

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

JOSÉ CIDADE DE OLIVEIRA FILHO

**A SÚMULA 414 DO TST E A INADEQUAÇÃO DA VIA DO MANDADO DE
SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

JOSÉ CIDADE DE OLIVEIRA FILHO

**A SÚMULA 414 DO TST E A INADEQUAÇÃO DA VIA DO MANDADO DE
SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof..Doutor Paulo Ricardo Opuszka

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSE CIDADE DE OLIVEIRA FILHO

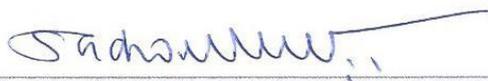
A SÚMULA 414 DO TST E A INADEQUAÇÃO DA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

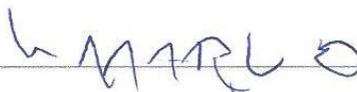


PAULO RICARDO OPUSZKA
Orientador

Coorientador



SANDRO MARCELO KOZIKOSKI
Primeiro Membro



LUIZ MARLO DE BARROS SILVA - *Direito Civil e
Processual Civil*
Segundo Membro

Àqueles que estiveram, estão e estarão sempre comigo, seja no coração, em pensamentos, nas saudades ou nos sonhos.

AGRADECIMENTOS

À força superior, criadora do universo e da vida que, seja por quais motivos forem, me conduziu até esse momento.

À minha mãe, que apesar do pouco tempo que pudemos passar nesta vida me deu seu amor incondicional e esteve comigo incansavelmente.

Ao meu pai, que foi pai e mãe quando se fez necessário, que foi meu grande amigo, meu companheiro, meu irmão, meu protetor e incentivador. Quero que saibas que é um orgulho para mim seguir seus passos. Mesmo em épocas diferentes me sinto seu colega de profissão.

Ao meu “padrinho” de coração, Dr. Luiz Aurélio Castro Costa, o ser iluminado que quando meu pai se foi, assumiu, guiado apenas por seu coração, a difícil tarefa de orientar um jovem em formação, dando a mim a oportunidade de ingressar no maravilhoso mundo do Direito, razão maior pela qual cheguei até aqui. Não tenho como agradecer os inúmeros ensinamentos que me passastes durante nossas conversas na varanda da sua casa, ou mesmo na cozinha quando me recebestes, inúmeras vezes independentemente da hora, para que eu pudesse me alimentar na época das vacas magras.

Ao meu irmão de alma, Luiz Henrique Fontes Wanderley, que sempre acreditou em mim e me incentivou sabendo que poderíamos alçar voos mais altos.

À UFPR, casa de saberes, que me deu tantos momentos memoráveis de aprendizado e crescimento como ser humano e cidadão.

Aos queridos professores da UFPR, que nos transmitem seus ensinamentos com tanto carinho e profissionalismo, mestres na verdadeira acepção da palavra.

Ao meu caro Orientador, Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka, que com seu entusiasmo e vibração me incentivou em vários aspectos.

Ao caríssimo mestre, Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, que mesmo com todas as minhas falhas como acadêmico fez de mim um interessado no universo do processo civil, estando sempre disponível e presente quando solicitado.

Ao meu mestre no Estágio Supervisionado, Dr. Luiz Marlo de Barros Silva, pela paciência, parceria, risadas, compreensão e, sobretudo, pelas grandes lições de humanidade e alteridade que tive. Que honra ter podido trabalhar e aprender tanto com o senhor.

Ao Professor Carlos Pianovski Ruzyk pela excelência do seu magistério e por emprestar o nome à nossa turma.

Aos meus amigos André Bittencourt e Eduardo Titão porque se hoje posso me graduar foi porque eles muito me ajudaram.

Ao pessoal do “Bonde Jurídico” que me acolheu no grupo, me proporcionando muitos momentos de alegria e risadas que tornaram esses cinco anos muito mais divertidos.

Ao Gustavo Ellerbrock, pelos “papos cabeça” e outros não tão “cabeça” assim. Meu irmão e amigo de tantas horas. “Ventania” na madrugada gelada é conosco mesmo.

Ao Alexandre Demantova por ser um grande parceiro e um grande amigo, o “cara” que consegue organizar tudo de maneira impecável.

Ao Ben Hur Cuesta, amazonense como eu, garoto guerreiro, lutador e com um coração imenso. Precisamos dar um pulo no “Armado” novamente.

Ao Gui Bandeira por tantas coisas boas que me ensinou durante todo o nosso convívio na faculdade, como separar as pessoas das ideias, de ser ponderado, de ser mais racional e menos personalista em determinadas situações, entre outras coisas (como me levar para conhecer o Hop ‘n Roll, por exemplo).

Ao Giovanni Guaragni pelo simples fato de ter podido conhecê-lo e ver o imenso potencial que possui. Seja grande garoto, pois você é incrível e tenho muita fé em você.

Ao Andrey Malinovski por ser o cara mais “tranquilo” e alto astral que já vi. O cara que não se abala com nada e para quem tudo está bem e “de boa”.

Ao Gê Murillo (com dois “l”), nosso crossfiteiro, degustador de cerveja artesanal e merecedor do “Oscar” da sala. Obrigado por me considerar como um de vocês.

Finalmente, quero agradecer ao amor da minha vida, Lirian Rafaela Baerwaldt, cujo sentimento que compartilhamos foi o principal incentivo para que eu adentrasse na faculdade e foi a força para que eu enfrentasse, mesmo “depois da época”, esses 5 anos de desafios. Obrigado por estar ao meu lado apesar de todas as minhas falhas. Obrigado por acreditar em mim e não me deixar desistir quando fraquejei. Obrigado por sempre me incentivar e fazer-me sentir que sou especial. Obrigado por cuidar de mim de todas as formas e estar ao meu lado sempre, me fazendo ver que a vida pode ser sim maravilhosa (mesmo com as dificuldades) quando estamos com a pessoa que amamos. Lirian, “Vida”, isso tudo é por nós ! Eu te amo ! Muito obrigado por seres tão incrível !

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar, como costuma suceder quando há a utilização de institutos próprios de outros ramos do direito, a inadequação da utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal para impugnação das decisões judiciais proferidas em sede de antecipação de tutela de urgência na justiça do trabalho, como meio de superar a vedação expressa de recorribilidade das decisões interlocutórias em separado no processo trabalhista. A metodologia de pesquisa tem características do tipo explicativo. Para determinar-se a inadequação da utilização do Mandado de Segurança na situação delimitada, foi realizada uma pesquisa bibliográfica na área processual trabalhista, bem como nas áreas processual civil e do direito constitucional, analisando-se os princípios peculiares e comuns destes diferentes ramos do direito envolvidos para a compreensão do surgimento e da aplicação das tutelas de urgência. Em seguida verifica-se a natureza das decisões judiciais que concedem ou negam a antecipação pretendida e dos instrumentos utilizados para impugná-las conforme a legislação em vigor. O resultado do trabalho demonstra a necessidade da existência de instrumento específico adequado a ser utilizado no processo trabalhista para impugnar decisões que versem sobre a antecipação da tutela de urgência.

Palavras-chave: Mandado de Segurança; Agravo de Instrumento; Sucédâneo recursal; Decisão interlocutória; Tutela antecipada.

ABSTRACT

The present work seeks to demonstrate, as usually happens when there is the use of institutes of other branches of law, the inadequacy of the use of the writ of mandamus as a recursal appeal to challenge the judicial decisions rendered in anticipation of the protection of urgency in the justice of the as a means of overcoming the express prohibition of recourse to separate interlocutory decisions in the labor process. The research methodology has explanatory characteristics. In order to determine the inappropriateness of the use of the writ of mandamus in the delimited situation, a bibliographic research was carried out in the labor process area, as well as in the civil procedural and constitutional law areas, analyzing the peculiar and common principles of these different branches of law involved in understanding the emergence and application of emergency safeguards. Next is the nature of the judicial decisions that grant or deny the intended anticipation and the instruments used to challenge them according to the legislation in force. The result of the work demonstrates the need for the existence of an adequate specific instrument to be used in the labor process to challenge decisions that deal with the anticipation of urgent care.

Keywords: Writ of mandamus; Bill of review; Recursal substitute; Interlocutory decision; Early tutelage.

LISTA DE SIGLAS

AIC	-	Agravo de Instrumento Cível
CF	-	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	-	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	-	Código de Processo Civil
EC	-	Emenda Constitucional
IN	-	Instrução Normativa
OJ	-	Orientação Jurisprudencial
TST	-	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PROCESSO TRABALHISTA E PROCESSO CIVIL EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....	15
2.1 AUTÔNOMO, MAS NÃO ISOLADO	16
2.2 PRINCÍPIOS: MEUS, SEUS, NOSSOS	22
2.2.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa	24
2.2.2 Princípio da aplicação subsidiária da legislação processual comum ao processo do trabalho	30
2.2.3 Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e princípios correlatos	36
2.2.4 Princípio do duplo grau de jurisdição	40
3 SÚMULA 414 DO TST – A SOLUÇÃO “PROBLEMÁTICA”	41
3.1 TUTELAS PROVISÓRIAS	44
3.1.1 A Tutela antecipada.....	46
3.2 A AUSÊNCIA DE RECURSO ESPECÍFICO E A “SOLUÇÃO” DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA	50
3.2.1 Mandado de Segurança como sucedâneo recursal	51
4 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Quando se pensa em justiça trabalhista deve-se ter a compreensão de que os processos de competência da justiça do trabalho são, em sua imensa maioria, de natureza alimentar, casos em que fatores como tempo e efetividade são ainda mais importantes para aqueles que buscam seus direitos. Um dos institutos processuais utilizados para que exista mais celeridade na prestação jurisdicional são as tutelas provisórias.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz, em seu conteúdo, apenas duas hipóteses bem específicas para a concessão da antecipação do provimento jurisdicional nas reclamações trabalhistas, que são aquelas definidas nos incisos IX e X do art. 659, que tratam de provimentos em sede liminar, sendo todos os outros provimentos antecipatórios derivados da inteligência do art. 769 da mesma CLT, que dispõe sobre a aplicação subsidiária, nos casos omissos, do direito processual comum ao processo do trabalho, desde que não seja incompatível com as normas processuais trabalhistas. Ou seja: “O Direito Processual comum é aplicável, subsidiariamente, no Direito Processual do Trabalho. Assim, subsidiariedade é a técnica de aplicação de leis que permite levar para o âmbito trabalhista normas do Direito Processual comum.” (NASCIMENTO, 2008, P. 87).

É exatamente esta a técnica utilizada no caso dos provimentos judiciais relacionados às tutelas antecipadas de urgência, cujo regramento encontra-se disciplinado nos artigos 300 a 304 do Código de Processo Civil (CPC), e que impulsionado pela necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere dos direitos perseguidos no processo trabalhista, tem, através das decisões sobre a antecipação da tutela de urgência, assumido cada vez mais importância e protagonismo na seara trabalhista.

Se por um lado esta característica das lides trabalhistas reclama, como medida de justiça, a antecipação do bem da vida àquele que tem tal direito, por outro existe o risco de que esta antecipação possa trazer prejuízos ao réu. Para minorar o risco, o art. 302 do CPC, trata da responsabilidade de indenização pelos prejuízos porventura sofridos com a efetivação da decisão. Mais ainda, “a responsabilidade do autor, se a decisão de concessão de tutela for reformada, será

objetiva pelos prejuízos causados ao réu, vale dizer: independerá de culpa.” (SCHIAVI, 2016, p. 1357).

Assim, embora amplamente utilizada na justiça laboral, a antecipação da tutela de urgência não possui recurso próprio que desafie a decisão proferida, já que por força do art. 893, § 1º da CLT e súmula 214 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), as decisões interlocutórias, com pontuais exceções¹, são irrecorríveis em separado no processo trabalhista. O problema surge por ser justamente esta a natureza das decisões que concedem ou denegam a antecipação da tutela de urgência, uma vez que se trata de pronunciamento judicial de natureza decisória, mas que não se enquadra na definição de sentença (art. 203, § 2º, do CPC).

Ante a necessidade de se permitir que houvesse o contraditório diante de uma decisão judicial de tamanha importância, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, em 2005, a súmula nº 414, que trata do meio de impugnação cabível quando há decisão a respeito do deferimento ou não da antecipação de tutela de provisória.

De acordo com a previsão normativa, não existe nenhum problema quanto à impugnação de decisão que concede a tutela provisória na sentença, uma vez que o recurso cabível é a apelação, que será manejada no prazo recursal relativo à própria sentença de mérito. A questão controversa surge por ocasião da decisão que concede ou não a tutela antecipada de urgência antes da sentença ou até liminarmente, ante a interpretação jurisprudencial de que existe incompatibilidade em aplicar-se subsidiariamente o Agravo de Instrumento, previsto no CPC como instrumento apto a impugnar decisões desta jaez no Processo Civil. Desta forma, no caso do inciso II da referida súmula, a jurisprudência consolidou a admissão do manejo do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal^{2,3} contra as decisões

¹ A súmula 214 do Colendo TST, ao tratar da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, traz 3 (três) hipóteses de cabimento de recurso imediato contra decisões com esta natureza jurídica.

