenatória em tipo penal diverso do indicado na peça acusatória.

O entendimento tradicional da doutrina[366] e predominante na jurisprudência[367] é de que, efetivamente, o referido instituto não desafia o mesmo procedimento da *mutatio libelli*, prevista no art. 384 do Código de Processo Penal, esta, sim, a exigir abertura de novo prazo para manifestação das partes, ante a possibilidade de aditamento dos fatos objeto da acusação. O fundamento de tal raciocínio é de que o processo penal está

---

363 No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 458-459.

364 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 1472.

365 Idem, p. 1472.

366 Colhe-se, por todos: PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 649-650. Defendendo a corrente contrária: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* cit., p. 552-553.

367 "[...] Tendo o magistrado promovido a denominada *emendatio libelli*, conforme os limites estabelecidos pelo art. 383 do Código de Processo Penal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal sustentado pela defesa pelo não cumprimento das regras do art. 384 da referida Norma, posto que dispensável na espécie. [...]" (STJ – HC 457.561/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09.10.2018, *DJe* 15.10.2018). No mesmo sentido também, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: STF – AP 461/SP AgRterceiro, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, *DJe* 22.08.2011.

estruturado para que o réu se defenda da acusação fática que lhe é imputada, e não da capitulação jurídica eventualmente apresentada no libelo.[368]

Ora, indaga-se: se assim o é para o processo penal, em cujos terrenos são por deveras exaltados o contraditório e a ampla defesa, por qual motivo se exigiria a consulta prévia sobre fundamentos jurídicos no processo do trabalho, que também está estruturado para conceber como dispensável a incursão das partes sobre tal aspecto?

Aliás, no próprio âmbito processual civil, há diversas hipóteses em que essa exigência de consulta prévia sobre fundamentos jurídicos é temperada em consideração a outros objetivos de elevada importância, em claro raciocínio de proporcionalidade em sentido estrito, decorrente da avaliação do custo-benefício da medida, como já visto no Capítulo 2 deste trabalho, quando tratada a questão da improcedência liminar do pedido.[369]

Também objeto de destaque no Capítulo 2, as lições do direito comparado fazem eco a esse raciocínio, quando se recorda que, notadamente na doutrina portuguesa, defende-se a desnecessidade de o juiz consultar as partes sobre a fundamentação jurídica quando estas comparecem a juízo sem apresentar tal elemento em suas manifestações.[370]

Forçoso registrar, ainda, que no âmbito dos próprios Juizados Especiais Cíveis, os quais, apesar de integrarem o sistema processual civil, têm regramento muito assemelhado ao processo do trabalho em sua principiologia (simplicidade, oralidade etc.), também se vem defendendo – embora de forma não pacífica – a inaplicabilidade do art. 10 do CPC/2015, no que concerne à consulta prévia sobre fundamentos jurídicos.[371]

Ademais, cabe frisar que a exigência de consulta prévia das partes sobre dado fundamento jurídico em sistema no qual estes fundamentos são prescindíveis, como ocorre

---

368 STF – Inq 4093, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02.02.2016, acórdão eletrônico *DJe*-101, divulg 17.05.2016, public 18.05.2016. Também assim o posicionamento predominante da doutrina, colhendo-se, por todos: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal* cit., p. 1476.

369 Capítulo 2, item 2.3, subitem 2.3.2, tópico 2.3.2.2.

370 Capítulo 2, item 2.2.

371 No sentido da inaplicabilidade: ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Celeridade como princípio constitucional inegável, o novo Código de Processo Civil e os Juizados Especiais Cíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 275, p. 39, jan. 2018. Também assim, o Enunciado n. 160 do Fórum Nacional de Juizados Especiais Federais – FONAJEF: "Não causa nulidade a não-aplicação do art. 10 do NCPC e do art. 487, parágrafo único, do NCPC nos juizados, tendo em vista os princípios da celeridade e informalidade". Em sentido contrário, defendendo a aplicação do art. 10 do CPC/2015 aos Juizados Especiais Federais: CASTRO, Daniel Penteado de. Projeção do novo Código de Processo Civil sobre os Juizados Especiais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 127, p. 24, ago. 2015.

no processo do trabalho, poder atuar como mecanismo ainda mais devastador da efetividade, ao se considerar o efeito psicológico da norma.

Com efeito, a regra abre espaço para a atuação ardilosa daqueles que pretendem comprometer o rápido andamento da causa e obter o retardamento do seu curso, por meio da conduta de não apresentar fundamentos jurídicos quaisquer, com o fim de aguardar sucessivas e futuras aberturas de prazo para manifestação, acarretando indesejáveis idas e vindas no processo, aspecto que também foi objeto de preocupação na doutrina francesa[372] e na doutrina lusitana.[373]

Por outro lado, mesmo para aqueles que atuam de boa-fé, a norma pode até estimular manifestações menos cuidadosas das partes, na confiança de que tudo aquilo que tenha passado despercebido venha a ser objeto de diligente prevenção por parte do juiz.

Situação semelhante também foi percebida no direito processual civil tedesco, no qual a reforma de 2002, empreendida no Código Processual Civil Alemão (*ZPO*), entre outros aspectos, incrementou os deveres de esclarecimento e de advertência do magistrado, previstos no § 139, com objetivo de fortalecer a primeira instância e tornar o sistema mais próximo dos cidadãos, além de mais eficiente e transparente.

No entanto, esse incremento, longe de fortalecer o processado em primeira instância, levou, na realidade a um prolongamento do andamento dos processos, além de gerar um efeito psicológico de dependência das partes em relação ao juiz, por meio da apresentação de manifestações insuficientes ou incompletas, na certeza de que os esclarecimentos seriam devida e oportunamente solicitados.[374]

---

372 "Mas a jurisprudência não foi totalmente insensível às dificuldades práticas que um apego tão rigoroso ao princípio do contraditório teria resultado, notadamente, o risco de recursos dilatórios pela sua suposta violação" (tradução nossa) (NORMAND, Jacques. I poteri del giudice... cit., p. 736). No original: "Ma la giurisprudenza non è stata totalmente insensible alle difficoltà pratiche che avrebbe arrecato un rispetto tropo scrupoloso del principio del contraddittorio, non più che al rischio di ricorsi dilatori che la su pretesa violazione avrebbe generato".

