

SUPLETIVIDADE, SUBSIDIARIEDADE, COMPATIBILIDADE E CONSEQUÊNCIAS

3 PREMISSAS COMUNS À IN/TST, FÓRUM NACIONAL DE CURITIBA E TRT 10

- (1) O art. 15 do NCPC não revogou o art. 769 da CLT - “não constitui sinal verde para transportar qualquer instituto de direito processual” e apenas a partir de “mera constatação de omissão”
- (2) O art. 769 da CLT não exige obrigatoriamente o preenchimento de todas as aparentes lacunas normativas do processo do trabalho
- (3) Atentar para o “risco de desfigura-se o arcabouço principiológico e axiológico do direito processual do trabalho” (natureza alimentar do bem, celeridade, oralidade e concentração)

TABELAS HERMENÊUTICAS

INCOMPATIBILIDADES – art. 2º IN/TST
--

1 – Regra própria e regra desnecessária

- art. 775 da CLT (vs art. 219 do NCPC) – prazos dias corridos e não dias úteis – (En. 5 e Enunciado nº 8 do TRT 10 = TST)
- art. 893, §1º da CLT (vs art. 1070 do NCPC) – irrecorribilidade decisão interlocutória (TST)
- art. 893 da CLT e Lei nº 5.584/70 – prazos recursais de 8 dias, exceção art. 897-A, CLT (TST)
- art. 765 e art. 813, §2º e art. 852-B, III da CLT (vs art. 357, §9º do NCPC) – não há intervalo mínimo entre as audiências (En. 19 e Enunciados nº 7 e 22 do TRT 10)
- art. 878 da CLT (vs art. 854 do NCPC) – não há necessidade de requerimento para realização BACEN (En. 79 # TST)
- art. 836 da CLT (vs art. 968, §2º do NCPC) – não há limite de 1000SM para depósito (En. 84 # TST)
- art. 899, §1º da CLT (vs art. 98, VIII e art. 1007, §2º e 4º do NCPC) – há necessidade de depósito recursal, ainda que beneficiário de gratuidade de justiça: natureza jurídica de “garantia”; não deve ser intimado para complementar
- art. 764, §3º da CLT (vs art. 3º, §3º do NCPC) – estímulo à conciliação (En. 7)

- art. 813 da CLT (vs art. 334 do NCPC) – audiências de conciliação e mediação (Enunciado nº 6 do TRT 10 = TST)
- art. 852-B e 852-H, §§1º e 9º da CLT (vs art. 437 do NCPC) - “manifesta incompatibilidade”
- art. 820 da CLT (vs art. 459 do NCPC) – *cross examination*
- art. 878 da CLT (vs arts. 133 e 674, §2º, III do NCPC) – incidente de desconsideração
- art. 2, §2º da CLT (vs art. 513, §5º do NCPC) – grupo econômico e execução
- Enunciado nº 31 do TRT 10 – art.489, §1º, I, IV, V e VI do NCPC - “exigência desnecessária e inadequada”

2 – Inexistência de lacuna ontológica ou axiológica

- art. 190 do NCPC – negócio jurídico processual (En. 6)
- art. 357, §9º do NCPC – não há intervalo mínimo entre as audiências (En. 19)

3 – Princípios da simplicidade, celeridade, informalismo, imediatidade, oralidade, concentração, protetivo, proporcionalidade, vedação de retrocesso, e natureza alimentar da prestação

- art. 10 do NCPC – decisão-surpresa – princípios da simplicidade, celeridade e informalismo (En. 7 # art. 4º da IN/TST)
- arts. 133, 137, 674, §2º, III e 795 do NCPC – incidente de desconsideração da personalidade jurídica (# art. 6º da IN/TST)
- art. 1007, §§2º e 4º do NCPC – intimação para complementar depósito recursal
- Enunciado nº 4 do TRT 10 – art. 190 do NCPC - “principiologia”
- Enunciado nº 6 do TRT 10 – art. 334 do NCPC - “celeridade e imediatidade”
- Enunciado nº 40 do TRT 10 – art. 513, §5º do NCPC – responsabilização grupo econômico em execução – vedação de retrocesso
- Enunciado nº 54 do TRT 10 – art. 98, VIII do NCPC – dispensa de depósito recursal