² DIDIER JÚNIOR, classifica os “meios de impugnação de decisões judiciais”, separando as “ações autônomas de impugnação” dos “sucedâneos recursais” e considera o Mandado de Segurança como “ação autônoma de impugnação” por ser “o instrumento de impugnação da decisão judicial, pelo qual se dá origem a um processo novo, cujo objetivo é o de atacar ou interferir em decisão judicial.”. DIDIER JÚNIOR, F. *in Curso de Direito Processual Civil : Meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador. JusPodivm. 2016. p. 89.

³ KOZIKOSKI, entende “sucedâneo recursal” como a forma em que determinado instrumento impugnativo é empregado, e não como uma categoria autônoma de instrumento de impugnação, como se depreende da seguinte passagem: “Por fim, não se pode ignorar que em determinadas situações, as ações impugnativas autônomas são utilizadas como *sucedâneos recursais*.”. KOZIKOSKI, S. M. *in Sistema Recursal : CPC 2015*. Salvador. JusPodivm. 2016. p. 45.

interlocutórias exaradas em sede de antecipação desta modalidade de tutela provisória.

No entanto, conforme pretende demonstrar o presente trabalho, face à sua natureza especial e aplicação restrita, a utilização do Mandado de Segurança como “substituto” do Agravo de Instrumento Cível (AIC)⁴ revela-se inadequado e insuficiente para assegurar a possibilidade de impugnação e revisão da decisão judicial atacada face as especificidade e peculiaridades de cada um dos instrumentos, o que impede o direito à ampla recorribilidade e ao contraditório quando da apreciação judicial sobre o pedido do provimento antecipatório.

Para reforçar ainda mais a possibilidade e adequação de permitir-se a utilização do Agravo de Instrumento para impugnação em situações desta natureza, busca-se certificar que não existe incompatibilidade principiológica entre este instrumento recursal do processo civil e o processo trabalhista que possa obstar a sua aplicação.

Este trabalho está dividido em dois blocos. O primeiro capítulo trata posição enciclopédica do Direito Processual do Trabalho, perpassando pela velha discussão sobre a existência de uma autonomia do Direito Processual do Trabalho e como se dá sua relação com o Processo Civil, de modo a contextualizar a aplicação, seja subsidiária ou supletiva, de institutos do Processo Civil no Processo do Trabalho. Para alcançar tal objetivo, primeiramente são analisadas as teorias monista e dualista. Em seguida são estudados os princípios e características pertinentes a este trabalho destes dois ramos do Direito Processual, ressaltando-se os pontos de intersecção e de distanciamento entre eles.

O segundo capítulo é dedicado a uma visão geral sobre a necessidade de decisões mais céleres que deram origem às técnicas antecipatórias e tutelas cautelares e de como a aplicação destas técnicas no processo do trabalho acabaram originando a súmula nº 414 do TST. Em seguida faz-se um breve apanhado sobre as tutelas provisórias, demonstrando a sua classificação no CPC/2015 para posteriormente tratar especificamente da tutela antecipada.

Finalmente, trata-se da solução adotada para garantir a recorribilidade frente às decisões relativas à tutela antecipada na seara processual trabalhista, detalhando sobre os requisitos necessários ao manejo do Mandado de Segurança e sua

⁴ Visando diferenciar do instituto do “Agravo de Instrumento Trabalhista” previsto no art. 897, “b” da CLT.

aplicação de modo a deixar claro as diferenças nos pressupostos para concessão da segurança em relação à concessão da tutela antecipada de urgência.

2 PROCESSO TRABALHISTA E PROCESSO CIVIL EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A ideia que norteou a criação do processo do trabalho foi a de se efetivar um sistema de acesso à Justiça do Trabalho que fosse, a um só tempo, simples, rápido e de baixo custo para os seus atores sociais, portanto foi concebida uma “cláusula de contenção” do processo civil, já que à época da edição do art. 769 da CLT (1943) este era o único “direito processual comum” apto a ser utilizado como “fonte subsidiária”. (LEITE C. H., 2015).

O CPC/73 primava pela técnica processual, mas era extremamente lento, caro e “paternalista”, voltado muito mais à proteção dos direitos patrimoniais em detrimento dos direitos sociais, o que resultava em prejuízo às pessoas menos favorecidas que não tinham como arcar com os custos e lentidão do processo. Estas características, somadas ainda ao formalismo do CPC/73, implicaram na necessidade de uma aplicação mais rigorosa da “cláusula de contenção” e deram ensejo à necessidade da criação de institutos e mecanismos para que houvesse uma maior efetividade na prestação jurisdicional. Assim, entre outros institutos, foram criadas, através da Lei nº 8.952/94, as tutelas antecipada e específica, permitindo medidas coercitivas para o cumprimento dos provimentos judiciais. (LEITE C. H., 2015).

A mudança do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social acabou originando o que a doutrina denomina de *constitucionalização do direito processual*, que é a previsão contida na Constituição dos institutos fundamentais do direito processual. (SCHIAVI, 2016).

Para Didier Júnior (2016), a constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo. O fenômeno pode ser visto em duas dimensões: a) incorporação de normas processuais aos textos constitucionais; b) a intensificação do diálogo entre processualistas e constitucionalistas a partir do exame das normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 48).

Assim, a fonte formal mais importante do direito processual trabalhista é a Constituição já que nela se encontram presentes várias normas processuais tais como a contraditório, ampla defesa, devido processo legal, etc. Desta forma se pode inferir a existência de um Direito Processual Constitucional que exerce influência

direta no sistema processual pátrio, inclusive, é claro, no Direito Processual do Trabalho, cuja função é garantir a aplicação do Direito material do Trabalho e dos direitos fundamentais que se aplicam às relações de trabalho. (GARCIA, 2017).

Neste sentido, deve haver uma sintonia entre os princípios de qualquer ramo processual do direito com os princípios constitucionais do processo, o que obriga ao jurista, no momento de interpretar princípios e dispositivos infraconstitucionais, realizar a filtragem constitucional, compatibilizando, quando possível, a interpretação daqueles princípios e dispositivos com as normas constitucionais ou, no caso de não haver compatibilidade, afastar sua aplicação. (SCHIAVI, 2016).

Embora pareça uma obviedade de que, segundo Didier Júnior (2016, p. 49) “qualquer norma jurídica brasileira somente pode ser construída e interpretada de acordo com a Constituição Federal.”.

Dentro destas premissas, o que se apresenta em tensão é como a “cláusula de contenção” será aplicada frente a autonomia do Direito Processual do Trabalho em relação ao “direito processual comum”, já que o CPC/2015 claramente constitucionalizou-se e foi construído sob um raciocínio que visa

[...] adequação, tempestividade e efetividade do acesso individual e coletivo ao poder judiciário brasileiro [...]. De modo que a justiça passa a ser, a um só tempo, em nosso ordenamento jurídico, princípio de direito constitucional processual, bem como direito humano e direito fundamental”. (LEITE C. H., 2015, pp. 2805-2806)

2.1 AUTÔNOMO, MAS NÃO ISOLADO

O debate sobre a existência ou não da autonomia do Direito Processual do Trabalho “é antiga, remonta ao surgimento do Direito Processual do Trabalho no Brasil, em meados do século passado, e sobre ela já se debruçaram diversos ilustres processualistas.” (COLOMBO FILHO, 2015, p. 118).

No magistério de Romar (2010) e Schiavi (2016), ainda hoje persiste a discussão doutrinária sobre se o Direito Processual do Trabalho possui princípios próprios, ou seja, se é uma ciência autônoma do Direito Processual, já que ele é muito próximo do processo comum apesar de das suas peculiaridades específicas.

O eminente Professor Amauri Mascaro Nascimento sintetiza a origem da discussão com a seguinte indagação: “O direito processual do trabalho é autônomo

perante o direito processual comum ou, ao contrário, nele se integra, numa unidade material, da qual seria um dos componentes?” (NASCIMENTO, 2011, p. 26).

Foram desenvolvidas duas teorias visando solucionar esta questão. A primeira delas é a teoria “monista”, da corrente minoritária, que preconiza:

o direito processual é um só, governado por normas que não diferem substancialmente a ponto de justificar-se o desdobramento e a autonomia do direito processual penal, do direito processual civil e do direito processual do trabalho. Assim, o direito processual do trabalho, segundo essa concepção, não é regido por leis próprias e estruturado de modo específico, em nada diferindo suas instituições das demais de que se compõe o direito processual. (NASCIMENTO, 2011, p. 27).

Martins (2016) vai mais além ao afirmar que existe um bom número de autores que entendem que a legislação que rege o processo trabalhista só seria justificada se fosse inserida como um dos capítulos do Código de Processo Civil, visto que o Direito Processual Trabalhista não conseguiu separar-se do Direito Processual Civil.

Para Carrion (apud Leite, 2015, p. 165-166):

o direito processual se subdivide em processual penal e processual civil (em sentido *lato*, ou não penal). As subespécies deste são o processual trabalhista, processual eleitoral etc. Todas as subespécies do direito processual civil se caracterizam por terem em comum a teoria geral do processo separam-se dos respectivos direitos materiais (direito civil, direito do trabalho etc.) porque seus princípios e institutos são diversos. São direitos instrumentais que, eles sim, possuem os mesmos princípios e estudam os mesmos institutos. Os princípios de todos os ramos do direito não penal são os mesmos (celeridade, oralidade, simplicidade, instrumentalidade, publicidade etc.), e os institutos também (relação jurídica processual, revelia, confissão, coisa julgada, execução definitiva etc.). Assim, do ponto de vista jurídico, a afinidade do direito processual do trabalho com o direito processual comum (civil, em sentido *lato*) é muito maior (de filho para pai) do que com o direito do trabalho (que é objeto de sua aplicação).

A corrente majoritária, contudo, adota a teoria “dualista”, que afirma a autonomia do Direito Processual Trabalhista. No entanto, mesmo dentre aqueles que adotam a teoria “dualista” existem subcorrentes: “a dos moderados, a dos avançados e a dos radicais.” (GIGLIO e CORREA, 2007, p. 79).

A corrente radical tem a proposta de que o Direito Processual do Trabalho é totalmente autônomo em relação ao Direito Processual, sendo que Trueba Urbina⁵

⁵ Citado por MARTINS, S. P. na referida obra.

defende que o Direito Processual do Trabalho não se sujeita sequer aos princípios da Teoria Geral do Processo. Exageros à parte, a teoria geral do processo é equivalente a um tronco de árvore, de onde saem os diversos ramos, ou seja, aplica-se a teoria geral a todos os ramos processuais. (MARTINS, 2016).

A corrente moderada sustenta que tal autonomia existe, mas é relativa porque a aplicação subsidiária do “processo comum” na seara trabalhista revelaria a dependência ao Direito Processual Civil. (GARCIA, 2017).

A própria CLT em seu art. 769 determina que, nos casos em que a mesma seja omissa, haja a aplicação, do Direito Processual Comum, exceto no que não for compatível com as normas⁶ que regem o Direito Processual do Trabalho, como fonte subsidiária.

Martins (2016), refutando o argumento pelo qual a relativização da autonomia é determinada pela aplicação subsidiária do Processo Comum nas omissões da CLT sobre o tema processual, usando como comparação disposição da CLT sobre direito material, ensina:

Não é a omissão da CLT ou a falta de código regulando a matéria que torna relativa a autonomia do Direito Processual do Trabalho. O parágrafo único do artigo 8º da CLT manda aplicar o Direito Civil de forma subsidiária, mas o Direito do Trabalho é autônomo em relação ao Direito Civil. (MARTINS, 2016, p. 63)

Um fato que reacendeu o debate foi a redação do art. 15 do CPC, que traz um comando que implica em que:

[,,]Na ausência de normas que regulem processos trabalhistas (assim como eleitorais ou administrativos), as disposições do referido Código devem ser aplicadas supletiva (ou seja, como complementação normativa, quando o instituto não é disciplinado de forma integral pela lei de Direito Processual do Trabalho) e subsidiariamente (quando há omissão total da lei processual trabalhista a respeito de certa matéria). De todo modo, evidentemente, exige-se a mencionada compatibilidade para essa aplicação. (GARCIA, 2017, p. 36)

Embora em um primeiro momento possa aparentar que há uma prevalência do Direito Processual Civil sobre o Processo Trabalhista, já que a norma do diploma processual civil “impõe” sua aplicação subsidiária e supletiva a outros ramos processuais, essa é uma falsa aparência, pois existem dois fortes argumentos em

⁶ As “normas” são aquelas do Título X da CLT, que regem o “Processo Judiciário do Trabalho”.

contrário: o primeiro é que, sendo o CPC uma lei geral, não revogaria as disposições em contrário da CLT, já que a mesma se trata de lei especial e “*lex posteriori generalis non derogat priori speciali*” (BOBBIO, 1999, p. 108); o segundo é que, conforme já trabalhado anteriormente, a própria CLT já traz em seu conteúdo dispositivo que “atrai” a aplicação do processo comum no caso de omissão do diploma legal trabalhista, o que tornaria as duas normas compatíveis desde que, ao se aplicar normas processuais civis, sejam respeitados os princípios que regem o Direito Processual do Trabalho. Como se pode notar, há, realmente, a aplicação subsidiária e supletiva do Direito Processual comum no âmbito do processo do trabalho, quando há omissão deste e compatibilidade das normas processuais civis.