373 "Na verdade, a negligência da parte interessada que, v.g., omite quaisquer 'razões de direito', alega frouxamente, situando de forma truncada e insuficiente o óbvio enquadramento jurídico da sua pretensão ou deixa escapar questões jurídicas clara e inquestionavelmente decorrentes dos autos, não merece naturalmente tutela, em termos de obrigar o tribunal – movendo-se, no momento da decisão, dentro dos próprios institutos jurídicos em que as partes no essencial haviam situado as suas pretensões – a, sob pena de nulidade, realizar uma audição não compreendida no normal fluir da causa" (REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., p. 34).

374 PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: RAGONE, Álvaro J. Perez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz (trad.). *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, 2006. p. 72-73.

Naturalmente, essas sucessivas idas e vindas do processo dialogariam contra a dimensão da concentração de atos, importante eixo procedimental da oralidade, como visto no Capítulo 3.[375]

Além de toda essa argumentação, deve-se destacar também que essa regra de precedência entre a efetividade e o contraditório – defendida para o processo do trabalho na matéria em exame – justifica-se, ainda, em razão da diversidade de matriz ideológica sobre a qual estão ancorados os referidos sistemas, como já sinalizado no Capítulo 3 desta pesquisa.

Com efeito, movimento teórico contemporâneo tem defendido a compreensão do direito processual civil à luz de uma maior influência dos valores liberais no ambiente do processo, preconizando que este deve ser concebido como mecanismo destinado a "*proteger* o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz".[376] Ou seja, exige-se "a reconstrução do sistema processual sob a perspectiva dos cidadãos que acodem ao juiz para obter a tutela dos seus direitos subjetivos, respeitados o princípio dispositivo e a autonomia privada".[377]

Sobre o assunto, são precisas as lições de José Carlos Barbosa Moreira, resumindo as principais ideias da referida corrente de pensamento, a qual denominou de *neoprivatista*:

> Há, porém, um setor da doutrina ao qual desagrada profundamente a idéia mesma da concessão de muitos poderes ao órgão judicial. Enxerga-se nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo. Para os que assim pensam, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes: nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes do órgão judicial, assevera-se, é típico de legislações autoritárias, emanadas de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados.[378]

---

375 Capítulo 3, item 3.5.

376 DIDER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual... cit., p. 1084. Destaque para a menção do autor, no sentido de que, para o referido movimento, até mesmo a discussão "sobre a boa-fé no processo revela traços autoritários" (p. 1085).

377 GRECCO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, p. 32, out. 2011.

378 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 122, p. 9, abr. 2005.

Essas ideias, embora não abraçadas integral e fielmente pelo CPC/2015, de algum modo, reverberaram na configuração do referido Código, no ponto em que reclamam um menor nível de intensidade do publicismo no processo,[379] por meio da redução e limitação dos poderes do juiz e pelo aumento da autonomia e do empoderamento das partes.[380] Exemplo eloquente disso é a amplitude da cláusula geral de negociação processual veiculada pelo art. 190 do novo diploma.

Ocorre que o processo do trabalho, a seu turno, reclama influências muito mais incisivas dos ventos publicísticos, se comparado ao processo civil, na medida em que, ao ser compreendido como instrumento de pacificação social e de efetivação dos direitos sociais, fica impregnado também de toda a ideologia que dá substrato aos referidos direitos, os quais, inclusive, carregam a marca distintiva dos direitos fundamentais, como corolário do Estado de Bem-Estar Social.[381]

Nesse contexto, a compreensão instrumentalista[382] do processo exige que este – em suas diversas espécies, inclusive, o trabalhista – seja sustentado "pela visão dos resultados que dele espera a nação",[383] de forma a "possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados".[384]

---

379 "O longo percurso tão sinteticamente trilhado neste estudo pretendeu demonstrar que o processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica" (GRECCO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil cit., p. 55).

380 "Isso revela que, em muitos sentidos, o processo laboral é muito mais *inquisitivo* do que sempre foi o processo civil, de perfil eminentemente dispositivo (v. art. 262 do CPC Buzaid). E é *inquisitivo* no sentido mesmo de conferir maior efetividade processual pelo empoderamento da autoridade pública" (FELICIANO, Guilherme Guimarães. Comentários aos arts. 9º e 10 do CPC cit., p. 37).

381 "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 liberal, é óbvio que o processo civil reflete esse sentimento. [...]

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. Logo, deve ser aplicado considerando esses pressupostos, que se distanciam, quando não se opõem, daqueles que legitimam as normas processuais comuns" (MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho* cit., p. 8).

382 "A instrumentalidade do direito processual e, portanto, da técnica do processo, impõe, porém uma consequência de grande alcance. Como qualquer instrumento, também aquele direito e aquela técnica devem realmente adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estritamente possível à particular natureza de seu objeto e de sua finalidade, ou seja à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos do mencionado direito. Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto mais for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade" (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade* cit., p. 32).

383 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 179.

384 Idem, ibidem.

Assim, se o processo laboral é mecanismo especialmente destinado à consagração e proteção dos direitos sociais constitucionalmente garantidos (art. 7º da CF), urge que seja concebido como estrutura a serviço desses direitos,[385] sendo da essência do próprio direito do trabalho a necessidade uma maior intervenção do Estado na esfera da autonomia individual, como forma de compensar juridicamente uma relação faticamente assimétrica.[386] Não por outra razão, conforme visto no Capítulo 3, o arquétipo procedimental trabalhista está recheado de fundamentos e alicerces que dão sustentáculo a esses objetivos.

De todo o exposto, pode-se verificar, então, que a necessidade de consulta prévia às partes, acerca dos fundamentos jurídicos relevantes para a formação da decisão e não debatidos anteriormente por estas (art. 10 do CPC/2015), no âmbito do direito processual do trabalho, é medida que não se justifica na filtragem do princípio da proporcionalidade e não se compatibiliza com a principiologia do direito processual do trabalho, encontrando óbice para sua aplicação na cláusula de contenção do art. 769 da CLT.[387]

Em sentido semelhante, analisando o contraditório prévio exigido pelo art. 9º do CPC/2015, estão as lições de Manoel Antônio Teixeira Filho:

> Cremos que a jurisprudência trabalhista deverá munir-se de extrema cautela na aplicação do art. 9º, do CPC, a fim de evitar a submissão do processo do trabalho a determinados formalismos com este incompatíveis. Em nenhum momento, durante a vigência do CPC de 1973, inquinou-se, na Justiça do Trabalho, de nulo o processo em virtude de suposta violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, em decorrência de não se dar oportunidade prévia para a manifestação da parte contra a qual se viria decidir. Sucede que o *contraditório* não necessita

---

385 "[...] o principal interesse material em jogo é o *valor social do trabalho* e a *satisfação de créditos alimentares* (salários e afins), e não a liberdade ou a indenidade patrimonial dos réus, que não podem se servir de garantias processuais como mero fator retardatário à satisfação alimentar alheia" (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo:* tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due process of law" cit., p. 441).