4 – Sem justificativa (art. 2º da IN/TST)

- art. 792 do NCPC (En. 74) – fraude à execução prevista no art. 185 do CTN
- Enunciado nº 3 do TRT 10 – art. 10 do NCPC – proibição de decisão-surpresa - “manifesta incompatibilidade” (# art. 4 da IN/TST)
- Enunciado nº 12 do TRT 10 – tutela provisórias - “salvo pontuais incompatibilidades”
- Enunciado nº 13 do TRT 10 – tutela antecipada antecedente
- Enunciado nº 20, item 3 do TRT 10 – art. 373, §§3º e 4º do NCPC – ônus da prova - “divorciado de sua principiologia”
- Enunciado nº 45 do TRT 10 – incidente de desconsideração da personalidade jurídica (# art. 6º da IN/TST)

COMPATIBILIDADES “CONDICIONADAS”

1 – Decisão-surpresa (art. 4º da IN/TST)

- “não se reputa surpresa aquilo que as partes tinham a obrigação de prever”: condições da ação, pressupostos processuais e pressupostos de admissibilidade recursal
- art. 10 do NCPC – decisões de mérito

2 – Demais hipóteses “condicionadas”

- art. 300, §1º do NCPC – tutela provisória mediante caução, *desde que* o trabalhador seja considerado “em regra” hipossuficiente (En. 26)
- art. 805, parágrafo único do NCPC – execução pelo meio menos oneroso, *desde que* requerido pelo executado (En. 76)
- art. 921, III, §§1º e 5º do NCPC – prescrição intercorrente, *desde que* por paralisação exclusivamente imputada ao exequente (não por desconhecimento do paradeiro do executado ou de bens a executar)
- art. 367, §§5º e 6º do NCPC (En. 50) – direito de gravação, *desde que* com prévia autorização judicial

COMPATIBILIDADES – art. 3º da IN/TST

1 – Sem justificativa (todo o art. 3º da IN/TST)

- art. 218 do NCPC (En. 4)
- art. 297 do NCPC (En. 22) – tutela de urgência
- art. 298 do NCPC (En. 23) – tutela provisória
- arts. 305 e 310 do NCPC (En. 28) – tutela cautelar
- art. 138 do NCPC (En. 44) – amicus curiae
- art. 1013, §3º do NCPC (En. 59) – causa madura
- arts. 932, I e 938, §§1º e 4º do NCPC (En. 60) – conversão do julgamento em diligência
- arts. 76, §2º e 104 do NCPC (En. 63) – regularização da representação e oferecimento tardio da procuração (# art. 4º da IN/TST)
- art. 1025, §§4º e 5º do NCPC (En. 64) – dispensa de pagamento de multa para PJ de direito público
- art. 515, II e §2º do NCPC (En. 67) – acordo judicial com sujeito estranho e objeto mais amplo
- arts. 772, 773 e 774 do NCPC (En. 68) – poderes do juiz na execução
- art. 833, §2º do NCPC (En. 70) – penhora para pagamento de prestação alimentícia
- art. 529, §3º do NCPC (En. 71) – até 50 SM
- arts. 495, 517 e 782, §3º do NCPC – protesto de decisão judicial, hipoteca judiciária e cadastro SERASA e SPC

2 – Princípios de acesso à justiça, boa-fé, celeridade, concentração, contraditório, cooperação, devido processo legal, economia processual, efetividade, eficiência, informalidade, oralidade, razoável duração do processo, simplicidade

- art. 319, §§1º, 2º e 3º do NCPC (En. 15) – elementos de qualificação das partes
- art. 311 do NCPC (En. 29) – tutela de evidência
- art. 4º do NCPC (En. 48) – primazia do julgamento
- art. 322, §2º do NCPC (En. 49) – conjunto da postulação
- art. 895 do NCPC (En. 81) – aquisição parcelada de bem penhorado