Presentes, portanto, esses dois requisitos (lacuna e compatibilidade principiológica), poderemos destacar, pontualmente, que no Processo do Trabalho as normas do Novo CPC serão:

- a) aplicadas supletiva e subsidiariamente sem restrição;
- b) de aplicação supletiva e subsidiariamente duvidosa;
- c) absolutamente inaplicáveis. (PEREIRA, 2017, p. 81)

A terceira corrente, que Martins (2016) chama de “inominada”, na lição de Coqueijo Costa (1984, apud MARTINS, 2016, p. 63) tem uma visão diferente e sustenta que “o Direito Processual do Trabalho é autônomo, pois não há direito especial sem juiz próprio, sem matéria jurídica especial e sem direito autônomo. Sua matéria é extensa, sua doutrina homogênea e tem método próprio”.

Para definir a autonomia do Direito Processual do Trabalho, são analisados vários aspectos que demonstram a existência de um processo diferenciado do civil. Martins (2016) examina a autonomia do Processo do Trabalho sob o ângulo do desenvolvimento legal, doutrinário, didático, e sob o aspecto jurisdicional e científico.

A respeito do desenvolvimento legal tem-se, de acordo com Leite (2015), a existência de grande produção legislativa e até um título reservado ao Direito Processual do Trabalho na Consolidação das Leis do Trabalho. Sendo que, *contrario sensu* àqueles que enxergam na subsidiariedade do Processo Comum uma dependência ao mesmo pelo Processo Trabalhista, aqui o viés é de considerá-lo como um mero coadjuvante.

No mesmo sentido sobre a produção legislativa, Giglio e Correa (2007), em análise objetiva da realidade, sustentam que só haveria de ser considerado

autônomo um ramo do direito que reunisse uma expressiva quantidade de legislação específica.

Embora os autores sejam quase unânimes quanto a existência de uma expressiva quantidade de normas sobre o tema, muitos fazem uma crítica a respeito da não existência de um “verdadeiro” código processual trabalhista com conteúdo “independente” do CPC. (GARCIA; PEREIRA, 2017; SARAIVA e MANFREDINI, 2016; SCHIAVI, 2016).

No tocante ao aspecto doutrinário Garcia (2017) defende que a autonomia é demonstrada devido à grande diversidade de obras publicadas sobre o tema. Corroborando esta idéia, “O Brasil, pode-se dizer, é um dos países que mais tem obras sobre Direito Processual do Trabalho, muitas delas de qualidade reconhecida internacionalmente.” (PEREIRA, 2017, p. 44).

Interessante verificar o crescimento da importância do direito processual do trabalho no campo didático. (GIGLIO & CORREA, 2007, p. 80) escreveram, analisando a realidade à época, que “ A autonomia didática não está bem caracterizada, no Brasil, pois são relativamente poucas as Faculdades de Direito que mantêm curso de Direito Processual do Trabalho em nível de bacharelado”. Pouco menos de dez anos depois a realidade com que se depara é outra, pois

No que diz respeito ao desenvolvimento didático, muitas faculdades de Direito ministram a matéria Direito Processual do Trabalho há muitos anos no curso de bacharelado seja em um ano, seja em um semestre. Hoje, existem muitos cursos que estão se especializando na preparação para ingresso na magistratura do trabalho, possuindo matéria específica sobre processo do trabalho. (MARTINS, 2016, p. 65)

Analisando-se a autonomia do direito processual do trabalho sob o prisma jurisdicional não existem dúvidas da total autossuficiência do mesmo, pois “Parece-nos legítimo considerar também a autonomia jurisdicional, se existirem órgãos jurisdicionais especiais encarregados de dirimir os conflitos trabalhistas.” (GIGLIO & CORREA, 2007, pp. 79-80).

Martins (2016) e Pereira (2017) não consideram a autonomia jurisdicional como um critério determinante para se aferir a autonomia do direito processual do trabalho, pois para os autores, a jurisdição seria uma consequência da autonomia. No entanto eles aduzem que desde 1946, com a inclusão pela Constituição da justiça do trabalho como órgão do poder judiciário, temos uma instituição própria

neste campo. Sendo, portanto, a jurisdição decorrente da autonomia, forçoso concluir a existência da autonomia neste campo.

A autonomia científica pode ser aferida através da verificação de que o direito processual do trabalho possui, segundo Giglio e Correa (2007), instituições, princípios, princípios ideais e fins próprios. Acrescente-se a estes, segundo Nascimento (2011) e Leite (2015) linguagem, conceitos e destinação próprios, embora não possua “métodos tipicamente próprios, pois a hermenêutica, que compreende a interpretação, integração e a aplicação das normas jurídicas processuais, é a mesma da teoria geral do direito processual.” (LEITE C. H., 2015, p. 168)

Independentemente da autonomia do direito processual do trabalho é necessário que seja ressaltado que isso não implica em isolamento, estando o mesmo integrado ao sistema jurídico processual e adstrito à sua racionalidade e metodologia na busca ao objetivo final comum a todos os ramos do direito processual. (CASTELO, 1996).

No mesmo sentido tem-se:

A autonomia do direito processual do trabalho, contudo, não implica seu isolamento. Por integrar o sistema processual, o direito processual do trabalho deve observar a unidade metodológica comum a todos os demais ramos do direito processual. Mas isso não pode implicar o distanciamento do direito processual do trabalho em relação ao direito material, ao qual está umbilicalmente vinculado. (LEITE C. H., 2015, p. 169).

É justamente com vistas nesta independência conectada aos outros ramos do direito processual que se faz necessária a análise de como se dá a (co)existência e (des)harmonia de princípios comuns e princípios específicos dos diversos ramos do direito processual já que, ao se aplicar institutos do direito processual comum ao direito processual do trabalho, os institutos utilizados trazem consigo toda a carga valorativa e principiológica do sistema para o qual foram concebidos, e sua adaptação ao direito processual do trabalho nem sempre é isenta de problemas, pois ainda que sejam usados de forma subsidiária ou supletiva, e por isso possa existir a falsa impressão de que basta “enquadrá-los à moldura” dos princípios do direito processual do trabalho para que sejam alcançados os objetivos perseguidos, tais adaptações (ou a resposta a estas adaptações) podem ser, em maior ou menor grau, incompatíveis com aqueles princípios informadores.

2.2 PRINCÍPIOS: MEUS, SEUS, NOSSOS

De acordo com Cavalcante (2007), existem três grandes categorias para classificar os princípios: a primeira delas, que contém os princípios que se aplicam a todas as formas de saber, seria a categoria dos “princípios omnivalentes”; a segunda contém os “princípios plurivalentes”, que são princípios que, embora não aplicados a todas as formas de saber, são aplicáveis a diversos campos do conhecimento; finalmente a terceira categoria que engloba os “princípios monovalentes”, aqueles que são válidos apenas em determinada ciência, caso em que se encontram os princípios gerais do direito.

Leite (2017), analisando o sistema jurídico, discorre que a coerência interna do mesmo está ligada aos princípios sobre o qual é organizado e que a operacionalização deste sistema depende da subdivisão dos princípios jurídicos, cuja natureza será de princípio “geral” ou “especial”.

Os princípios jurídicos, segundo Delgado (2016, p. 145), são “proposições gerais inferidas da cultura e do ordenamento jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito.”

Um conceito mais abrangente é o de Reale (2003) que agrega a qualidade de “verdade fundante” aos princípios, de modo que mais que uma simples proposição geral, eles carregam uma adjetivação que lhes proporciona uma grande carga valorativa.

"princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis." (REALE, 2003, p. 37)

De qualquer modo, consideram-se os princípios originados da criação das pessoas organizadas socialmente e postas ao crivo desta sociedade como representativo da realidade social experimentada. (CAVALCANTE, 2007).

Analisando-se o ensinamento destes autores verifica-se a função múltipla dos princípios, dos quais se destacam, entre outros, sua natureza normogênica, ou seja, são os fundamentos das regras, embasam toda a criação as regras de modo que elas (regras) não podem contrariar os princípios norteadores. Assim também é

observado quando se depara com a interpretação e aplicação destas normas no ordenamento jurídico, e mais especificamente dentro dos respectivos ramos do direito.

Leite (2015), considera restar superado o debate acerca da posição dos princípios entre as fontes do direito, já que agora os princípios constitucionais são considerados como fontes normativas primárias do sistema jurídico, ostentando a condição de normas mais importantes do ordenamento jurídico pátrio, estando ultrapassada, portanto, a antiga interpretação pela qual eram reputados como fontes subsidiárias integrativas.

Por ostentar tal importância, é possível determinar que a ofensa a um princípio representa uma ameaça ao sistema normativo como um todo, sendo algo extremamente mais gravoso que a violação a uma regra.

Conforme tratado anteriormente, apesar do direito processual do trabalho possuir autonomia, não está isolado dos demais ramos do direito processual. Isso resulta em que o mesmo possui princípios próprios, princípios em comum com outros ramos do direito e princípios de outros ramos do direito que, por via da aplicação supletiva ou subsidiária de institutos, acabam por ingressar na seara do processo trabalhista. Portanto faz-se necessário examinar tanto os princípios próprios do campo processual trabalhista quanto àqueles que são comuns a ele e até os afeitos a outros ramos processuais objetivando a compreensão do fenômeno da heterointegração.

Há *princípios comuns* ao direito processual civil e ao direito processual do trabalho, fundamentais do direito processual; há, também, *princípios comuns com maior intensidade* no processo trabalhista, e, finalmente, em menor número, *específicos* do processo trabalhista. (NASCIMENTO, 2011, p. 39).

A dificuldade se apresenta em como identificar quais são os princípios processuais trabalhistas, pois de acordo com Martins (2016) não há um consenso razoável entre os doutrinadores sobre quantos e quais seriam os princípios processuais trabalhistas.

A especificação dos princípios do direito processual do trabalho é tarefa muito difícil, pois há dúvida sobre quais seriam esses. Cada autor enumera os seus. Em um congresso de processo do trabalho, o tema foi debatido: um autor indicou 20 princípios; outro, três; e um outro, apenas um. (MARTINS, 2016, p. 89)

Atendo-se aos limites do presente trabalho, a análise realizada limita-se aos princípios processuais ligados diretamente ao objeto da pesquisa, sendo eles: a) Princípio do direito ao contraditório e da ampla defesa; b) Princípio da aplicação subsidiária da legislação processual comum ao processo do trabalho; c) Princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e; d) Princípio do duplo grau de jurisdição.

2.2.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O artigo 5º, LV da Constituição Federal (CF), que faz parte do rol dos direitos e das garantias individuais, traz o seguinte comando:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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; (BRASIL, 2017)

Se anteriormente o “contraditório” era reputado como “a necessidade de ouvir a pessoa contra a qual a decisão será proferida e a garantia desta de defender-se;” (NASCIMENTO, 2011, p. 40), atualmente existe uma nova concepção para o contraditório. Na visão de Theodoro Júnior (2015, p. 51), tal concepção significa que “As partes, [...], terão o direito de influir efetivamente no *iter* de formação do provimento judicial.”

No mesmo sentido:

Contraditório - mais do que simples ciência e reação - é o direito de plena *participação* de todos os atos, sessões, momentos, fases do processo, e de efetiva *influência* sobre a formação da convicção do julgador. (WAMBIER & TALAMINI, 2016, p. 32).

Kozikoski, (2016) afirma que deve existir, se não a possibilidade daquele que espera a tutela do Estado influenciar na decisão a ser exarada, ao menos a concessão de “condições reais, efetivas, de influenciar” tal decisão. O referido autor, sob a orientação constitucional do novo diploma legal processual civil, caracteriza a nova interpretação sobre o contraditório como contendo duas “faces”, o

“contraditório influência” e o “contraditório participação”. Didier Jr. (2016), afirma que estas “faces”, que seriam as duas garantias que compõem o princípio do contraditório, são expressas em duas dimensões, a dimensão formal

A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, 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 JÚNIOR, 2016, pp. 81-82).

A outra “face”, ou garantia, diz respeito à dimensão substancial do contraditório.

[...] a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do "poder de influência". Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é o *poder de influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 82)

Destas lições verifica-se que, via de regra, é imposição constitucional a participação efetiva das partes no processo, com a real possibilidade de influenciar na decisão a ser proferida. Tal participação efetiva confere uma maior “legitimação” à decisão estatal que, ao final, sujeitará as partes ao seu cumprimento. (KOZIKOSKI, 2016).

Exceção a essa regra e que será objeto de análise posterior, se faz presente no caso de concessão liminar de tutela provisória, situação na qual, em favor da efetividade, é mitigada a necessidade de contraditório prévio, principalmente por tratar-se de decisão provisória e que possui mecanismos de minoração de possíveis danos causados por sua efetivação.

Lado a lado com o contraditório, a ampla defesa é a concretização do direito constitucionalmente assegurado da parte de poder influenciar de forma efetiva a decisão do juízo de modo a defender seu patrimônio jurídico de qualquer invasão indevida.

Sobre o aspecto da existência de ligação ou conexão entre o “contraditório” e a “ampla defesa”, a doutrina de Marinoni, Arenhart & Mitidero (2016) está no sentido de não considerá-los como interligados.