386 "Trata-se de um direito processual social, destinado tanto à tutela jurisdicional de grupos ou coletividades como de trabalhadores. Como consequência, seguem-se as necessidades de um mínimo de formalismos, maior liberdade interpretativa e criativa do juiz, maior celeridade, menor custo, maior distributividade e menor comutatividade nos seus atos" (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 105).

387 No mesmo sentido: FREITAS, Ana Maria Aparecida de; SILVA, Carolina de Freitas. As "decisões surpresa" e sua repercussão nas ações de natureza trabalhista. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, São Paulo, ano 14, n. 56, p. 70-80, jan.-jun. 2017. Em sentido contrário: MALLET, Estevão. Notas sobre o problema... cit., p. 404.

> ser prévio, nem imediato, podendo ser diferido para momento posterior do processo, como o da contestação ou do recurso.[388]

Nesse contexto, com a devida vênia, não se pode concordar com a solução proposta pelos §§ 1º e 2º do art. 4º da Instrução Normativa n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho.[389]

Com efeito, embora seja manifestamente reconhecível que todo o enredo acima retratado não passou despercebido pela Comissão de Ministros responsável pela edição do ato,[390] inclusive, com expressa ressalva às decisões já razoavelmente esperadas pelas partes,[391] referidas disposições, ao não se limitarem a concluir pela aplicação ou não do art. 10 do CPC/2015 aos terrenos do processo do trabalho e ao instituírem terceiro regramento (necessidade de consulta prévia quanto ao mérito da demanda e desnecessidade quanto às condições da ação, pressupostos processuais e pressupostos recursais e, além do mais, quanto às decisões interlocutórias), acabam por ir além da permissão concedida pelo art.

---

388 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 39.

389 "Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por 'decisão surpresa' a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera 'decisão surpresa' a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário."

390 Basta ver, por exemplo, o que constou na exposição de motivos da referida Instrução Normativa, na passagem em que se refere à vedação à decisão-surpresa, tema que "constituiu-se em uma das mais tormentosas e atormentadoras questões com que se viu a braços a Comissão". Ademais, também foram levadas em conta "as especificidades do processo trabalhista (mormente a exigência fundamental de celeridade em virtude da natureza alimentar das pretensões deduzidas em juízo)". Em sentido semelhante, defendendo a solução adotada pelo art. 4º da Instrução Normativa n. 39/2016 – TST, está o escólio de João Oreste Dalazen: "Óbvio que se se entendesse, de forma absoluta e inflexível, que o juiz ou tribunal, para decidir qualquer matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, somente poderia fazê-la mediante audiência prévia das partes, tal poderia significar um completo e total desprestígio à regra da celeridade processual e ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Pareceu ao Tribunal Superior do Trabalho que esse grave comprometimento da celeridade processual seria intolerável, mormente no processo do trabalho, que, como se sabe, tem por objeto quase sempre prestações de natureza alimentar" (DALAZEN, João Oreste. *Lições de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 112).

391 Nesse mesmo sentido, está o escólio de Estevão Mallet, que, embora alertando para o cuidado que se deve ter na classificação do que é razoavelmente esperado, assevera: "De outro lado, se a decisão toma em conta fundamento que as partes tinham a obrigação de prever, caso não o tenham debatido, a omissão não é do juízo, mas das próprias partes. Logo, como foram elas que, pela conduta omissiva adotada, deixaram de discutir o fundamento, não há nulidade, por força do disposto no art. 796, alínea b, da CLT" (MALLET, Estevão. Novo CPC e o processo do trabalho à luz da IN nº 39. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 3, p. 157-158, jul.-set. 2016).

769 da CLT, inovando no ordenamento jurídico e criando nova disposição normativa de direito processual do trabalho.

Ademais, não se compreende o motivo do temperamento proposto apenas em relação às questões processuais, pois, conforme já visto no Capítulo 2 desta pesquisa, é exatamente em relação a essas matérias – que o juiz pode conhecer de ofício – que a consulta prévia sobre fundamentos jurídicos encontra sua razão de existir.

Melhor seria, então, que se recusasse, de logo, aplicação à regra vazada no art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, por incompatibilidade com a estrutura e principiologia do direito processual do trabalho,[392] ressalvados, contudo, os casos objeto de específica previsão para a instalação desse debate prévio, como ocorre, por exemplo, com a situação dos embargos de declaração com efeitos modificativos (art. 897-A, § 2º, da CLT).

Importante ressaltar, todavia, que o referido entendimento não implica reconhecer que o julgador está desobrigado de buscar a primazia do julgamento de mérito (art. 317 do CPC/2015), cabendo ecoar as precisas considerações de Estevão Mallet nesse tocante:

> De toda maneira, a dispensa de aplicação do art. 10 do CPC não implica desnecessidade de observância do regime do art. 317 do mesmo Código. Ainda que ocioso, o contraditório prévio pode ser o caso de vício passível de correção, hipótese em que a extinção unilateral do processo, por falta de pressuposto processual ou condição da ação, ou o não conhecimento do recurso, sem intimação da parte para sua correção, é precipitada.[393]

4.3.2 Análise das eventuais antíteses

4.3.2.1 Ofensa ao conteúdo essencial do contraditório

Exposta a ideia central objeto do presente trabalho, urge analisar algumas possíveis antíteses contra a hipótese aqui proposta.

---

[392] "Essa compatibilidade deve ser não apenas sistemática, mas, também, ideológica. Está-se com isso a advertir não ser suficiente a *conveniência* de o sistema do processo do trabalho ser, circunstancial e topicamente, colmatado ou aperfeiçoado por norma do processo civil, sob o ponto de vista pragmático, e sim, que a adoção destas deve respeitar os princípios fundamentais e históricos de que se nutre o processo do trabalho [...]" (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 49).