3 – Lacunas normativas (ausência de lei), ontológicas (lei desligada da realidade social) e axiológicas (aplicação da lei gera injustiça)

- Enunciado 15 – lacuna normativa – art. 840, §1º da CLT vs art. 319 e parágrafos do NCPC – elementos da petição inicial
- Enunciado 16 – lacuna normativa – art. 790, §3º da CLT vs art. 99, §3º do NCPC – presunção de gratuidade apenas para pessoa física
- Enunciado 18 – lacuna – art. 343 do NCPC – reconvenção
- Enunciado 24 – lacuna normativa – art. 299 do NCPC – competência funcional para tutela provisória
- Enunciado 33 – lacuna – art. 844 da CLT vs art. 345, IV do NCPC – alegações inverossímeis ou contrária à prova dos autos vs revelia
- Enunciado 49 – lacuna normativa – art. 840 da CLT vs art. 322, §2º do NCPC

COMO PROCEDER DIANTE DESTA CONFUSÃO?

1º PONTO) RESOLVER QUESTÕES CONCEITUAIS (DOGMÁTICA ANALÍTICA)

A) Teoria da Norma – regras, princípios e metanormas de aplicação (silogismo, ponderação, derrotabilidade) Ex: art. 8º (proporcionalidade e razoabilidade), art. 15 (ausência de normas), art. 140 (lacuna), art. 489, §2º (colisão entre normas), art. 926 (jurisprudência íntegra e coerente)

IMPLICAÇÕES LÓGICAS DECORRENTES:

B) Sistema jurídico (Alchourrón e Bulygin)

- Como agrupar as normas e com base em quê? Princípios de base (“sentenças primitivas”)
- A lógica ou o critério de coesão de ontem é a mesmo que mantém o sistema coerente nos dias de hoje?
- O que justifica a racionalidade de um sistema dinâmico por definição? (inovações institucionais (leg e jud) e culturais)

C) Lacuna – renovar os conceitos! Lacuna regulatória = omissão

- **Lacuna regulatória total** = subsidiariedade do sistema processual comum
- **Lacuna regulatória parcial** = supletividade do sistema processual comum

Obs.: “silêncio eloquente” é uma expressão normativamente inadequada. A rigor deve-se caminhar para o problema da “compatibilidade”

D) Compatibilidade – entre o quê? Princípios do Processo Civil vs Princípios do Processo do Trabalho?

- Devemos ponderar, caso a caso, regra por regra?
Desvendar o P1 subjacente à regra do processo civil, confrontá-lo com o Pn do Processo do

Trabalho, concluir qual é “mais pesado” e autorizar o ingresso? É viável? Ou vamos continuar no realismo jurídico disfarçado? (é assim porque o tribunal disse que é assim)

- Um passo atrás: há diferença entre eles? Há o que confrontar/compatibilizar? Há autonomia do processo do trabalho?
- Schiavi, Bezerra Leite, Amauri Mascaro e cia. dizem que sim. Mas com amparo em qual princípio? Oralidade (audiência de conciliação e mediação), Celeridade (norma constitucional para todos), Imediatidade (todos também no processo comum), simplicidade (primazia do mérito)
- Onde está a diferença? Função social do processo ou desequilíbrio entre as partes? Distribuição dinâmica (art. 373, §1º do NCPC) e gratuidade (art. 99 do NCPC)
- AINDA RESTA UM PRINCÍPIO QUE NÃO SÓ É MAIS PRESENTE NO DESENHO PROCESSUAL TRABALHISTA, COMO FOI E DEVE VOLTAR A SER O SEU EIXO FUNDAMENTAL: **O PRINCÍPIO PRAGMATISTA**

Origens da Justiça do Trabalho brasileira e do seu caminho processual: elocubrações de Oliveira Vianna.