Diante da dicção do art. 5.º, LV, da CF, seria possível pensar que o contraditório e a ampla defesa são conceitos interligados, isto é, que se direcionam um contra o outro ou se complementam mutuamente. Mas não é bem assim. O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação. (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016, p. 391).

Mas na doutrina de Leite (2015, p. 113), o princípio da ampla defesa “Encontra-se positivado no art. 5º, LV, da CF, funcionando como complemento do princípio do contraditório.”.

Em sentido semelhante, no magistério de Donizetti (2016), a ampla defesa é conceituada como sendo a manifestação de uma das “faces” do contraditório.

A ampla defesa, também prevista no art. 5º, LV, da CF/1988, corresponde à dimensão substancial do contraditório. Representa, assim, o direito de participar efetivamente na formação do convencimento do julgador ou, em outras palavras, o acesso “aos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei”. (DONIZETTI, 2016, pp. 99-100).

Didier Jr. (2016) concorda com Donizetti e vai ainda mais longe ao afirmar que

Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental.
A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 89)

Assim, para esse autor, mais que a expressão da dimensão substancial do contraditório, ambos, contraditório e ampla defesa são um só princípio.

Entende-se como ampla a defesa que é ilimitada, cuja possibilidade de alegar e provar não seja limitada de forma irracional, seja pela lei seja pelo juiz, embora existam certas situações em que, em nome da efetividade do direito, seja permitido, como no caso de tutela antecipada fundada na urgência, a realização da

defesa depois de já haver efeitos no patrimônio jurídico da parte. (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016)

A análise da palavra “defesa” utilizada neste dispositivo constitucional comporta interpretações distintas. Para Martins (2016, p. 87) “A ampla defesa diz respeito ao réu, que é quem se defende, e não ao autor.”.

Wambier e Talamini (2016) também sustentam que a expressão “defesa” está ligada ao “réu”.

Uma vez que se garante que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ter sua apreciação pela Jurisdição excluída, é certo que também o réu (i.e., o adversário daquele que foi pedir a proteção judicial) tem o direito de ser ouvido pelo Judiciário [...]

Sob esse aspecto a garantia de ampla defesa - compreendida como o direito de o réu também poder formular alegações, produzir provas, enfim, influenciar a formação da convicção do juiz - já seria também extraível do princípio do acesso à justiça. (WAMBIER & TALAMINI, 2016, p. 32)

No mesmo diapasão está a lição de Bueno

Não há razão para deixar de entender a ampla defesa,[...] como a garantia de todo e qualquer *réu* (nomenclatura mais utilizada para o processo civil) ter condições *efetivas*, isto é, *concretas* de se responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos. (BUENO, 2016, p. 49)

No entanto a “defesa” que consta no texto constitucional, salvo melhor juízo, deve ser entendida não apenas como aquela aduzida pelo réu em resistência à pretensão do autor, mas sim “defesa” conceituada de forma ampla, a defesa dos direitos (que são tanto do autor quanto do réu), pois as garantias do comando constitucional são comuns aos “litigantes” (e não a um ou outro separadamente).

Donizetti (2016) considera o binômio “ampla defesa/amplitude do direito de ação”, que seria

O direito da parte de impugnar o que não lhe é afeito (alegações, documentos, fundamentações) e de reagir aos atos que lhe são desfavoráveis – reage-se à petição inicial, contestando; reage ao alegado na contestação, replicando; reage-se à sentença, recorrendo. (DONIZETTI, 2016, p. 100).

Segundo Mendonça Júnior⁷ (2001, apud DIDIER JR. 2016, p. 88) “a ampla defesa é ‘direito fundamental de ambas as partes’, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório”.

A participação das partes, como já dito, é corolário para a legitimidade do poder jurisdicional, e dentro desta perspectiva o autor possui o mesmo direito de participação efetiva no processo quanto o réu, pois do contrário o referido processo padeceria de ilegitimidade. (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016)

Na mesma direção em compreender o direito à ampla defesa como intrínseco a ambas as partes no processo

Advirta-se, porém, que esse princípio também é de mão dupla, uma vez que a bilateralidade da ação e da defesa aproveita tanto o réu quanto o autor. Vale dizer, reconhece-se, atualmente, em virtude da aproximação cada vez maior entre o direito material e o direito processual, que o autor, quando vai a juízo, encontra-se em situação de “defesa” do seu direito material lesado ou ameaçado de lesão pelo réu. É por isso que o princípio da ampla defesa, em favor do autor, permite ao juiz conceder tutelas antecipatórias para proteção imediata do direito material do autor. (LEITE C. H., 2015, p. 112)

A parte final do dispositivo diz respeito aos “meios e recursos **a ela inerentes**” (grifo nosso). Se o dispositivo constitucional está aparentemente vinculando os “meios e recursos” a “ampla defesa” (ela), daí ressalta a importância de que a “ampla defesa” seja vista de maneira ampla e considerada como um princípio direcionado a garantia de ambas as partes. Uma interpretação literal do dispositivo acima referido poderia levar à conclusão de que os “meios e recursos” estão ligados exclusivamente à ampla defesa que alguns autores veem como aplicável apenas ao réu. No entanto uma interpretação sistêmica, considerando ainda a necessidade de se oportunizar às partes a “paridade de armas”⁸⁹ e em observação a toda a dimensão do contraditório, demonstra que a oportunidade de utilização dos “meios e recursos” são direitos dos litigantes.

A partir deste prisma se nota que existe um equívoco no dispositivo constitucional, pois os “recursos” são atinentes tanto à defesa quanto à ação, que

⁷ MENDONÇA JÚNIOR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 57.

⁸ Originada do princípio da igualdade que se extrai do art. 5º *caput* da CF.

⁹ Esta paridade não seria absoluta, situação que só ocorreria entre partes que fazem parte da mesma realidade em igualdade de situações processuais. SCHIAVI, M., *Manual de processo do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr., 2016.

“[...] não dispensa a possibilidade de alegar, de provar, de controlar a racionalidade da decisão e de recorrer.” (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016, p. 392).

A expressão “recursos a ela inerentes” na visão de Bueno (2016), não está relacionada ao conceito técnico-processual, definido por Kozikoski (2016, p. 44), como “instrumentos genéricos de impugnação dos pronunciamentos judiciais, que não ensejam instauração de nova relação jurídico-processual.”, e sim “como a criação de mecanismos, de formas, de *técnicas processuais*, para que a ampla defesa seja exercitada a contento.” (BUENO, 2016, p. 49).

No entanto, ao afastar-se do conceito técnico-processual, o referido autor aproxima-se mais da definição de “meios”, termo que também está presente na referida norma, resultando em superposição ou redundância de conceitos.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), constroem todo um raciocínio jurídico fazendo distinção entre “meios” e “recursos”, deixando explícito através das passagens que o termo “recursos” refere-se claramente àqueles instrumentos processuais ensejadores de uma revisão da decisão judicial¹⁰, como é possível observar nos excertos abaixo.

Porém, isso não quer dizer que o legislador não possa, diante de certas situações, restringir o direito à prova e ao recurso. Uma lei pode deixar de prever a possibilidade de recurso diante de determinada situação de direito material [...].

A restrição ao uso do recurso tem justificativa na desnecessidade de se dar oportunidade de dupla revisão a determinada situação de direito substancial. Se a eliminação do recurso é justificada pela *situação de direito substancial*, não há que se pensar em violação ao direito de defesa, uma vez que a norma constitucional diz claramente que são assegurados os meios e recursos “*inerentes*” ao contraditório – isto é, à ação e à defesa.

[...]ela¹¹ afirma que estão garantidos o contraditório, a ampla defesa e os “recursos a ela inerentes”.

Caso o desejo da norma fosse o de garantir, em todo e qualquer caso, o direito de recorrer, teria apenas dito que aos litigantes são assegurados o contraditório, a ampla defesa, e os *recursos*, e não o contraditório, a ampla defesa, e os meios e *recursos a ela inerentes*. Ora, se são assegurados o contraditório, a ampla defesa e os *recursos a ela inerentes*, é porque os recursos *nem sempre são inerentes* ao contraditório e à ampla defesa. (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016, pp. 392-393)

Desta forma é possível se extrair que, em determinadas situações, eventualmente existe uma restrição do direito ao recurso, mas que essa condição é

¹⁰ Um conceito simplificado do autor do presente trabalho, que visa tão somente a não repetição do conceito da lavra de Kozikoski, que é mais completo e abrangente, e que deve ser aplicado implicitamente ao raciocínio desenvolvido na passagem.

¹¹ Referindo-se à norma constitucional.

uma excepcionalidade e deve haver uma justificativa dentro da análise do direito substancial.

2.2.2 Princípio da aplicação subsidiária da legislação processual comum ao processo do trabalho

A CLT traz expressamente, nos seus arts. 769¹² e 889¹³, a previsão da utilização de outros códigos processuais para auxiliar ou regular situações jurídico-processuais em face de omissões e lacunas da legislação processual trabalhista. Estes dispositivos possuem o seguinte teor:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal. (BRASIL, 1943)

Para Martins Filho (2016); Pereira (2017); Saraiva e Manfredini (2016), a aplicação subsidiária da legislação processual comum ao processo do trabalho, mais do que um comando das normas especificadas nos arts. 769 e 889 da CLT, expressa um princípio do direito processual trabalhista.

Na lição de Nascimento (2011), existem várias classificações para as normas processuais do trabalho, mas a adotada no presente trabalho divide as normas quanto à “origem” e quanto à “matéria”, sendo que de acordo com a origem, as normas são separadas em “próprias”, que são aquelas previstas na legislação trabalhista; ou “subsidiárias”, que são as normas de direito processual comum às quais, observados certos critérios, são aplicadas ao direito processual trabalhista. No tocante à matéria, são separadas “em normas de *organização e competência*, normas sobre a *ação* e normas sobre o *processo* e o *procedimento*.” (NASCIMENTO, 2011, p. 31).

¹² Referente à fase de conhecimento.

¹³ Referente à fase de execução.

As normas subsidiárias aplicadas ao processo do trabalho são aquelas do direito processual comum¹⁴, aquelas da Lei nº 6.830/80 (Lei da Execução Fiscal)¹⁵ etc., sendo claro que o “direito processual comum” não é apenas o direito processual civil, mas também o direito processual penal, a Lei dos juizados especiais, Lei da Ação Civil Pública, Lei do Mandado de Segurança, etc. No entanto, em atenção ao objeto deste trabalho e observando-se que o processo civil, no que diz respeito ao ramo processual de natureza diversa da criminal, é aquele que guarda mais semelhanças com o processo trabalhista relativamente ao processo de conhecimento, a partir deste momento as referências e comparações à respeito da aplicação subsidiária tem como referência, salvo expressa menção direta a outro ramo ou diploma processual, o processo civil.

A lição de Martins (2016, p. 75), ensina que “subsidiário vem do latim *subsidiarius*, tendo o sentido que é o de reserva, quem vem na retaguarda, que é de reforço, ou seja, que auxilia, que ajuda, que socorre, que apoia ou reforça.”. Esse “auxílio” só é possível quando a CLT e a legislação esparsa são omissas, ou seja, não conseguem preencher as lacunas existentes, sendo insuficientes para regular as situações jurídicas e sociais que se apresentam no campo processual trabalhista. (PEREIRA, 2017) .

Analisando-se as normas acima, verifica-se que para que haja a incidência do princípio da aplicação subsidiária da legislação processual civil¹⁶ ao processo do trabalho é necessária a existência concomitante de duas condições. Primeiro, de omissão (ou lacuna), devendo se ressaltar que a omissão que autoriza utilizar-se de forma solidária a legislação processual comum não é aquela apenas relativa às normas processuais contidas unicamente na CLT, e sim aquela que não é preenchida por nenhuma outra lei processual trabalhista, como a Lei nº 5.584/70 e a Lei nº 7.701/88. Segundo, a necessidade de compatibilidade principiológica entre a norma processual civil a ser aplicada e o processo trabalhista. (GARCIA, 2017; MARTINS FILHO, 2016).

A omissão não está ligada exclusivamente a inexistência de norma processual que seja aplicável ao fato. Existem outros dois tipos de omissão que

¹⁴ Cujas aplicação está prevista no art. 769 da CLT, cabível ao processo de conhecimento.

¹⁵ Cujas aplicação está prevista no art. 889 da CLT, cabível na execução trabalhista.

¹⁶ Conforme explicado há pouco, o processo civil, salvo expressa a outro ramo processual, será utilizado como referência neste estudo.

pressupõem a existência da norma que, embora seja aplicável, acaba por não alcançar a finalidade instrumental que se espera dela.

[...] ela [a omissão] pode ser normativa (inexiste a norma), ontológica (há norma, mas não é mais compatível com os fatos sociais quer dizer, está desatualizada) e axiológica (as normas existentes levam a uma solução injusta ou insatisfatória, incompatíveis com os valores de justiça e equidade.) (SARAIVA & MANFREDINI, 2016, p. 44).

As previsões das normas dos arts. 769 e 889 da CLT já mencionadas expõem a manifesta incompletude do sistema processual trabalhista em razão das omissões encontradas, resultando em duas correntes doutrinárias sobre qual é a melhor interpretação do princípio da aplicação subsidiária. A corrente da teoria “tradicional”¹⁷ – a qual estão alinhados renomados juristas, como Pedro Paulo Teixeira Manus e Manoel Antonio Teixeira Filho, e a corrente da teoria “moderna”¹⁸ – que conta com doutrinadores do quilate de Mauro Schiavi, Carlos Henrique Bezerra Leite e Jorge Luiz Souto Maior. (PEREIRA, 2017).