[393] MALLET, Estevão. Novo CPC e o processo do trabalho... cit., p. 159.

A primeira delas é a de que afastar a consulta prévia às partes sobre os fundamentos jurídicos acarretaria violação ao conteúdo essencial do contraditório.

Com efeito, as relações de prevalência e restrição entre direitos fundamentais reclamam especial atenção do legislador e do intérprete, para que esses direitos não tenham a sua importância e papel de relevo reduzidos pelo arbítrio dos poderes constituídos e se evitem medidas restritivas injustificáveis na sua esfera da proteção.

Dessa maneira, visando a evitar uma indesejável exacerbação intervencionista, por parte dos poderes estatais, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, diversas constituições passaram a prever cláusulas de contenção à atividade de sua restrição, por meio da exaltação da proteção do chamado *núcleo essencial mínimo ou irresistível* (ou "núcleo-duro") dos direitos fundamentais. Cite-se, por exemplo, a disposição constante do art. 19, item (2), da Constituição Federal Alemã de 1949,[394] do art. 18, item 3, da Constituição Portuguesa de 1976[395] e do art. 53, item 1, da Constituição Espanhola de 1978.[396]

Nesse contexto, o núcleo essencial do direito fundamental corresponderia à "parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como direito fundamental".[397] Assim, os direitos fundamentais ostentariam um âmbito mínimo de proteção, exigindo que qualquer atividade estatal (legislativa, executiva ou judicial) de imposição de limites a um direito fundamental necessariamente observasse esse núcleo como um *limite a essa limitação*.[398]

---

394 "Artigo 19. (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência" (texto traduzido para o português pelo Parlamento Alemão. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018).

395 "Art. 18. [...] 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" (Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 out. 2018).

396 "Art. 53. 1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo segundo do presente Título vinculam a todos os poderes públicos. Somente por lei, que, em todo caso, deverá respeitar o seu conteúdo essencial, poder-se-á regular o exercício de tais direitos e liberdades, que serão tutelados de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a)" (tradução nossa) (Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 17 out. 2018).

397 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 402.

398 Descrevendo a chamada *teoria do limite dos limites*, Mendes, Coelho e Branco asseveram: "Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limite dos limites' (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais.

Ocorre que, segundo a conceituação de princípios adotada nesta pesquisa, não há como se conceber uma definição prévia e abstrata do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o qual, todavia, só poderá ser identificado à luz da situação fática de colisão em exame, com base no princípio da proporcionalidade. Isto é, o conteúdo essencial do direito fundamental e a análise de sua eventual violação só poderão ser aquilatados com base no resultado da solução do choque entre os direitos fundamentais colidentes.

Isso, porque "a exata determinação de qual o núcleo essencial de um direito dificilmente poderá ser estabelecida em abstrato e por antecipação",[399] na medida em que essa construção implicaria a atribuição da estrutura de regra a esse núcleo da norma principiológica, demandando sua realização integral, no esquema "tudo ou nada" (teoria absoluta do conteúdo essencial),[400] em desacordo com a definição de princípios adotada nesta pesquisa. Ademais, em muitos casos, há manifesta "dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial".[401]

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

> O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.[402]

Nesse contexto, deve-se destacar que as interferências em um dado direito fundamental que decorrem da aprovação pelo filtro da proporcionalidade são consideradas concordes à Constituição, pois "o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial",[403]

Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., p. 348-349).

399 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 404.

400 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...* cit., p. 129.

401 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., p. 351.

402 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...* cit., p. 196.

403 Idem, p. 206.

sendo que as "restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial".[404]

Ademais, ainda que fosse admitida a adoção de uma concepção absoluta do conteúdo essencial, salta aos olhos que a dimensão da influência e da não surpresa não integraria o núcleo mínimo do contraditório, ante a existência de diversas situações em que essa exigência sofre temperamentos.[405] Não fosse assim, as próprias exceções constantes do parágrafo único do art. 9º do CPC/2015 ou mesmo as disposições dos arts. 332, *caput* e § 1º, e 487, parágrafo único, do mesmo Código deveriam ser tachadas de inconstitucionais, por acarretarem interferência no suposto núcleo duro do contraditório.

Por outro lado, a se admitir a potencialização do poder de influência como elemento integrante do núcleo essencial do contraditório, necessário seria reconsiderar até mesmo as autorizações legais para exercício do *ius postulandi* em todos os ramos do processo em que o instituto é admitido, pois somente com a representação técnica é que o poder de influenciar em questões jurídicas poderia ser exercido em plenitude.

4.3.2.2 O abreviamento do processo pela diminuição na interposição de recursos

Outro aspecto que pode ser levantado como objeção à hipótese exposta diz respeito à circunstância de que a instalação do debate prévio sobre fundamentos jurídicos não antevistos poderia gerar uma redução na quantidade de recursos

---

404 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...* cit., p. 207.

405 Aludindo às garantias mínimas decorrentes do contraditório, Guilherme Guimarães Feliciano assevera: "À luz das convenções internacionais e do marco civilizatório ditado pelas constituições contemporâneas mais influentes, pode-se aprioristicamente indicar quatro elementos mais íntimos, componentes do 'Wesenskern' da garantia do contraditório: (a) a oportunidade formal de contraditório mínimo (independentemente do seu momento, desde que possa ser útil); (b) a possibilidade formal de informação mínima (o que abrange, portanto, o dever de motivação dos principais atos decisórios judiciais); (c) o caráter acusatório do devido processo penal; (4) o direito à defesa técnico-jurídica (exclusivamente no processo penal)" (FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil... cit., p. 278).

interpostos pelas partes, que aceitariam com maior resignação o resultado da demanda, ensejando, assim, "um lapso temporal menor para que haja a prestação jurisdicional definitiva, evitando recursos desnecessários".[406]

Ocorre que, muito embora essa perspectiva pareça ser factível numa sociedade ideal, cabe obtemperar que o retrato do sistema processual trabalhista não permite chancelar tal projeção.

Com efeito, a rápida solução da demanda não é assunto que desperta interesse em todos os participantes do processo trabalhista. Apesar de, obviamente, ser questão da mais alta importância para o empregado reclamante, para o empregador reclamado, tal aspecto, no mais das vezes, é de nenhuma ou reduzida relevância.