Oliveira Vianna (Problemas do Direito Operário) – estudioso do direito norte-americano e fortemente influenciado por

Roscoe Pound (sociological jurisprudence – Dean of Harvard Law School), e pelos Justices

Oliver Wendell Holmes Jr (famoso voto dissidente no caso *Lochner vs New York*),

Benjamin Cardozo (célebre livro: “A natureza do processo judicial”) e

Louis Dembitz Brandeis (Brandeis Brief)

“A vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência”

“Para o saber jurídico, a lógica diz alguma coisa, mas não tudo”

Análise interdisciplinar do direito, e do direito processual, é não só inevitável, como necessária! (Barbosa Moreira – necessidade de dados empíricos, estatísticos)

Abordagem sociológica – o que acontece na prática forense (diagnóstico) – Justiça em Números – Discurso da Min. Carmen Lucia (volume de processos, perfil sociológico dos juízes, estrutura de trabalho)

Abordagem realista – o que os juízes tem feito na prática forense – confusão acima!

Abordagem pragmática – abandonar os idealismos metafísicos (o mundo do conto de fadas processual) para contextualizar o problema e resolvê-lo com base nas possíveis consequências sistêmicas das tomadas de decisão. Serão boas ou ruins? Antevisão do resultado (pensar para o futuro), a fim de poder avaliá-lo. Como base em quê? Na função, na finalidade do processo: **resolver problemas (ou pacificar a sociedade): Enunciado 2**

Processo e ideologia (não a do Marioni): eu proponho uma **visão pragmatista do processo do trabalho** – eixo principiológico escorado na:

(A) EFETIVIDADE: resolução do problema de forma a gerar uma simples e rápida concretização da decisão judicial

(B) EFICIÊNCIA: resolução do problema de maneira a **evitar** (1) repetições de atos, (2) produção de atos inúteis, (3) indefinição do cumprimento da decisão judicial, (4) aumento do custo de transação e (5) criação de externalidades

Repito: o processo do trabalho já foi desenhado para ser assim! Ex: ênfase na conciliação a qualquer momento (clímax do pragmatismo processual: acordos sem reconhecimento de vínculo de emprego, natureza indenizatória das parcelas, cláusula de quitação geral, transação de valores envolvendo direitos tidos como indisponíveis)

O que proponho é **resgatar e colocar no primeiro plano principiológico e hermenêutico** este **vetor pragmático**, tanto para a (1) leitura do processo do trabalho no dia a dia, quanto para a (2) importação/compatibilização das normas do processo civil

EXEMPLOS EMENTAS CONAMAT: GRATUIDADE E EMENDA

Conclusão:

Não confundir minha proposta com o neopragmatismo de Richard Rorty, que chegou a dizer q a ideia de “verdade” era uma bobagem. Peço apenas para que reflitam sobre a imperiosa **necessidade de inflexão na visão judiciária sobre o processo!**

O Novo CPC é fruto de um academicismo idílico e confuso, falando de cooperação e fechando os olhos para a realidade inerente a qualquer processo de qualquer lugar do mundo ocidental: as partes querem vencer, os advogados manipulam os fatos para vencer e a quantidade é brutal, asfixiante!

E vejam: (1) ao mesmo tempo em que se propôs uma **fundamentação exaustiva** do juiz, permitiu-se que ele “**ponderasse**” normas e se valesse da razoabilidade nas suas decisões! Abraçaram o “pós-positivismo” metodológico, esquecendo-se da gigantesca dificuldade prática de operacionalizá-lo! **E (2)** prescreveu o dever de boa-fé e o “princípio da cooperação” (arts. 5º e 6º), de um lado, e reduziu a multa por litigância de má-fé (art. 81 do NCPC)

Importaram o instituto dos precedentes vinculantes, esquecendo-se que nos países de origem a demanda judicial é residual e que o manuseio é difícilimo (33 coisas para se fazer com eles); E sobre as petições gigantescas, incoerentes e com dezenas de pretensões?

