

**O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PERSPECTIVAS E IMPACTOS NO DIREITO
PROCESSUAL DO TRABALHO**

DANIELA MURADAS REIS¹

Agradeço a honra de participar desta Audiência Pública, esperando corresponder com esta manifestação aos anseios dos ilustríssimos parlamentares, dos cidadãos e especialmente dos jurisdicionados da Justiça do Trabalho que, por força do art. 769 da CLT, contam com a aplicação subsidiária da legislação processual civil, quando, por evidente, compatíveis com os princípios especiais que regem o processo do trabalho.

O projeto de lei 8046 de 2010, caso aprovado, promoverá evidentes avanços na seara processual civil e do trabalho.

Neste sentido podemos destacar exemplificadamente dois aspectos de máxima relevância: os dispositivos que consagram o *amicus curiae* e o que contempla o princípio da aptidão para a prova, normas que promoverão, por aplicação analógica, grandes avanços no ramo processual do trabalho.

Enuncia o art. 322 do projeto de lei 8046 de 2010 que “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.”

¹ Palestra proferida no dia 22/11/2011 em Audiência Pública no Congresso Nacional [Comissão Especial do Projeto do novo Código de Processo Civil]

O alcance geral da figura do *amicus curiae*, tal qual proposto no projeto, ampliará o raio de intérpretes das normas do ordenamento jurídico, circunscritos ao tradicional círculo de operadores/intérpretes oficiais, engendrando no processo hermenêutico *elemento pluralista da sociedade*. Na trilha dos ensinamentos de Peter Häberle, “*Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma.*”² Assim, a participação ativa do destinatário da norma quebra o monopólio da interpretação por operadores tradicionais e oficiais, figurando como medida de adequação às exigências de uma sociedade democrática e plural e que se faz presente também como mecanismo legitimador do processo hermenêutico institucionalizado.

O ordenamento jurídico brasileiro já contempla o *amicus curiae*, com notas de especialidade, nos processos de competência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 31 da Lei n. 6385/76 e Lei n. 6616/78) e mediante a intervenção da procuradoria nos procedimentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE na trilha do art. 89 da Lei. n. 8884/94.

No terreno hermenêutico constitucional a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da constituição encontra-se plenamente contemplada em nosso ordenamento, tanto no controle concentrado de constitucionalidade [Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADPF] como no controle difuso de constitucionalidade. Natural e desejável, portanto, a sua aplicação às demais normas do sistema.

1 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 15.

Havemos também de enaltecer outro mérito do projeto: a consagração expressa e genérica do princípio da aptidão para a prova.

O artigo 358 do Projeto de Lei propõe: “*considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.*”

No atual estado da arte, o relevante princípio jurídico tem caráter especial e excepcional; sendo aplicável, à guisa de exemplo, nas relações consumeristas.

O princípio da aptidão para a prova, tal qual apresentado na proposta, permitirá ao juiz a inversão do ônus da prova, quando verificada a hipossuficiência probatória de uma das partes, independentemente do prévio reconhecimento legislativo de uma posição de vulnerabilidade.

Trata-se de importante medida de quebra do formalismo abstrato que deflui do princípio da igualdade e isonomia processual. As relações privadas nem sempre se pautam pela igual oportunidade de reconstrução fática no processo e por isso a máxima relevância desta proposta. A sociedade plural, marcada por diversas relações assimétricas, supõe não sermos todos iguais e a inversão do ônus da prova manifesta-se como instrumento que engendra as naturais desigualdades sociais nas relações processuais. A norma também sobrepõe sobre as regras formais o princípio da justiça, entregando ao juiz autoridade para alterar a responsabilidade pela produção da prova em favor daquela parte que não tem aptidão para produzi-la. Reforça, portanto, operacionalmente, o direito do cidadão a uma decisão justa.