Isso, porque, se o empregador reclamado tiver, de fato, descumprido a legislação trabalhista e for devedor do empregado, será beneficiado pelo alongamento do processo: quanto mais for postergado o momento da disposição patrimonial, para fins de adimplemento do referido débito, tanto maior será o benefício do empregador.[407]

Por outro lado, se não tiver descumprido qualquer norma de direito material do trabalho, estando confiante, pois, na improcedência da demanda, também a demora

---

406 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Os impactos do novo CPC na razoável duração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 241, p. 19, mar. 2015. No mesmo sentido, defendem Dierle Nunes e Humberto Theodoro Jr.: "[...] a garantia constitucional do contraditório não constitui um obstáculo para obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); pois que um processo sem seu exercício, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controversos é fonte geradora de um sem número de recursos (a começar de embargos de declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que, certamente, não auxilia na obtenção de uma *razoável duração do processo*" (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro... cit., p. 116-117).

407 Nesse sentido, destaque para o estudo de Maria Tereza Sadek, ancorado em dados de pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP): "Há setores que buscam a justiça, extraindo vantagens de suas supostas ou reais deficiências, bem como dos constrangimentos de ordem legal. Este é o caso tanto de certos órgãos estatais como de grupos empresariais. Pesquisa conduzida pelo Idesp junto a empresários, em 1996, revelava que, embora a principal crítica dirigida ao Judiciário fosse a falta de agilidade, esta deficiência nem sempre era avaliada como prejudicial para as empresas. Muitos empresários admitiram que a morosidade é por vezes benéfica, principalmente na área trabalhista" (SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 86, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001/11573>. Acesso em: 18.12.2018).

na tramitação do processo não lhe acarreta, como regra, qualquer prejuízo. Diversamente do processo penal, em que a condição de acusado representa pecha social intensa, despertando no réu inocente o interesse na rápida resolução do feito, para fins de prova de sua inocência, a condição de reclamado em processo trabalhista, nos tempos atuais, não caracteriza qualquer pecha social ao empregador.

Barbosa Moreira, em conhecido ensaio sobre o futuro da Justiça, bem sintetizou essa dimensão:

> O submito n. 2 é a idéia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível. Ajunto que os respectivos advogados nem sempre resistem à tentação de usar todos os meios ao seu alcance, lícitos ou ilícitos que sejam, para procrastinar o desfecho do processo: os autos retirados deixam de voltar a cartório no prazo legal, criam-se incidentes infundados, apresentam-se documentos fora da oportunidade própria, interpõem-se recursos, cabíveis ou incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razão que se tenha para impugná-las, e assim por diante.[408]

Nesse contexto, pode-se inferir, então, que a motivação para a interposição dos recursos e o interesse em alongar – por meio leais – o andamento do processo não se trata de dimensão que pode ser efetivamente impactada, segundo um juízo de probabilidade, pela consulta prévia dos litigantes acerca dos fundamentos jurídicos a serem eventualmente adotados na decisão.

A pretensão em ver o processo retardado atende, na realidade, a interesses de diversos espectros, sendo que o maior ou menor grau de participação dos litigantes na construção dos fundamentos jurídicos da decisão não é aspecto apto a proporcionar a almejada redução no tempo de solução da demanda. Afinal, como regra, o que a parte pretende "é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito".[409]

---

[408] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 99, p. 143, jul.-set. 2000.

[409] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil... cit., p. 9.

4.3.2.3 Consulta prévia sobre fundamentos jurídicos como reflexo da dimensão democrática da participação do cidadão no exercício do poder

Questão também relevante na análise do tema objeto desta pesquisa diz respeito ao aparente perfil mais democrático com que se apresentaria o processo do trabalho, a partir da exigência de consulta prévia às partes sobre a fundamentação jurídica a ser adotada na decisão.

Com efeito, correspondendo a medida que permite uma maior participação dos cidadãos – na condição de jurisdicionados – no exercício do poder estatal (jurisdição), referida exigência iria ao encontro dos compromissos do Estado Democrático de Direito e, assim, potencializaria o elemento democrático no ambiente do processo.

Ora, é inegável que o princípio democrático permitiu o aprimoramento e a consequente evolução dos paradigmas do Estado de Direito do período liberal e do Estado Social (Estado-Providência), amalgamando-os e permitindo a gestação, no período Pós-Segunda Guerra, dos chamados *Estados Constitucionais* (ou Estados Democráticos de Direito),[410] nos quais um dos elementos centrais de evolução e caracterização consiste, exatamente, na garantia da participação dos cidadãos na organização das relações de dominação como mecanismo de legitimação do exercício do poder.[411] O regime democrático, assim, exige que o poder seja exercido pelo povo e em benefício deste (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/1988).

A partir disso, já se pode ver, então, que tal premissa possui ligação umbilical com o primado da dignidade humana – do que é reflexo, por exemplo, o art. 1º da CRFB/1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se funda a República Federativa do Brasil – e dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

Isto é, a inter-relação entre os direitos fundamentais e o regime democrático expressa profunda simbiose,[412] por meio de mútuos e recíprocos influxos, na medida em que os direitos fundamentais representam a primeira razão e o fim último do exercício do poder,

---

410 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 112.

411 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 97-98.

412 Destaque-se, nesse sentido, a proposta de Paulo Bonavides para se reconhecer no princípio democrático um direito fundamental de quarta dimensão: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 571-572.

atuando a democracia como "meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem".[413]

Por outro lado, os direitos fundamentais também constituem os mecanismos garantidores da soberania popular e viabilizadores da participação dos cidadãos no exercício do poder, o que permite considerá-los como "um elemento básico para a realização do princípio democrático".[414]

Nesse contexto de extrema imbricação, relacionando esse enredo com o objeto deste estudo, pode-se destacar que o exercício da jurisdição, como expressão do poder estatal, também exige, para fins de legitimação, a abertura de canais de participação aos cidadãos, reclamando que o processo seja também concebido como um ambiente de incidência do princípio democrático. Afinal, a "participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo".[415]

Essa participação do cidadão no exercício da jurisdição constitui, assim, objetivo cujo alcance se dá por meio do resguardo, proteção e favorecimento do exercício dos direitos e garantias fundamentais no ambiente do processo, ou seja, pelo respeito ao modelo constitucional de processo.