A corrente da teoria “tradicional” defende a tese de que a somente a omissão (lacuna) normativa é condição indispensável para que se possa cogitar a aplicação subsidiária do processo civil ao processo trabalhista. Trata-se, portanto, de uma espécie de critério primário que uma vez não existindo, não seria possível a utilização da subsidiariedade.

[...] Desse modo, como sabemos, a lei estabelece a regra específica a se aplicar tanto na fase de conhecimento quanto na de execução. E há em comum na aplicação de ambas as leis o requisito da omissão pela CLT, o que desde logo exclui aplicação de norma subsidiária quando aquela disciplinar a matéria. (MANUS, 2007, p. 44).

No mesmo sentido, para Teixeira Filho (2006), a opção do legislador por privilegiar a verificação da omissão “a priori” do critério de compatibilidade, revela um critério “lógico-axiológico” cujo conteúdo só permite a possibilidade de aferição de compatibilidade a partir da omissão da CLT sobre a matéria. Portanto a omissão seria “pressuposto fundamental” a ser observado antes de se perquirir a compatibilidade do processo civil com o processo trabalhista.

¹⁷ Também referenciadas pelo autor na obra como “clássica” ou “restritiva”.

¹⁸ Também referenciadas pelo autor na obra como “evolutiva”, “ampliativa” ou “sistemática”.

Resta, pois, evidente que o NCPC continuará sendo aplicado ao processo do trabalho naquilo em que houver omissão, e, se tal regra não for incompatível com o quinteto que o sustenta, como visto acima. Não fosse só isso, havendo norma expressa no Processo Operário, por se tratar de norma especial, esta afastará as do NCPC, ainda que sejam recomendáveis e até desejáveis, salvo se a regra celetista for incompleta e exigir complementação, ajustando-se harmonicamente como uma luva. (CORRÊA, 2017, p. 125)

Os fundamentos para a adoção da tese estão relacionados ao respeito ao princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), impedindo a aplicação de regras processuais diversas àquelas da legislação processual trabalhista e, com isso, proporcionando segurança jurídica e consequente estabilidade nas relações jurídicas em benefício dos jurisdicionados e operadores do direito. (PEREIRA, 2017).

A corrente da teoria “moderna” defende a tese de que as omissões ontológicas e axiológicas reclamariam a aplicação subsidiária do direito processual civil ao direito processual trabalhista.

A demonstração da adesão a essa corrente se constata através da seguinte passagem:

Não foi infrequente, no quintal laboralista, reverenciar-se uma classificação oriunda da egrégia Maria Helena Diniz que classifica as lacunas como normativa quando ausente o texto legal, ontológica, quanto o texto está defasado em relação aos fatos e axiológica, quando a aplicação do texto gera solução injusta e acaba por se mostrar defasado do próprio Direito. (WALDRAFF, 2015, p. 89)

Vendo por esse prisma, não haverá necessidade da existência de omissão normativa na CLT ou legislação processual trabalhista extravagante regulando a matéria, bastando tão somente que a legislação esteja desatualizada ou que não cumpra com os seus deveres instrumentais de proporcionar ao trabalhador o real e efetivo acesso à justiça trabalhista bem como não seja capaz de atender os princípios constitucionais da máxima efetividade jurisdicional, da celeridade (e duração razoável do processo). Acrescenta ainda, em resposta aos fundamentos esgrimidos pelos defensores da corrente “tradicional” que não haveria violação do devido processo legal, pois a lei deve ser conhecida por todos e o juiz trabalhista não estaria criando regras ao aplicar o CPC, e sim utilizando uma norma positivada de maior efetividade do que a CLT e que mantém consonância com os princípios do direito processual trabalhista. (SCHIAVI, 2016).

A heterointegração pressupõe, portanto, existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas, também, das lacunas ontológicas e axiológicas. Dito de outro modo, a heterointegração dos dois subsistemas (processos civil e trabalhista) pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas, também, quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado. (LEITE C. H., 2015, p. 183)

Encampando esta teoria mais preocupada com as necessidades do jurisdicionado e com a efetividade e duração razoável do processo está o Enunciado n. 66, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho na Justiça do Trabalho:

Enunciado 66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE.

Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação das normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social”.

Fica clara, portanto, a busca pela aproximação e diálogo entre as fontes normativas, embora tenha havido uma certa agitação na seara trabalhista quando da entrada em vigor do CPC devido a norma inserta naquele diploma legal que prevê:

“Art. 15 - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” (BRASIL, 2015).

Apesar da dicção do texto, não houve nenhuma novidade em relação ao que estava sendo praticado no processo do trabalho, já que apesar das normas processuais trabalhistas preverem apenas a aplicação subsidiária do processo civil, é certo que a aplicação já se dava de forma supletiva e subsidiária.

A “aplicação subsidiária” tem por objetivo o preenchimento de lacuna total, representada pela inexistência de norma, já a “aplicação supletiva” objetiva tão somente uma complementação parcial. O único pequeno “desencontro” dessa via de mão dupla diz respeito aos critérios insculpidos em cada norma para a aplicação

subsidiária/supletiva. A norma processual civil não prevê a compatibilidade para sua aplicação, limitando-se apenas a considerar a ausência de norma originária, enquanto a norma processual trabalhista reclama também o requisito da compatibilidade. (WALDRAFF, 2015).

Em verdade o que há de novo é a abertura de uma “ponte” para a integração dos diversos subsistemas processuais, devido o compromisso do novo CPC com a efetividade, a celeridade, a entrega da prestação jurisdicional, simplificação de procedimentos, etc., aproximando ainda mais o processo civil do processo trabalhista.

Devido a esta aproximação e também porque vários preceitos normativos do direito processual trabalhista necessitam de atualização ou são simplesmente inadequados, a tendência é que os princípios contidos no CPC naturalmente exerçam influência no processo trabalhista, exigindo uma hermenêutica diferenciada dos operadores do direito para a compreensão de que o processo do trabalho é um instrumento do direito constitucional para realização dos direitos fundamentais e justiça social e que para que esse objetivo seja alcançado essa realização tem de se dar de forma efetiva, adequada e célere. (LEITE C. H., 2015).

Antecipando-se a essa tendência de maior influência do CPC no processo trabalhista e preocupado com a possibilidade de que a aplicação pelos juízes das varas e Tribunais pudesse vir a ser muito díspar na aplicação de normas do CPC ao processo do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) publicou, em 2016, a Instrução Normativa (IN) nº 39¹⁹, que trata dos dispositivos do CPC aplicáveis na seara processual trabalhista e reforçando que essa aplicação é dependente da observância dos princípios que regem o processo do trabalho. No entanto a edição desta IN, a pretexto de servir de guia para magistratura trabalhista, também pode representar uma interferência indevida na independência dos magistrados, como podemos inferir nesta passagem.

Ainda que a intenção do TST tenha sido de orientar a magistratura trabalhista quando editou a IN n. 39[...]

No entanto, se se retirar dos magistrados de 1º e 2º graus o direito de exercitarem as suas independências e imparcialidades, obrigando-os a curvarem ao arbítrio da IN 39, já não mais precisaremos de intérpretes, bastará um feitor ditando os ritos processuais, auxiliado por um servidor

¹⁹ Objeto de impugnação pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, através da ADI 5516.

carimbando o que pode e o que não se pode fazer. O princípio do convencimento motivado esvai-se completamente. (CORRÊA, 2017, p. 132)

2.2.3 Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e princípios correlatos

Atendendo ao comando do disposto no § 1º do art. 893 da CLT não há cabimento de recurso imediato para desafiar as decisões interlocutórias. No entanto a CLT não traz em seu conteúdo, a definição do que seja “decisão interlocutória”, pelo que se utiliza o conceito contido no CPC, ou seja, aquelas decisões dadas no curso do processo e que, segundo o art. 203, § 2º do CPC são compreendidas como “[...] todo o pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”²⁰, e que cause prejuízo a qualquer das partes ou a ambas. (SCHIAVI, 2016). Deste modo, a conceituação de “decisão interlocutória” se faz por exclusão, pois qualquer pronunciamento com conteúdo decisório e que não for terminativo do feito ou que encerre a fase de conhecimento, não sendo sentença, será considerado uma “decisão interlocutória”. (DONIZETTI, 2016); (SCHIAVI, 2016).

Via de regra, na verdade, as decisões interlocutórias são irrecorríveis em separado no processo trabalhista, cabendo a apreciação destas decisões quando do recurso da decisão definitiva, nestas incluídas as decisões relativas às exceções de suspeição e incompetência, excluídas aquelas que, logicamente, encerrem o processo na justiça trabalhista.²¹ (MARTINS, 2016).

Como exceção à regra, existem três hipóteses nas quais as decisões interlocutórias são passíveis de recurso imediato, todas previstas na Súmula nº 214 do TST, que tem a seguinte redação.

Súmula nº 214 do TST

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE (nova redação) - Res. 127/2005, DJ 14, 15 e 16.03.2005

Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para

²⁰ O § 1º do art. 203 do CPC traz o conceito de sentença.

²¹ Exemplo “é a decisão do juiz que se julga incompetente em razão da matéria, em que caberá recurso, porque aí se considera definitiva a decisão (§ 2º do art. 799 da CLT)”.. (MARTINS, 2016, p. 560)

Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT²². (BRASIL, 2005)

Este princípio também é aplicado no processo civil, com a diferença de que o legislador processual civil manteve possível o manejo de agravo em casos expressos (art. 1.015 e § único do CPC) e sobre as decisões de maior relevo ou com possibilidade de modificar a direção do processo. (ASSIS, 2016).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), em análise sobre os “elementos da oralidade no processo” e tratando sobre a “concentração dos atos”, leciona.

Enfim, para permitir a concentração dos atos, é indispensável que se evite a interrupção do curso do procedimento em primeiro grau, com a eventual permissão de impugnação de decisões interlocutórias que possam paralisar a sequência do processo. (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016, p. 584).

Segundo a doutrina de Nascimento (2011, p. 141) “A *irrecorribilidade das decisões interlocutórias* é um dos aspectos da oralidade plenamente identificados com o processo trabalhista, nele encontrando ampla dimensão.”, já que se não houvesse essa proibição, o processo sofreria com truncamentos que comprometeriam uma prestação célere de parte do órgão jurisdicional. (NASCIMENTO, 2011).

De acordo com Pereira (2017), a oralidade em verdade é um princípio processual representado por determinadas regras que buscam simplificar os procedimentos através da maior utilização da linguagem oral em detrimento da escrita. Não é princípio peculiar ao direito processual trabalhista, embora seja aplicado com mais intensidade no processo do trabalho devido suas características, afinal existe previsão da oralidade nos principais atos processuais do processo de conhecimento, desde as tentativas de conciliação, a leitura da reclamação, passando pela previsão da defesa oral, oitiva de testemunhas e razões finais em audiência, sem que se esqueça de que o magistrado, quase sempre, também soluciona oralmente as questões durante a audiência, consignando o registro em ata. (LEITE C. H., 2015); (MARTINS, 2016); (NASCIMENTO, 2011).

²² Art. 799 - Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência. [...]§ 2º - Das decisões sobre exceções de suspeição e incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final. (BRASIL, 1946)

O princípio da oralidade, para o magistério de Wambier e Talamini (2016), é visto como:

Mais do que a simples forma verbal dos atos, com o princípio da oralidade busca-se um processo célere, concentrado, em que o juiz possa decidir baseando-se em um contato seu recente e direto com as provas colhidas no processo. Por isso, ele é tradicionalmente composto por outros subprincípios: a identidade física do juiz, a imediação, a concentração dos atos processuais e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. (WAMBIER & TALAMINI, 2016, p. 36)

Comungando do mesmo entendimento, para Pereira (2017, p. 646), o princípio da oralidade se manifesta em: “a) prevalência da palavra oral sobre a escrita; b) imediatidade do juiz na colheita da prova; c) concentração dos atos processuais em audiência; d) identidade física do juiz; e) irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.”

Este plexo de princípios tem como objetivo “permitir que o juiz possa convencer-se adequadamente com a prova produzida”. (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016)

Intrinsecamente ligado a estes princípios está o princípio da concentração dos atos processuais (arts. 849 e 852-C²³ da CLT), que, em conjunto com os outros princípios anteriormente tratados, busca a concretizar a efetividade e celeridade na prestação jurisdicional. Assim, que para Saraiva e Manfredini (2016), este princípio está consubstanciado na busca pela realização do maior número possível de atos processuais durante a audiência. No magistério de Leite (2015, p. 142), este princípio “Decorre da aplicação conjunta de vários princípios procedimentais destinados a regulamentar e orientar a apuração de provas e a decisão judicial em uma única audiência. Daí o termo ‘concentração’”.

Apesar da existência deste princípio ínsito nas normas da CLT, a prática nos mostra que, ao menos no procedimento comum, poucos magistrados ainda realizam audiência única, a não ser nos casos que envolvam exclusivamente matéria de direito, ou dependam exclusivamente de prova documental já apresentada com a inicial e com a resposta do reclamado. Sendo que a prática forense é dividir a audiência em três: audiência de conciliação; audiência de instrução e audiência de julgamento. (NASCIMENTO, 2011); (SARAIVA & MANFREDINI, 2016).