Para o jurisdicionado trabalhista o acolhimento deste princípio reveste-se de importância capital. De fato, em linha de princípio, o eixo retificador das desigualdades de capacidade probatória já fora consagrado no processo do trabalho. Prescreve o art. 852-D da CLT que: *“O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”*. Contudo, em vasto e atual repertório de decisões da Justiça do Trabalho encontram-se soluções de conflitos avessas ao princípio da aptidão para a prova, lastreadas na distribuição estática e formalista do ônus da prova prevista nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil. A ausência de uma regra expressa que possibilite a inversão do ônus da prova e o fato de a desoneração probatória estar consagrada em preceito afeto ao procedimento sumaríssimo trabalhista estão dentre as razões da resistência de acolhimento do relevante princípio jusprocessual na Justiça do Trabalho. Assim, a previsão do princípio em norma geral afastaria a tendência reducionista da aplicação do princípio. Espera-se que a nova regra possa ser assimilada, *incontinenti*, pela jurisprudência trabalhista com força no princípio da subsidiariedade (art.769 da CLT) e da sua absoluta coerência com os princípios juslaborais, caso aprovada o projeto ora debatido.

Por outro lado, cumpre-me salientar, dentre diversos aspectos que suscitam debate na oportunidade de se discutir um novo código de processo civil, dois temas, objeto de minha particular preocupação: as propostas referentes ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica e à improcedência liminar do pedido por acolhimento de ofício da prescrição.

Relativamente à proposta de criação de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica, esclareça-se que, tal como preconizado pelo projeto, somente as partes e o Ministério Público, nos processos que lhe cabem atuar, poderão requerer a desconsideração da personalidade jurídica, com que se abre prazo de 15 dias aos sócios para manifestação, para decisão incidental da matéria.

A previsão de expresse requerimento das partes ou Ministério Público afina-se com o senso da desconsideração da personalidade jurídica prevista na legislação civil (parágrafo único do art. 50, CC/02). Todavia, o princípio da demanda talvez não venha a se harmonizar com situações outras de desconsideração da personalidade jurídica, tais como as previstas no Código de Defesa do Consumidor, na Lei Antitruste, bem como na legislação ambiental, cuja oficialidade decorreria do substrato justificador da medida - proteção ao vulnerável, no caso da lei consumerista - e em respeito aos interesses públicos maiores perseguidos no campo da concorrência e da legislação ambiental.

Na Justiça do Trabalho a desconsideração da personalidade jurídica de ofício é uma realidade e decorre do impulso oficial creditado à Justiça Especializada (art. 765 da CLT), criando, em relação ao crédito trabalhista a responsabilidade das pessoas físicas (sócios) responsáveis pelo empreendimento quando a personalidade jurídica ou a insuficiência de seus bens tornam-se um obstáculo à satisfação do crédito de natureza alimentar. Esta posição coaduna-se com a premissa originária da *dignidade humana*, um dos fundamentos em que se assenta a República brasileira, e decorre da aplicação dos critérios adotados pelo art. 28, § 5º do CDC em detrimento da previsão genérica do art. 50 do Código Civil, pelo necessário diálogo das fontes³, que sacrifica os critérios

³ O *dialogue des sources* permite a aplicação “simultânea, coerente, coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogos’ porque há aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente

formais de solução de antinomias [no particular, em detrimento do critério de especialidade/generalidade] em prol da coerência do sistema e da proteção da pessoa humana vulnerável.

É de se ressaltar, em outra perspectiva de análise, ser preocupação do projeto a efetividade do direito ao contraditório e à ampla defesa com a previsão de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, havemos de compreender que, sem risco de prejuízo à ampla defesa, podemos, a um só tempo, efetivar o princípio da duração razoável do processo e prevenir os riscos de fraude a credores.

Rememore-se, em primeiro plano, que, caso pleiteada a desconsideração da personalidade jurídica na fase cognitiva do processo, permite-se a oportunidade de defesa e contraditório aos sócios em sede de defesa, bem como através de outros meios e recursos que decorrem do devido processo legal. No campo da desconsideração da personalidade jurídica pugnada em fase de execução, a resistência à pretensão poderá ocorrer na oposição dos embargos de terceiros, natural meio de insurgência à excussão do patrimônio do sócio.

Logo, *data maxima venia*, o incidente de desconsideração da personalidade milita na contramão das premissas norteadoras da reforma do Código em andamento (simplificação, agilidade, redução de formalismos etc...). Trata-se de medida não razoável, inútil e protelatória.

em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)". MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, Ano 12, janeiro-março de 2003, p. 73-4.

Além disso, a alienação ou oneração de bens dos sócios no período do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não caracterizaria fraude à execução, força dos estreitos contornos conferidos ao instituto no projeto debatido. A se manter tal dispositivo em caso de procedência do incidente a medida já não mais terá eficácia, se descaracterizada a fraude à execução neste caso.