A possibilidade efetiva de os jurisdicionados fazerem valer os seus direitos e garantias fundamentais em ambiente processual, como reflexo desse modelo, espelha e atende, portanto, a exigência de participação decorrente do regime democrático, ao mesmo tempo também em que democratiza o exercício do poder jurisdicional.

Dessa maneira, a relação entre o modelo constitucional de processo e democracia implica reconhecer que o ambiente processual será tão mais democrático quanto mais se possa fazer valer o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais de natureza processual, objetivo que dialoga, naturalmente, com a teoria dos direitos fundamentais e com os mecanismos de acomodação das tensões entre eles verificados.

Em outras palavras, a participação dos cidadãos no atuar da jurisdição, como exigência dos influxos democráticos do Estado Constitucional, efetiva-se por meio do exercício e respeito dos seus direitos e garantias fundamentais no ambiente do processo, como corolário do modelo constitucional de processo não penal, sendo que as garantias constitucionais decorrentes do referido paradigma sofrem os devidos ajustes de intensidade

---

413 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 126.

414 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 290.

415 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 157.

quando consideradas em conjunto com outros direitos fundamentais de natureza processual – também decorrentes e fomentadores do ideal democrático.

Assim, a questão volta a se relacionar com o tema da colisão dos direitos fundamentais e os seus mecanismos de resolução, de forma que o princípio democrático será tão autenticamente mais satisfeito quanto mais o sistema seja capaz de equacionar a intensidade ideal dos diversos direitos fundamentais que permeiam o exercício da jurisdição.

Exemplo do que aqui se está a sustentar é a previsão de decisões irrecorríveis no ordenamento jurídico brasileiro, como ocorre no caso do art. 34 da Lei n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). Se a ideia de democracia no ambiente processual for igualada à perspectiva reducionista da simples concessão de maiores oportunidades de manifestação no processo, a previsão legal acima deveria ser considerada como medida autoritária, em desacordo com o princípio democrático, ao restringir a participação do cidadão no exercício do poder.

Neste caso, entretanto, o espírito democrático se perfaz pelo respeito ao devido processo formal a partir de um juízo de proporcionalidade, não se reputando a restrição como desacorde à CRFB/1988.[416]

Assim, a desnecessidade de consulta prévia sobre fundamentos jurídicos no âmbito do direito processual do trabalho, a partir do resultado da filtragem do princípio da proporcionalidade já anteriormente indicado, afasta eventual pecha de autoritarismo na solução e demonstra que o reproche à regra do art. 10 do CPC/2015 está concorde aos ideais democráticos que se exigem do processo laboral.

[416] Também defendendo a constitucionalidade do art. 34 da Lei n. 6.830/80: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* cit., p. 285.

CONCLUSÕES

Analisar a importação do art. 10 do CPC/2015 ao processo do trabalho foi o grande mote inspirador da realização desta pesquisa, que se dedicou à verificação de sua compatibilidade com o processo laboral, à luz da cláusula de barreira do art. 769 da CLT e dos direitos fundamentais que circundam o debate.

A hipótese inicialmente aventada era de que referida importação não poderia ser efetuada sem um cuidadoso exame da sua passagem pelo filtro estabelecido na mencionada regra celetista, de forma que a aplicação subsidiária do direito processual civil, nesse caso, encontrar-se-ia contrastante à principiologia do processo laboral.

Após o percurso trilhado nos capítulos anteriores, algumas conclusões puderam ser extraídas, a seguir articuladas, conclusões estas que, longe de pretender representar verdade absoluta e universal sobre o tema – o que é extremamente difícil, tratando-se de Ciências Humanas –, constituem apenas o retrato atual da pesquisa empreendida, à luz, obviamente, das lentes do autor.

Nesse contexto, do quanto se descreveu e problematizou no curso deste trabalho, as seguintes inferências poderiam ser apresentadas:

i) a garantia ao contraditório tem sido objeto de sucessiva ressignificação e ampliação ao longo do tempo, tendo sofrido os influxos do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, de forma que se passou a reconhecê-la como englobando o direito à informação e à possibilidade de reação, à isonomia na utilização das faculdades processuais e a influenciar e não ser surpreendido. Referida garantia deve ser reputada como essencial para a própria existência do processo;

ii) a informação garante à parte o direito de ser cientificada dos atos processuais e demais elementos que possam ser relevantes na tramitação do processo, e a reação garante o direito de, caso queira, poder contrariar os atos produzidos em seu desfavor pelos demais sujeitos do processo, ao mesmo tempo também o de ser ouvida na formação do convencimento do juiz;

iii) a isonomia na utilização das faculdades processuais garante a paridade de armas, de forma que o princípio da igualdade resguarda o equilíbrio da atuação das partes em todo o processo;

iv) a compreensão atual do direito de influenciar exprime a ideia de que a parte deve ser cientificada previamente, antes da prolação da decisão, acerca de qualquer questão, fática ou jurídica, que possa ser considerada na convicção do julgador. Corolário, portanto, é o direito de não ser surpreendido por pronunciamento judicial que não observe essa dimensão;

v) a garantia à efetividade do processo exige que o sistema processual esteja estruturado com capacidade para entregar resultados concretos na vida do jurisdicionado, permitindo que a solução desejada pelo direito material para o conflito possa se materializar;

vi) a efetividade do processo dialoga, necessariamente, com a sua compreensão instrumentalista, segundo a qual o processo não é um fim em si mesmo e deve estar orientado para melhor tutelar o direito material objeto da discussão em juízo. Processo efetivo, assim, será aquele que conseguir atingir, com a maior intensidade possível, os seus escopos jurídico, social e político;

vii) a efetividade possui íntima relação com a celeridade, pois só haverá a produção de resultados concretos na vida do jurisdicionado se o bem da vida perseguido em juízo puder ser atribuído ao seu titular de forma tão mais rápida quanto possível. Esse objetivo, temperado pelas demais garantias processuais, garante a todos uma duração razoável do processo;

viii) a vedação à decisão-surpresa é reflexo do contraditório como direito de influência e de não surpresa. Por decisão-surpresa, deve-se entender o fenômeno dos pronunciamentos do magistrado em que se adota um dado fundamento de fato ou de direito que não teve seu debate oportunizado no curso do processo ou que não deveria ser razoavelmente aguardado pelas partes, a partir de uma conduta inopinada;