²³ Aplica-se ao rito sumaríssimo.

A concentração e a oralidade permitem a aplicação do princípio da “imediatez”²⁴ ou “imedição”, que, se para autores como Garcia (2017), está diretamente ligada à participação do juiz na atividade probatória, para doutrinadores como Leite (2015); Schiavi (2016), tem um escopo muito mais abrangente, materializando-se através de um contato próximo ou direto do juiz com as partes, as provas, terceiros e a própria coisa litigiosa em busca da verdade real e a formação do convencimento do magistrado.

Finalmente existe a questão relativa ao “princípio” da “identidade física do juiz”, o qual em teoria, via de regra, vincula o juiz que conclui a audiência a julgar a demanda, pela óbvia razão de que tendo ele dirigido a instrução e encerrado a fase probatória, já teria firmado seu convencimento. No entanto esse princípio, que estava regido pelo art. 132 do CPC/73 foi aplicado durante pouco tempo na justiça do trabalho, sendo interessante ressaltar que hoje sequer existe disposição a este respeito no CPC. (LEITE C. H., 2015).

Todos estes princípios, conforme destacado, longe de serem definidores ou caracterizadores do sistema processual trabalhista também existem e são aplicados no processo civil. A diferença está na intensidade, abrangência e realce com que são aplicados no processo do trabalho. (MARTINS, 2016).

Demonstrando a congruência dos princípios entre os mencionados ramos, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), assim aduzem:

Em conclusão, é possível dizer, com CHIOVENDA, que o procedimento oral significa procedimento baseado nas ideias de persuasão racional, identidade física do juiz, imedição, concentração, publicidade e **irrecorribilidade em separado das interlocutórias**, [grifo não presente no original] o que implica, ao fim e ao cabo, simplicidade, rapidez e economia. (MARINONI, ARENHART, & MITIDERO, 2016, p. 584)

Desta forma, sob a nova orientação hermenêutica do processo civil, existe grande aproximação entre os ramos processuais em estudo, demonstrando que este diálogo entre as fontes é cada vez mais intenso e que as diferenças principiológicas, quando existem, estão cada vez mais reduzidas pela constitucionalização do processo civil, conforme podemos extrair do texto do art. 8º do Novo CPC:

²⁴ Para LEITE, C. H. B., “Princípio da imedição é de natureza processual e não se confunde com o princípio da imediatez, que é instituto de direito material do trabalho e diz respeito ao lapso de tempo razoável entre a falta cometida pelo empregado e a punição aplicada pelo empregador”. (LEITE, C. H. B., Curso de Direito Processual do Trabalho. 13. ed., 2015).

Art. 8º - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015).

2.2.4 Princípio do duplo grau de jurisdição

De maneira bem resumida, “O princípio do duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de reexame da decisão, buscando outra opinião sobre a decisão da causa.” (MIESSA, 2015).

Se considerado em sentido estrito, necessariamente o órgão revisor seria de nível (grau) hierárquico superior àquele que proferiu a decisão submetida à revisão. No entanto, se considerado um alcance mais abrangente, a revisão pode ser feita por órgão que, embora não seja de grau superior ao prolator da decisão, é um órgão distinto àquele. Neste caso a doutrina fala na garantia de um “duplo exame”. (WAMBIER & TALAMINI, 2016).

Existe uma forte discussão doutrinária se o duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional ou não. Para parcela da doutrina, a previsão constitucional de que os tribunais possuem competência originária e também recursal demonstram que existe uma previsão constitucional, ainda que não expressa, do duplo grau de jurisdição. (NEVES, 2017).

Martins (2016), tem outra visão sobre o duplo grau de jurisdição neste ponto: “Não se acha exposto o duplo grau de jurisdição, nem implícito na constituição, mas é decorrência da legislação ordinária, pois a ampla defesa e os meios e recursos a ela inerentes também irão decorrer da legislação ordinária.” (MARTINS, 2016, p. 557).

Congruente com a doutrina de Martins, o magistério de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), afirma que o duplo grau de jurisdição não é um direito fundamental, uma vez que o legislador infraconstitucional pode estabelecer exceções à sua aplicação, de maneira que o duplo grau de jurisdição não está garantido em todas as situações, podendo ser restringido através da exigência de pressupostos específicos para que se possa manejar o recurso contra decisões exaradas em determinadas ações. Um exemplo desta restrição criada pelo legislador infraconstitucional é o § 4º do art. 2º da Lei nº 5.584/70, que limita o direito de recurso.

Embora elaborada com o brilhantismo costumeiro, a doutrina acima referida, no tocante ao adjetivo “fundamental” dado ao direito ao duplo grau de jurisdição, parece merecer uma pequena ressalva.

Leite (2015), ressalta um ponto de extrema importância sobre o valor fundamental do duplo grau de jurisdição, ao afirmar:

É preciso destacar, contudo, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (22-11-1969), ratificada pelo Brasil (Decreto n. 678, de 6-11-1992), assegura, no art. 8º (Garantias Judiciais), § 10, a toda pessoa o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Assim, podemos dizer que duplo grau de jurisdição é um direito humano conferido a toda pessoa de interpor recurso das decisões judiciais para um juiz ou um tribunal superior. Ademais, em nosso sistema, é também um direito fundamental, já que recepcionado pelos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/1988. Embora humano e fundamental, o direito de recorrer não é absoluto.

“Direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta restrição tenha justificação razoável.” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 181).

Portanto, não sendo absoluto, o princípio do duplo grau de jurisdição não pode ser pensado como sendo de caráter “universal”, como se fora um salvo conduto para uma recorribilidade desenfreada, ainda mais tendo em consideração que a racionalidade do CPC 2015 é diversa do revogado diploma processual civil de 1973, inclusive com adoção de instrumentos visando desestimular a utilização dos instrumentos recursais de forma abusiva e com intuito meramente protelatório, justificando, em casos específicos, a restrição à recorribilidade. (KOZIKOSKI, 2016).

3 SÚMULA 414 DO TST – A SOLUÇÃO “PROBLEMÁTICA”

O fator tempo, móvel dos princípios da celeridade e razoável duração do processo tem, na maioria das vezes, contornos muito mais dramáticos nas lides trabalhistas. Na justiça do trabalho em Curitiba já existem varas aprazando a audiência de instrução para quase um ano depois da audiência inicial²⁵, isso sem contar o tempo decorrido entre a propositura da reclamatória e a realização da audiência de conciliação.

²⁵ RTOrd 0001298-47.2017.5.09.0651

Como ensinava Carnelutti (apud Martins, 2016, p. 832): “O tempo é um inimigo do Direito contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”. De acordo com Marinoni (2010), a introdução da técnica antecipatória nos arts. 273 e 461 do CPC/73, no final do ano de 1994, foi motivada pelo recorrente uso da ação cautelar inominada como expediente para uma “sumarização do processo de conhecimento” de uma sociedade que reclamava por uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Nascimento (2011), afirma que o juiz poderá conceder tutelas em caráter liminar ou após justificção prévia tendo em vista do fundamento da ação e o temor justificado do provimento final não ter eficácia, sendo o processo trabalhista compatível com provimentos de urgência.

Assim, a técnica antecipatória começou a ser utilizada nas decisões trabalhistas, mas sem o cuidado de se prever quando de sua utilização, também do meio de impugnação que seria o complemento do binômio direito de ação/direito de defesa. Em se tratando de decisão que antecipava a entrega do bem da vida pretendido, tendo caráter satisfativo e que invadia o patrimônio jurídico de outrem, fazia-se necessária a existência de recurso cabível, sob pena de haver uma simples modificação da parte a sofrer os efeitos da morosidade da justiça. Isso também se aplicava à possibilidade de denegação do pedido de antecipação da tutela, já que o jurisdicionado não tinha à sua disposição recurso adequado para tentar reformar a decisão.

Diante deste quadro, tendo em um lado da balança o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e em outro á importância dos direitos em conflito nas decisões antecipatórias de tutela conjugado com os princípios do contraditório e da ampla defesa, a solução encontrada foi a utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal para casos desta natureza. Depois de alguns anos, frente a necessidade de se estabelecer uma uniformidade procedimental e proporcionar maior segurança jurídica para os jurisdicionados e operadores do direito, O TST editou a súmula 414.

A redação original da Súmula 414 do TST, datada de agosto de 2005 e elaborada a partir da conversão das Orientações Jurisprudenciais (OJ) nº 50, 51, 58, 86 e 139 da SBDI-2, fazia referência à concessão de “antecipação de tutela” concedida “antes ou na sentença”, conforme reproduzido abaixo:

Histórico:

Redação original - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005 - conversão das Orientações Jurisprudencias nºs 50, 51, 58, 86 e 139 da SBDI-2 414 Mandado de Segurança. Antecipação de tutela (ou liminar) concedida antes ou na sentença

I - A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso. (ex-OJ nº 51 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. (ex-OJs nºs 50 e 58 da SBDI-2 - inseridas em 20.09.2000)

III - A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar). (ex-Ojs da SBDI-2 nºs 86 - inserida em 13.03.2002 - e 139 - DJ 04.05.2004). (BRASIL, 2004)

A nova redação, de 2017, alterou bem pouco o que já estava contido na referida súmula, limitando-se a retirar a menção à palavra “liminar”²⁶ e a substituir a expressão “antecipação de tutela” pelo termo “tutela provisória”, de modo a adequar-se à redação anterior à vigência do CPC 2015. A “nova” redação tem o seguinte teor:

MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017

I – A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015.

II – No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.

III – A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão ou o indeferimento da tutela provisória. (BRASIL, 2015)

Assim foi “oficializada” a utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal nas ações que buscam a antecipação da tutela de urgência. O que parece uma solução para os jurisdicionados na verdade torna-se um problema

²⁶ O conceito do termo “liminar”, na vigência do CPC/2015, representa apenas um termo “topológico” que se refere ao momento da concessão da tutela provisória, que se daria antes da citação do réu. Anteriormente era entendido como uma espécie de “tutela de urgência”.

frente às peculiaridades do *mandamus* e suas evidentes diferenças em comparação com o Agravo de Instrumento Civil.

3.1 TUTELAS PROVISÓRIAS

O processo deve ser instrumento para a efetiva tutela dos direitos, protegendo o direito material, sendo que essa tutela se perfectibiliza quando existe o reconhecimento do direito através da decisão interlocutória ou da sentença. Nisso se diferencia da tutela jurisdicional, já que esta pode reconhecer o direito (através da sentença de procedência), ou não (através da sentença que não reconhece a procedência) e que, neste caso, seria tão somente o cumprimento, pelo Estado, do seu dever de entregar a solução a uma lide submetida à sua apreciação. Disto se depreende que tanto a sentença como a decisão interlocutória são técnicas de tutela dos direitos que buscam atender a finalidade precípua do processo que é atender os reclames do direito material. (MARINONI, 2010).

Porém a realidade mostra que a morosidade do processo e a espera pela solução da lide trazem prejuízos consideráveis ou o risco de que ocorram prejuízos para uma das partes envolvidas na lide, o que causa uma redução do grau (ou até resulta em completa inviabilidade) da efetividade da tutela prestada pelo Estado, sendo que tal prejuízo pela excessiva demora algumas vezes pesa justamente sobre a parte que já apresenta uma condição vantajosa no processo. Assim cria-se uma situação injusta na qual aquela parte que não é merecedora da tutela do direito é beneficiada pela demora do processo (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Na seara trabalhista essa morosidade resulta em danos maiores em razão das partes normalmente envolvidas no processo.

O tempo é fundamental no processo. O atraso em sua solução implica, às vezes, a impossibilidade prática do recebimento do valor devido. É o caso de empresas que desaparecem no curso do tempo e não cumprem a obrigação determinada na sentença, ficando o empregado sem receber o crédito que lhe é devido. É o que também ocorre com empresas que dilapidam seu patrimônio e o empregado não consegue receber o que lhe foi deferido na sentença. O tempo no processo aumenta os custos para as partes. A parte mais fraca geralmente aceita acordo por valores mais baixos do que teria direito. Se o processo demora muito tempo, acaba criando injustiça para a parte mais fraca. Os mais necessitados renunciariam a uma parte do seu direito em razão da demora da prestação jurisdicional e de necessidades mais prementes, como ocorre com o empregado. (MARTINS, 2016, p. 812)

Com o objetivo de melhor distribuição do custo temporal do processo e evitar que o mesmo recaia exclusivamente para aquela parte que aparenta ser merecedora da tutela do direito, adotam-se então *técnicas de sumarização*, que podem ser *conservativas* ou *satisfativas*. As primeiras, visando que a prestação jurisdicional ao final do processo seja efetiva, limitam-se a conservar bens e direitos. Já as outras antecipam através de cognição sumária, ainda que de forma “precária”, o direito material buscado. Utilizam-se, portanto, as *tutelas diferenciadas*, que tem como característica a provisoriedade em contraposição às *tutelas comuns* que tem caráter de definitividade na solução do conflito entre as partes (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Por ser resultado de cognição sumária, realizada antes do acesso pelo juízo a todos os elementos de convicção, não é possível afirmar com certeza a existência do direito da parte. Portanto a concessão da tutela provisória é fruto de um juízo de probabilidade, de aparência da existência do direito (NEVES, 2017).