Observe que, em estrita correspondência com a caracterização legal hodierna do instituto, a fraude à execução decorre de disposição/oneração patrimonial (alienação ou oneração de bem) na pendência de demanda proposta contra o alienante, da qual eventual condenação seja capaz de reduzi-lo à insolvência.

Ora, se no período de discussão incidental decorrente de pedido de desconconsideração da personalidade jurídica os sócios ainda não integram a relação processual principal, a oneração ou alienação de bens ocorrida no período não caracterizaria [ao menos no plano de uma interpretação literal] a fraude à execução, exigindo dos credores a propositura da ação pauliana, para repelir a fraude perpetrada. Tal circunstância, ao contrário do que se espera, agudiza o formalismo, o burocratismo e a delonga do processo, além de propiciar resíduo de injustiça incontornável quando o devedor se utilizar do expediente em questão para esquivar-se da responsabilidade civil ou trabalhista já categorizada.

Portanto, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica institucionaliza a possibilidade de prejuízo aos credores e atenta contra a razoável duração do processo, contrariando, portanto, os vetores maiores desta proposta legislativa.

A se entender pela conveniência de manutenção do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, considerando que a proposta debatida limita a sua aplicação às hipóteses de abuso da personalidade jurídica, imperioso se faz adequar a sua previsão para outras hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica acolhidas pelo ordenamento jurídico que prescindem do elemento abusivo, tais como a confusão patrimonial [art. 50, CC/02] e situações de obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores [art. 28, § 5º, CDC].

Ainda neste esteio, relevante se mostraria a previsão que, em razão do poder geral de cautela, o juiz, observados os requisitos legais e motivada a decisão, poderá promover a desconconsideração *inaudita altera pars*, assegurando-se, nesta hipótese, o contraditório diferido.

Com vistas ao repúdio à fraude, se mantido o incidente, mostra-se imperiosa a ampliação das hipóteses legislativas de caracterização da fraude à execução, com tipificação da conduta de alienação ou oneração de bem na pendência de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, para evitar duplicidade de instrumentos jurídicos processuais, em caso de manutenção do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, necessária a adequação do art. 660, §1º, III, eliminando a hipótese de cabimento dos embargos de terceiro, na hipótese de constrição judicial de bens do sócio por desconconsideração de personalidade jurídica, em situações em que a matéria já foi objeto de decisão incidental.

A oportunidade de aprovação de um novo código de processo civil também enseja a discussão de aspecto já existente na legislação processual civil e que decorreu de

reformas pontuais na legislação vigente: a decretação da prescrição de ofício, hoje contemplada pelo art. 219§ 5º do CPC.

Registre-se que a magistratura do trabalho tende, majoritariamente, a não aplicar este dispositivo da legislação processual civil, por incompatibilidade com o princípio da finalidade social e considerando a peculiar natureza das parcelas trabalhistas.

Contudo, cumpre-me denunciar um paradoxo legislativo decorrente de situação inconciliável da legislação civil de regência da matéria com o projeto ora discutido. Isso porque o art. 191 do Código Civil prevê a possibilidade da renúncia tácita da prescrição já consumada. A renúncia tácita da prescrição decorre de prática de condutas incompatíveis com a prescrição já operada. Se o prescribente não argui a prescrição, discutindo o mérito da dívida reivindicada, pratica ato incompatível com a perda da exigibilidade já reconhecida pelo ordenamento jurídico e, portanto, se decretada de ofício a prescrição, especialmente na hipótese do art. 307 §1º do projeto [improcedência liminar do pedido] que dispensa a manifestação das partes, não se permitirá, ao menos no plano de uma discussão judicial, configurar a hipótese prevista na legislação civil.

Trata-se em última instância de um verdadeiro retrocesso e que retoma, de certa maneira, postulados já superados em nosso sistema jurídico, especialmente quanto ao objeto da prescrição, uma vez que a prescrição implica tão somente a perda de um atributo do direito subjetivo violado, qual seja, a pretensão, e não do direito de ação. A nova norma trai, uma vez mais, os avanços científicos e legislativos, o princípio de justiça e especialmente o da liberdade humana.

Assim, a improcedência liminar do pedido, tal qual prevista deve ser discutida nesta casa considerando os avanços legislativos e deve, em todo o caso, ser precedida da manifestação das partes.