ix) o litígio trabalhista possui diversas particularidades que o distingue dos litígios de natureza civil, as quais são decorrência da assimetria fática existente na relação jurídica de direito material, podendo se destacar o caráter quase sempre alimentar dos

créditos discutidos em juízo e a desigualdade econômica das partes. Essa diferença de capacidade econômica acarreta também uma desigualdade de capacidade técnica, que demanda compensação por meio de normas procedimentais destinadas a proporcionar essa igualação;

x) as particularidades do litígio trabalhista inspiram a configuração de sistema processual célere, protetitvo e simples, como garantia maior do direito fundamental de acesso à justiça;

xi) o princípio da proteção, gestado e criado no âmbito do direito material do trabalho, também incide no direito processual do trabalho, por meio da vertente informativa da norma mais favorável e da regra do *in dubio pro misero*, como forma de garantir a isonomia entre as partes (paridade de armas);

xii) o art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, embora relacionado a fatos e questões jurídicas, possui especial relevância quanto a estas, pois o princípio do dispositivo já vedava a introdução, pelo juiz, de fatos oriundos de seu conhecimento privado e que não surgiram da prova produzida nos autos;

xiii) contraditório e efetividade são direitos de natureza processual que ostentam a marca dos direitos fundamentais, integrando o modelo constitucional de processo não penal. Referidos direitos são também caracterizados como princípios jurídicos, na medida em que correspondem a enunciações de dever-ser. No entanto, como expressam enunciações de dever-ser antagônicas, tais direitos colidem no âmbito do processo, reclamando uma justa acomodação e harmonização, de forma que um não seja integralmente sacrificado em benefício do outro;

xiv) a teoria dos princípios e seus reflexos nos direitos fundamentais orientam que as situações de colisão entre estes devem ser resolvidas à luz do princípio da proporcionalidade e de suas três máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que correspondem a critérios razoavelmente aceitos para esse fim;

xv) a exigência de consulta prévia sobre fundamentos jurídicos, como reflexo da garantia de influência e de não ser surpreendido, é medida que não se justifica no direito processual do trabalho, pois, além de ter sua adequação não integralmente realizável, implica alto grau de interferência na efetividade e possui baixo nível de eficiência na

realização do contraditório, sendo que as vantagens advindas da sua adoção são inferiores à intensidade das desvantagens que acarreta. Dessa maneira, o art. 10 do CPC/2015, no ponto em que exige a prévia comunicação das partes acerca de dada questão jurídica não debatida no processo, não se compatibiliza com o processo do trabalho.

Ressalte-se, por fim, que essas enunciações acima significam apenas uma breve síntese da singela proposta hermenêutica que se pretendeu apresentar com o resultado desta pesquisa, de forma que, sem qualquer pretensão de encerrá-lo, objetivam, ao contrário, dar prosseguimento e impulsionar o debate em torno do instigante tema aqui analisado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 919, p. 317-335, maio 2012.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1937.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Celeridade como princípio constitucional inegável, o novo Código de Processo Civil e os Juizados Especiais Cíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 275, p. 19-42, jan. 2018.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil inglês:* formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAPTISTA, José João. *Processo Civil I:* parte geral e processo declarativo. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Brasília: Caixa, 2015.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. v. I e II.

BEBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 130.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1280825/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27.06.2017, *DJe* 01.08.2017.

_____. _____. REsp 250.781/SP, Rel. Ministro José Delgado, 1 Turma, julgado em 23.05.2000, *DJ* 19.06.2000.

_____. _____. REsp 1096396/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07.05.2013, *DJe* 21.05.2013).

_____. _____. REsp 1105944/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14.12.2010, *DJe* 08.02.2011.

_____. _____. REsp 1169755/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 06.05.2010, *DJe* 26.05.2010.

_____. _____. REsp 1397870/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02.12.2014, *DJe* 10.12.2014).

_____. _____. RMS 52.463/RJ, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 04.09.2018, *DJe* 13.09.2018.

_____. _____. RMS 54.566/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19.09.2017, *DJe* 09.10.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq 4093, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02.02.2016, acórdão eletrônico *DJe*-101, divulg. 17.05.2016, public. 18.05.2016.

_____. _____. RE 666129/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Publicação *DJe*-175, divulg 04.09.2012, public 05.09.2012.

_____. _____. EDcl no REsp 1280825/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27.06.2017, *DJe* 01.08.2017.

_____. _____. HC 457.561/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09.10.2018, *DJe* 15.10.2018). No mesmo sentido também, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: STF – AP 461/SP AgRterceiro, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, *DJe* 22.08.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Apelação Cível no Processo n. 0004485-58.2010.8.10.0060, Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, 2ª Câmara Cível, julgado em 14.08.2012, *DJe* 16.08.2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. ARR – 52800-40.2002.5.02.0491, Rel. Ministra Dora Maria da Costa, julgado em 07.03.2018, 8ª Turma, *DEJT* 09.03.2018.

_____. _____. ARR – 63400-31.2013.5.13.0006, Rel. Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 09.12.2015, 2ª Turma, *DEJT* 18.12.2015.

_____. _____. E-ED-RR – 4-54.2013.5.07.0004, Rel. Ministro Breno Medeiros, julgado em 18.10.2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, *DEJT* 26.10.2018.

_____. _____. Instrução Normativa n. 39/2016.

_____. _____. RR – 1187-35.2014.5.23.0051, Relatora Desembargadora convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, julgado em 28.11.2018, 6ª Turma, *DEJT* 30.11.2018.

_____. _____. RR – 2247-74.2010.5.02.0081, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, julgado em 22.10.2018, 2ª Turma, *DEJT* 26.10.2018.

_____. _____. RR – 3227200-86.2008.5.09.0002, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 27.05.2015, 4ª Turma, *DEJT* 05.06.2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (org.). *Coleção novo CPC:* Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 369-382.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil:* admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____ et al. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (org.). *Coleção Novo CPC: Procedimento comum*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 949-974.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. v. II.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 2002.

CASTRO, Daniel Penteado de. Projeção do novo Código de Processo Civil sobre os Juizados Especiais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 127, p. 19-26, ago. 2015.

CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: _____ (org.). *Curso de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 41-89.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Trad. Osvaldo Magon. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. p. 39-68.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito Processual Civil Alemão. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 11-53.

_____. *Governança judicial:* modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais. 2008. 302 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 4. ed. Atualização Washington Luiz da Trindade. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 275-301, mar. 2005.