Para autores como Donizetti

O legislador apanhou a tutela antecipada (satisfativa), prevista no art. 273 do CPC/1973, e a tutela cautelar prevista dos arts. 796 e seguintes do Código revogado, bateu tudo no liquidificador e o resultado foi a tutela provisória contemplada nos arts. 294 a 311 do novo CPC. (DONIZETTI, 2016, p. 478).

Não há que se confundir, entretanto, as tutelas provisórias com o “julgamento antecipado do processo” previsto no art. 355 do CPC, já que este é resultado do exame do mérito da lide em caráter definitivo nas situações em que: (a) não houver necessidade de produção de outras provas; (b) a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; (c) ocorrer revelia. (MARTINS, 2016).

Assim, antes de se adentrar ao tema específico da tutela antecipada²⁷, necessário estabelecer uma rápida diferenciação entre as espécies do gênero “Tutelas Provisórias”. Assim que, com efeito, baseado nos respectivos dispositivos, as *classificações* permitem a visualização de três *espécies*: a fundada em urgência ou em evidência; a antecedente, a incidente e, por fim, a antecipada e a cautelar (BUENO, 2016).

²⁷ Espécie do gênero “Tutelas de Urgência”.

Quanto ao *fundamento*, a tutela provisória pode ser de *urgência* ou de *evidência* (art. 294, *caput*). A tutela provisória de urgência ocupa a maior parte dos dispositivos, arts. 300 a 310, [...]. A tutela provisória de evidência restringe-se a um só, o art. 312[...].

O parágrafo único do art. 294 apresenta para a tutela provisória de urgência duas espécies: a *antecedente* ou a *incidente* e a *cautelar* e a *antecipada*.

A distinção entre *antecedente* e *incidente* leva em conta o *momento* em que requerida a tutela provisória, se antes ou durante o processo. Será *antecedente* a tutela provisória fundamentada em urgência requerida *antes* do processo. Os arts. 303 e 304 (tratando-a como “tutela *antecipada*”) e 305 a 310 (tratando-a como “tutela *cautelar*”) ocupam-se especificamente com estes casos. Será *incidente* a tutela provisória requerida ao longo do processo, desde a sua petição inicial, cuja disciplina está, menos clara, nas Disposições Gerais e no Título II. (BUENO, 2016, p. 267)

Dentro das espécies de tutela provisória, mais especificamente dentro das tutelas de urgência, interessa, em particular, a tutela antecipada de caráter antecedente ou incidental, que é aquela cuja decisão que concede ou não a tutela de caráter satisfativo é proferida antes da sentença de mérito, devido os motivos a seguir:

- a) em relação às tutelas da evidência pela diferença de pressupostos para concessão do provimento buscado;
- b) em relação às próprias tutelas de urgência cuja decisão sobre sua concessão ou não se deu juntamente com a prolação da sentença, em face do meio de impugnação cabível²⁸;
- c) em relação à tutela de urgência de natureza cautelar, devido aos diferentes requisitos para sua efetivação.

Feito tal recorte, temos que “A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que indiquem a probabilidade do direito, bem como o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 300 do CPC/2015).” (WAMBIER & TALAMINI, 2016, p. 448).

3.1.1 A Tutela antecipada

A natureza jurídica da tutela antecipada diferencia-se do procedimento cautelar, pois é medida satisfativa que, diante da presença de certos requisitos legais, possibilita a entrega, em caráter total ou parcial, do bem jurídico pretendido

²⁸ No processo civil caberá apelação de acordo com o art. 1.013, § 5º, do CPC, cujo correspondente no processo trabalhista é o recurso ordinário previsto no art. 895 da CLT.

pelo autor, concedendo o próprio direito e não tendo, como precipuamente na tutela cautelar, somente o propósito de assegurar a viabilidade da realização do provimento buscado no processo principal (MARTINS, 2016).

Pela sua importância, já que representa uma antecipação do resultado pretendido ao final, a concessão da tutela antecipada só é possível se preenchidos determinados requisitos, destacando-se:

- a) Legitimidade: Embora existam doutrinadores que defendem a tese de que, nas ações onde há o *jus postulandi*, seja possível a concessão de ofício da tutela, a maior parte da doutrina considera que, em respeito ao princípio dispositivo, seja necessário que o autor peça expressamente a concessão da tutela antecipada. Exceção existiria na reconvenção ou ações de natureza dúplice, onde seria legítimo ao réu formular idêntica pretensão; (SCHIAVI, 2016)
- b) Probabilidade do direito: De modo geral todo o juízo, mesmo em cognição exauriente, é formulado através de plausibilidade, visto que é impossível existir uma “verdade absoluta”. O termo usado, “probabilidade”, indica um juízo mais superficial em relação àquele necessário para o julgamento final. Ou seja, que envolve um menor grau de convicção devido à falta de “conhecimento pleno e total dos fatos nem soluções jurídicas aplicáveis ao caso”. (WAMBIER & TALAMINI, 2016). Então essa avaliação será realizada pelo juiz em cognição sumária de acordo com as provas constantes nos autos, sendo facultado ao juiz ordenar a produção de provas para formar sua convicção, devendo o mesmo observar, para a melhor aquilatar a probabilidade do direito o valor do bem jurídico em perigo, a maior ou menor dificuldade para o requerente²⁹ provar o alegado, a verossimilhança do alegado, de acordo com as regras de experiência e a própria urgência alegada pelo requerente; (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015); (SCHIAVI, 2016).
- c) Perigo na demora: Na lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero é preciso atentar que para “uma adequada compreensão da técnica processual à

²⁹ O doutrinador, na obra, utiliza o termo “autor”, mas como já tratado no trabalho, é possível também ao antes réu (na reconvenção) e nas ações de natureza dúplice requerer a concessão da tutela antecipada.

luz da tutela dos direitos” a expressão utilizada no art. 300 do CPC/2015, “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” deve ser ressignificada através do conceito aberto de “perigo na demora”, pois “Há perigo na demora porque, se a tutela tardar, o ilícito pode ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente ou pode o dano ser irreparável³⁰, de difícil reparação ou não encontrar adequado ressarcimento.”. (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015, p. 199). Assim, deve-se avaliar a onerosidade da demora para o requerente, frente ao risco da ineficácia do provimento dado ao final do processo, se não concedida a medida antecipatória pleiteada. Outro ponto que se deve ter em consideração é de que a mera perspectiva de haver reparação pecuniária não significa que o dano não seja “irreparável” ou de “difícil reparação”, sob pena dos direitos serem tratados por uma visão de cunho exclusivamente “monetário” (WAMBIER & TALAMINI, 2016);

- d) *Balanceamento*: Faz-se uma ponderação entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de modo que é possível ao juiz “reduzir” a exigência quanto sobre um deles quando o outro se mostrar fortemente presente, ou seja, presente de modo incontestado o *fumus boni iuris*, poderá o juiz aceitar o *periculum in mora* em menor grau, e vice-versa. Além desta ponderação, o juiz não poderá se furtar a considerar também o grau do gravame que a concessão da medida causará à parte adversa; (WAMBIER & TALAMINI, 2016);
- e) *Reversibilidade*: Embora o parágrafo 3º do art. 300 do CPC/2015 vede a concessão da tutela antecipada quando existir perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a posição majoritária da doutrina é de que a tutela deve ser concedida se estiverem presentes os pressupostos para a concessão da mesma. (MARTINS, 2016). Para Bueno (2016), existe uma “inconstitucionalidade substancial” no dispositivo, sendo necessário aplicar o princípio da proporcionalidade em homenagem ao modelo

³⁰ Martins, S. P. *in Direito Processual do Trabalho*, 38. ed., São Paulo. Saraiva. 2016. p.817, menciona como requisito o “perigo de dano irreparável”, tratando o mesmo como significado de “*periculum in mora*”. Apesar da reconhecida perícia do autor, acredita-se tratar de equívoco. Nem o dispositivo legal contido no art. 300 do CPC/2015 contém o termo “irreparável”, nem os princípios que informam as tutelas provisórias restringem a concessão apenas aos danos considerados irreparáveis, devendo ser compreendido como “danos irreparáveis ou de difícil reparação”. O próprio autor, em passagem posterior, usa a expressão “difícil reparação” sem, contudo, explicar a “correção de rota”.

constitucional, nas situações em que o caso concreto apresente uma situação na qual o dano ou risco a ser evitado “é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o recorrido”. (BUENO, 2016, p. 276). Schiavi (2016), afirma que o juiz, em sua discricionariedade, deve avaliar, utilizando os filtros da efetividade processual e razoabilidade, o custo benefício da concessão da medida, considerando ainda em sua avaliação que o perigo da irreversibilidade deve ser considerado como algo secundário para a não concessão da tutela, pois estaria em contrariedade ao status constitucional de proteção à ameaça ao direito previsto no art. 5º, XXXV, da CF. Outro argumento fortíssimo está elencado abaixo:

Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 300, tem por objetivo combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso - talvez irreparável- ao *direito provável*, não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o *direito provável* deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável*

Não há qualquer lógica em não admitir a concessão da tutela antecipada destinada a combater o perigo na demora sob o argumento de que sua concessão pode trazer prejuízo irreversível ao demandado. Em algumas situações não há como não se aceitar o risco de eventual prejuízo ao demandado. (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015, p. 204).

Além disso, existem instrumentos processuais a serem aplicados caso a aplicação da tutela antecipada seja efetivada o que reduz duplamente a possibilidade de prejuízo à parte. Usa-se o termo “duplamente” pois, em se tendo ultrapassado análise dos pressupostos anteriores para a concessão da antecipação pretendida, a probabilidade que a parte requerida tenha seu “direito” (no caso, a negativa ao direito do requerente) reconhecido ao final da demanda é reduzido, soma-se a isso a proteção do art. 302 do CPC/2015 e teremos uma “dupla proteção”.

3.2 A AUSÊNCIA DE RECURSO ESPECÍFICO E A “SOLUÇÃO” DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

O CPC, em seu art. 1.015, I, estatui que o meio de impugnação de decisão que aprecia pedido de tutela antecipada é o “Agravo de Instrumento”³¹, pois tal decisão tem natureza interlocutória. No processo do trabalho não existe previsão de recurso visto que as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato. Portanto tais decisões só comportariam impugnação quando da interposição de recurso ordinário em face da sentença de mérito proferida pelo juízo.

No entanto não há como negar que, apesar de prolatada em sede de cognição sumária, a decisão já carrega, dentro de sua análise, certa tendência de qual das partes, aparentemente, tem mais chances no processo, ao entregar (caso concedida a antecipação) o bem da vida pretendido pelo requerente e invadindo o patrimônio jurídico da outra parte. Não deixa de ser, portanto, um “projeto” de sentença de mérito, não se afigurando razoável que uma decisão de tamanha importância não possa ser combatida, afinal, da sentença de mérito, via de regra, caberá recurso ordinário (salvo restrição especial devido a algumas peculiaridades relativas aos direitos envolvidos, como no caso do procedimento sumário na seara trabalhista).

Embora haja uma forte predominância do princípio da oralidade e a busca pela celeridade no processo do trabalho, a complexidade das relações jurídicas de hoje necessitam de soluções diversas àquelas que deram azo às primeiras formulações do capítulo processual da CLT. A adequação aos princípios constitucionais reclamam mudanças nos diferentes ramos processuais, como podemos ver nesta lição doutrinária.

Mas, por outro lado, o subprincípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, antes não adotado no processo civil brasileiro, passou a vigorar. As decisões proferidas no curso do processo, antes da sentença, não são autonomamente recorríveis. Há um elenco restrito e taxativo das hipóteses em que excepcionalmente pode-se recorrer de decisões interlocutórias (art. 1.015 do CPC/2015). Nos demais casos, a questão deve ser rediscutida em preliminar de apelação (art.1.009, § 1.º, do CPC/2015). A irrecorribilidade das interlocutórias contribui inclusive para o fortalecimento do princípio da concentração, segundo o qual todos os atos do processo, inclusive a sentença, devem realizar-se o mais proximamente

³¹ De acordo com o já tratado neste capítulo, caso a decisão se dê juntamente com a sentença caberá apelação, conforme o art. 1.013, § 5º do CPC.

possível uns dos outros, para que o juiz possa proferir decisão amparada no seu contato recente com as provas e argumentos reunidos no processo. Os arts. 365 e 366 expressam incisivamente esse princípio. O *caput* do primeiro dispõe que "a audiência é una e contínua, podendo ser excepcional e justificadamente cindida na ausência de perito ou de testemunha (...)". Já o art. 366 prevê que "encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias". (WAMBIER & TALAMINI, 2016, pp. 36-37).

Verifica-se que também o processo civil adota o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, mas de forma mitigada dependendo da importância da decisão exarada, não deixando a descoberto o contraditório em determinados casos a que o legislador atribuiu maior importância no processo.