SITUAÇÕES PONTUAIS COMPATÍVEIS:

1 – DEVER DE CONSULTA/PROIBIÇÃO DE DECISÃO-SURPRESA (ART. 4º IN 39)

arts. 10 c/c 493, § único c/c 927, §1º do NCPC = exceto decisões sobre as quais as partes tinham a “obrigação de prever” (pressupostos processuais e recursais e “condições da ação”, *rectius*, legitimidade e interesse) – Súmula nº 263 TST vs inépcia (contexto e efeitos pedagógico, estratégico e organizacional)

2 – NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL (#ART. 2º, II IN 39)

Ex: típicos (calendário, escolha consensual de perito, desistência) e atípicos (instância única, uma testemunha para cada parte, depoimento por escrito, fracionamento de audiência una)

3 – CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

art.43, §§1º e 2º do NCPC = extinção daquele sobre o qual o juiz é incompetente

4 – CONEXÃO E CONTINÊNCIA

arts. 55, §1º e art. 57 e 58 do NCPC – serão reunidos para decisão conjunto (competência absoluta

funcional) – agora é expresso!

5 – INCOMPETÊNCIA

art. 64, §4º do NCPC – absoluta: efeitos da decisão do juízo incompetente serão mantidos até que outra seja proferida (se for) pelo juízo competente

6 – MEDIAÇÃO

ATO Nº 168, 04 DE ABRIL DE 2016 – DISSÍDIO COLETIVO E VICE-PRESIDENTE

Meu: também a pré-processual (ainda que sobre determinadas questões – hora extra, comissões, pagamentos por fora) para dissídios individuais (art. 3º, §3º e 165 do NCPC)

7 – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Oposição = desaparece – passa a “procedimento especial”

Nomeação à autoria = desaparece – art. 338 do NCPC – alteração da petição inicial para substituição do réu e ampliação do pólo passivo ou ativo na reconvenção (art. 343, §§ 3º e 4º)

Denúnciação da lide – art. 125 do NCPC – só pode 1 denúnciação

Assistência simples e litisconsorcial – arts. 119 e 120 do NCPC

Novas intervenções: incidente de desconsideração de personalidade jurídica (arts. 133 e ss do NCPC E ART. 6º DA IN 39) – fase de conhecimento (a requerimento e sem recurso); fase de execução (de ofício – art. 878 da CLT e agravo de petição); amicus curiae (art. 138 e ss do NCPC – pode recorrer da decisão final, mas não a que o admite ou não)

8 - VALOR DA CAUSA

art. 292, V (liquidação dano moral) e §3º (correção de ofício)

9 – REVELIA – art. 345, IV do NCPC (alegações inverossímeis)

10 – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

art. 381 e ss do NCPC – jurisdição voluntária (pode ser unilateral); ação autônoma (sem prevenção do juízo) Ex: quero todos os extratos do FGTS ou todas as guias ministeriais ou os dados contábeis (verificação de lucro ou produtividade)

Discovery – EUA – Prevenir o litígio e avaliar estratégia processual (risco do processo)

11- TESTEMUNHA: VIDEOCONFERÊNCIA E INTIMAÇÃO PELO ADVOGADO DAQUELA POR ELE ARROLADA

art. 453, §1º e art. 455 do NCPC

12 – JULGAMENTO PARCIAL DO MÉRITO (art. 356 do NCPC e ART. 5º IN 39)

Impugnação via recurso ordinário.

Obs.: depósito recursal e entrelaçamento de pedidos

13 – TUTELAS PROVISÓRIAS

DE URGENCIA: antecipada (antecedente ou incidente) ou cautelar (antecedente – 30 dias para a principal - ou incidente)

DE EVIDÊNCIA: sempre incidente (não precisa de urgência – perigo da demora ou risco de utilidade da media)

Obs.: ESTABILIZAÇÃO: PRAZO? 120 dias (Mandado de Segurança). Passado, extinção sem resolução do mérito (dá-se baixa mas não cassa a tutela)

Obs.: AÇÃO REVISIONAL (art. 304, §2º) – ex: FGTS liberado por tutela provisória sem contestação. Ação trabalhista no futuro (depois da estabilização). Caso 1: ação revisional conexa (prazo de dois anos – analogia rescisória); Caso 2: contestação apenas. E aí?

14 – FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVA DA DECISÃO JUDICIAL

art. 489 do NCPC vs art. 832 e art 852-I da CLT