CUNHA, Leonardo Carneiro. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 233, p. 65-84, jul. 2014.

DALAZEN, João Oreste. *Lições de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DIDER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1 e 2.

_____. Das normas fundamentais do processo civil (arts. 1.º a 12). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa, p. 1081-1090, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil – vol. I (arts. 1.º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I.

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

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Ação promocional. In: _____ (coord.). *Fênix: por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 52-71.

_____. Comentários aos arts. 9º e 10 do CPC. In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (coord.). *Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho:* parte geral. São Paulo: LTr, 2016. v. 1.

_____. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil – aproximações críticas. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 277-285, mar. 2015.

_____. *Por um processo realmente efetivo:* tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due processo of law". São Paulo: LTr, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Ana Maria Aparecida de; SILVA, Carolina de Freitas. As "decisões surpresa" e sua repercussão nas ações de natureza trabalhista. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, São Paulo, ano 14, n. 56, p. 70-80, jan.-jun. 2017.

FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil:* conceito e princípios gerais à luz do novo Código. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GIGLIO, Wagner; GIGLIO, Claudia Veltri Correa. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 71-79, mar. 2005.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, p. 29-56, out. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo trabalhista e processo comum. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 15, p. 85-94, set.-out. 1978.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991.

LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. 2. ed. Medellín: Biblioteca Juridica Dike, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do direito processual do trabalho*: bases científicas e sociais de um processo de princípios e equidade para a tutela de direitos fundamentais do trabalho. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, p. 29-39, jul.-ago. 2004.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.

MACEDO, Lucas Buril. Improcedência liminar do pedido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 973, p. 247-270, nov. 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho:* efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998.

_____; SEVERO, Valdete Souto. *O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho:* e as ideias fora de lugar do novo CPC. São Paulo: LTr, 2015.

MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa". *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 109, p. 389-414, dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/89239/Rev_2014_12>. Acesso em: 9 jun. 2016.

_____. Novo CPC e o processo do trabalho à luz da IN nº 39. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 3, jul.-set. 2016, p. 142-164.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 57-82.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Os impactos do novo CPC na razoável duração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 241, p. 15-25, mar. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIESSA, Élisson. *Manual dos recursos trabalhistas:* teoria e prática. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil:* pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORATO, Francisco. A oralidade. In: _____ et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. p. 1-10.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 150, p. 59-69, ago. 2007.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 10, n. 29, p. 77-94, nov. 1983.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 99, p. 141-150, jul.-set. 2000.

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 122, p. 9-21, abr. 2005.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 181-190, jan.-mar. 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal:* processo civil, penal e administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, n. 4, p. 722-750, out.-dez. 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 59-69, out.-dez. 1999.

_____. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, p. 31-38, jul.-set. 1993.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 11-26, jan. 2008.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 44, n. 1/2, p. 179-212, jan.-dez. 2003.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, p. 55-67, abr.-jun. 2001.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Cedam, n. 3/673, p. 673-681, jul.-set. 1988.

PORTO, Sérgio Roberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 179-189.

PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: RAGONE, Álvaro J. Perez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz (trad.). *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, 2006. p. 59-78.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2004. v. I

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 153-166.

ROBERTO, Welton; SILVA, Beclaute Oliveira. O contraditório e suas feições no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril

de; PEIXOTO, Ravi (org.). *Coleção novo CPC:* Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 481-500.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2015.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, 2004, p. 79-101. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001/11573>. Acesso em: 18 dez. 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____; HAJEL FILHO, Ricardo Antônio Bittar. *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan.-mar. 2009.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. *Princípios do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SENDRA, Jose Vicente Gimeno. *Fundamentos del derecho procesal:* jurisdicción, acción y proceso. Madri: Civitas, 1981.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de et al. *Reforma trabalhista:* análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017. São Paulo: Rideel, 2018.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à legislação complementar*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. III.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-51.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos de processo do trabalho:* petição inicial – parte I. São Paulo: LTr, 2018. v. 8.

_____. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. I e II.

_____. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista:* as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017 e pela Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

_____. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2017.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

_____; NUNES, Dierle José. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

TREPAT, Cristina Riba. *La eficacia temporal del proceso:* el juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* causa petendi *no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234-260.

TUPINABÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. *Prova no processo do trabalho:* das influências dos avanças tecnológicos e sua utilização no direito trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 814, p. 63-70, ago. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____ et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:* artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 139-145.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005,

Outros *sites* consultados

<file:///C:/Users/usuario/Downloads/Code_39.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2016.

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ab20d602caf34e080257de90056f373?OpenDocument&Highlight=0,manifesta,desnecessidade,surpresa>. Acesso em: 9 jun. 2016.

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f462157142267ee180257921004c5d7a?OpenDocument&Highlight=0,2005%2F03.0TVLSB.L1.S1>. Acesso em: 3 out. 2015.

<http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano) /CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em: 9 jun. 2016.

<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>. Acesso em: 9 jun. 2016.

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Constituicao RepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 17 out. 2018.

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2019.

<http://www.trt7.jus.br/files/mapa_jurisdicional.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2018. Também o exemplo do Município de Nova Bandeirantes-MT, que dista cerca de 200km até a Vara do

Trabalho de Alta Floresta-MT, segundo o aplicativo *Google Maps*, a cuja jurisdição está submetido. Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/portal/varas-do-trabalho>. Acesso em: 4 dez. 2018.

<http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+e+Indicadores+Reduzido.pdf/04476e8c-2f5b-9d81-e6c9-de581099b8e2>. Acesso em: 4 dez. 2018.

<http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+e+Indicadores+Reduzido.pdf/04476e8c-2f5b-9d81-e6c9-de581099b8e2>. Acesso em: 4 dez. 2018.

<http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+por+Instancia+Reduzido.pdf/eae9d567-3e07-9387-68a0-9ae8f95d9114>. Acesso em: 5 dez. 2018.

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&ts=1543036090280&disposition= inline>. Acesso em: 7 jan. 2019.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 17 out. 2018.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 17 jul. 2017.

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/ 80208000.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2016.

<https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 5 set. 2018.

<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

<https://www.trtsp.jus.br/images/Transparencia/Estatistica/publicacoes-e-pesquisas/20180111_pesquisa_satisfacao_relatorio_final.pdf >. Acesso em: 5 dez. 2018.