Tal providência não existe no processo trabalhista, de maneira que a solução foi dada pela jurisprudência ao consolidar o uso do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal em face das decisões interlocutórias que tratam da antecipação de tutela "caso a concessão ou a não concessão da tutela cause dano irreparável à parte, ou seja concedida ou negada de forma abusiva." (SCHIAVI, 2016, p. 1360). Desta doutrina se extrai que existem pressupostos próprios para admissão do *mandamus* como sucedâneo recursal, estranhos aos recursos em geral, além de requisitos específicos para concessão que não são afeitos exatamente à matéria impugnada, tornando-o um meio inidôneo de impugnação na justiça laboral.

3.2.1 Mandado de Segurança como sucedâneo recursal

O direito ao Mandado de Segurança é garantia fundamental que obriga a todos os poderes do Estado a garantir-lhe a maior eficácia possível. Ou seja, impede qualquer interpretação limitativa ou restritiva sobre sua utilização que não seja extraída diretamente da Constituição, tornando inconstitucional qualquer comportamento estatal, seja comissivo ou omissivo, que não confira ao Mandado de Segurança uma aplicação ampla, irrestrita e eficaz. Ao contrário, exige-se do Estado total proteção ao instituto, proteção esta consubstanciada no dever de criar leis que disciplinem seu procedimento que o tornem mais célere, eficaz e totalmente acessível, além de interpretá-lo de forma mais favorável ao seu cabimento, tramitação e efetivação. Isso implica na impropriedade das interpretações que grassam no judiciário que acabam por apequenar o *mandamus*, como aquelas que

impossibilitam a correção do polo passivo da ação, causando sua extinção, já que tais decisões ofendem a fundamentalidade do direito ao Mandado de Segurança (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015).

O instrumento, segundo a doutrina de Meireles, Wald e Mendes é conceituado como sendo:

Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por habeas corpus ou habeas data, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (MEIRELLES, WALD, & MENDES, 2014, pp. 26-27).

No escólio de Leite (2015), que é defensor da classificação quinária das ações³², o Mandado de segurança é ação mandamental pela qual:

[...]o juiz manda, ordena que se cumpra decisão judicial Restabelecendo direito individual, individual homogêneo coletivo (*stricto sensu*) lesado ou ameaçado de lesão por ato (ou omissão) de autoridade pública ou a ela legalmente equiparada. (LEITE C. H., 2015, p. 2499).

Mas na opinião de Nascimento (2011), para que se identifique a natureza do *mandamus* necessário se faz atentar para o tipo de pedido contido no mesmo, já que de acordo com a pretensão (declaratória, constitutiva, etc) será verificado o tipo da respectiva ação.

Por força de expressa previsão no inciso IV, do art. 114 da CF, é da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar “os mandados de segurança [...] quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”. (BRASIL, 2004). Em comentário ao dispositivo retro, Martins (2016), considera uma impropriedade técnica o uso do termo “jurisdição”, o qual crê deva ser substituído pelo termo “competência”, que é delimitação, uma parcela da jurisdição.

Anteriormente à alteração constitucional realizada pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, o primeiro grau de jurisdição trabalhista não possuía competência para o

³² Considera a tutela requerida pelo autor no processo de conhecimento, tem como fundamento as idéias de Pontes de Miranda e posteriormente, Ovídio A. Batista da Silva, e traz a concepção de que as ações devem ser declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas.

processamento e julgamento de Mandado de Segurança, “que era utilizado tão somente contra ato judicial e apreciado pelo Tribunal Regional do Trabalho.” (SCHIAVI, 2016, p. 268).

Devido o aumento das matérias de competência da Justiça do Trabalho, a utilização do Mandado de Segurança passa a ser possível não só contra autoridades judiciais, mas também contra autoridades administrativas, como atos dos Auditores e Delegados do Trabalho. (SARAIVA & MANFREDINI, 2016).

Após estas ligeiras considerações sobre o Mandado de Segurança, retorna-se a atenção para o que já foi tratado em breves linhas anteriormente, que é a utilização do remédio constitucional como sucedâneo recursal.

No Processo do Trabalho, em razão de não haver recurso para impugnar decisões interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT), **o mandado de segurança tem feito as vezes do recurso em face de decisão interlocutória que viole direito líquido e certo da parte, como deferimento de liminares em Medidas Cautelares e Antecipações de Tutela, embora não seja essa sua finalidade constitucional.** (SCHIAVI, 2016, p. 268, grifo nosso)

Faz-se, portanto, importante compreender em como se opera a interposição do Mandado de Segurança contra tal ato judicial, já que existe uma vedação contida no art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009, do cabimento do *writ* contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. Aqui existe uma questão discutida, ainda mais porque tem havido um uso indiscriminado da impetração do Mandado de Segurança para preencher lacunas (desejadas ou não) no campo dos instrumentos de impugnação de decisões judiciais, o que acaba por desfigurar as diretrizes o sistema recursal. (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015).

Dispõe o art. 899 da CLT que os recursos na justiça do trabalho terão apenas efeito devolutivo, sendo possível, satisfeitas determinadas condições, obter-se efeito suspensivo.

Sobre esta questão, suscitando controvérsia, existe a OJ nº 92 da SBDI-2 – TST, editada antes da Lei nº 12.016/2009, que traz o seguinte texto:

MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO (inserida em 27.05.2002). Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido. (BRASIL, 2002).

Segundo Leite, a referência ao “efeito diferido” corresponde à previsão do “[...] § 1º do art. 893 da CLT, ou seja, a apreciação meritória da decisão interlocutória será apreciada no julgamento do recurso cabível contra a sentença ou acórdão.” (LEITE C. H., 2015, p. 2536).

Mesmo após a vigência da Lei nº 12.016/2009, a SBDI-2-TST manteve posição no mesmo sentido da OJ nº 92, conforme podemos verificar do julgado a seguir.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO PELA QUAL SE DETERMINA A REALIZAÇÃO DE INSPEÇÃO TÉCNICA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. IMPUGNAÇÃO MEDIANTE PRELIMINAR EM RECURSO PRÓPRIO A SER INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DEFINITIVA. ATO JUDICIAL ATACÁVEL MEDIANTE REMÉDIO JURÍDICO PRÓPRIO. PREVALÊNCIA DA CONVICÇÃO DEPOSITADA NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 92 DA SBDI-2 DO TST. 1. O mandado de segurança jamais foi visto como substitutivo de recurso, de modo que pudesse o litigante, ante ato judicial determinado, servir-se de um ou de outro, a seu critério e gosto. 2. Não há e não pode haver, ante a distinção das salvaguardas constitucionais, fungibilidade entre os institutos. 3. A Lei n. 12.016/2009, ao proibir a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, II), não inovou o ordenamento jurídico até então vigente, na medida em que tanto o sistema recursal inaugurado pelo Código de Processo Civil (CPC, art. 558, parágrafo único) quanto o trabalhista (CLT, art. 899; Súmula 414, item I, do TST) admitem a concessão de efeito suspensivo aos recursos dele desprovidos, ainda que excepcionalmente. 4. Portanto, mesmo sob a égide da Lei n. 12.016/2009, subsiste a convicção depositada na Orientação Jurisprudencial n. 92 da SBDI-2 do TST, no sentido do descabimento de “mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido”. 5. Sobreleva mencionar, para o caso, o cabimento não só de medida judicial, mas também, expressamente, de intervenção correicional, a teor do Regimento Interno do TRT da 4ª Região (arts. 44, I, 46, I, e 48). Recurso ordinário conhecido e desprovido (TST-RO 5943-45.2012.5.04.0000, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, SBDI-2, *DEJT* 8-11-2013).

Necessário atentar que ainda que com efeito diferido, não há efeito suspensivo quando da interposição do recurso ordinário. Além disso, é importante distinguir entre o efeito suspensivo que é previsto em lei, sendo inerente ao instrumento recursal, portanto *ope legis*, em relação àquele efeito suspensivo que não é inerente ao instrumento recursal, dependendo do preenchimento de determinados requisitos para ser concedido no caso concreto, portanto *ope judicis*. O dispositivo em comento parece apontar para os casos envolvendo efeito suspensivo próprio. Ainda assim não pode ser compreendido em sua literalidade pois é pacífico na jurisprudência que “mesmo decisões passíveis de recurso sem

efeito suspensivo não podem ser impugnadas por mandado de segurança.”. (NEVES, 2017, p. 1551).

A orientação interpretativa do dispositivo, na lição de Marinoni, é de que “desde que se *possa obter efeito suspensivo* – ou porque ele já é dotado, *ex lege*, desse efeito, ou porque a *lei expressamente prevê a possibilidade do magistrado conferir-lhe tal condição* – não se deve admitir o mandado de segurança.” (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015, pp. 347-348).

Mas nas decisões interlocutórias sobre antecipação de tutela, como já tratado, o fator tempo tem uma importância primordial, o que autoriza a utilização do Mandado de Segurança. Coerente com esta aceção, temos:

Sendo inútil o recurso será cabível o mandado de segurança, sendo justamente essa hipótese aplicável, a depender do caso concreto, à decisão interlocutória não recorrível por agravo de instrumento.

Essas decisões não se tornam irrecorríveis, porque são impugnáveis na apelação e nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC. Mas nesse caso a questão do tempo pode tornar o meio de impugnação inútil, não havendo sentido permitir o perecimento de um direito porque o meio de impugnação cabível previsto em lei não tem aptidão de reverter a sucumbência suportada pela parte de forma concreta. (NEVES, 2017, p. 1552)

Neste sentido a súmula 414 do TST é clara ao prever a utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal em face de ato judicial (decisão interlocutória) sobre a concessão ou não de tutela provisória, cabendo se analisar as condições, gerais e específicas para o manejo do referido *writ*.

De acordo com a síntese sobre o *mandamus* anteriormente descrita, o Mandado de Segurança é ação, e como tal necessita que sejam preenchidos os pressupostos genéricos comuns a todas as ações, bem como os pressupostos específicos ao instrumento que são: a) o direito líquido e certo não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*; b) a ilegalidade ou abuso de poder e; c) ato de autoridade pública³³.

Segundo a doutrina de Meirelles, Wald e Mendes o direito “líquido e certo”

[...] é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os

³³ Por tratar-se de ato judicial e, portanto, forçosamente emanado de “autoridade pública”, desnecessária análise sobre este pressuposto específico neste trabalho.

requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. [...] Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido, nem certo, para fins de segurança. (MEIRELLES, WALD, & MENDES, 2014, pp. 36-37).

Analisando a definição proposta por Meirelles, Leite (2015), tem a opinião de que, na caracterização feita por aquele autor de “direito líquido e certo”, a aquisição do direito seria materializada através da reunião de dois elementos: “uma situação fática qualificada sobre a qual incide um comando normativo, tornando-a apta a produzir certas consequências jurídicas.” (LEITE C. H., 2015, p. 2518).

Mas para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), não existe relação entre a expressão “direito líquido e certo” e qualquer direito subjetivo especificamente considerado, já que todo direito seria “líquido e certo”. Portanto, esse conceito estaria vinculado a uma “maior ou menor facilidade na *demonstração dos fatos* sobre os quais incide o direito.” (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015, p. 335). Neste mesmo sentido Meirelles, Wald e Mendes (2014), afirmam que o conceito de “liquidez e certeza” trazido pelo legislador é impreciso, pois faz referência “[...] à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos que ensejam o exercício desse direito.” (MEIRELLES, WALD, & MENDES, 2014, p. 37). É por esse motivo que não há possibilidade de instrução probatória em sede de Mandado de Segurança, sendo concedida apenas uma dilação para que o impetrado preste informações sobre as provas e alegações do impetrante.

É cediço na jurisprudência e doutrina atuais que a comprovação do direito líquido e certo, enquanto condição específica do *mandamus*, está situada no campo da prova, que deve ostentar conteúdo indiscutível, sendo de natureza documental e pré-constituída³⁴, o que implica na ligação da expressão “direito líquido e certo” à forma de cognição utilizada no *writ*. (LEITE C. H., 2015); (MARINONI, ARENHART, & MITIDIERO, 2015).

Já em relação ao pressuposto da “ilegalidade ou abuso de poder”³⁵, encontra-se questão mais difícil de ser superada para a concessão da segurança.

³⁴ Exceção se faz quando nos casos elencados no art. 6º, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

³⁵ Neste trabalho ligado exclusivamente à decisão interlocutória prolatada em sede de tutela antecipada de urgência.

Leite (2015, p. 2525), afirma que “A noção da expressão “abuso de poder” traz ínsita a de ilegalidade, pelo que perfeitamente dispensável a distinção entre ambas, para o fim de se aferir o cabimento do *writ*.”.

A definição de “ilegalidade” e “abuso de poder” são casos extremos e “saltam aos olhos” quando cometidos, mas se tornam de difícil comprovação quando estão ligadas ao “poder geral de urgência” e à “persuasão racional” do juiz para concessão ou não de medidas antecipatórias.

A respeito do poder de cautela, para Câmara (2017), em virtude de não haver um rol exaustivo de medidas cautelares, é assegurado ao juiz o “poder geral de cautela”, que consiste na faculdade que o juiz possui de ordenar qualquer medida idônea para assegurar o direito requerido. No entanto, como no CPC/2015 os requisitos para a concessão da tutela antecipada da tutela cautelar foram “unificados”, parece ser mais adequado referir-se a essa faculdade como “poder geral de urgência”, que é o conjunto de poderes afeitos ao juiz em sua função jurisdicional de conceder uma proteção, em caráter precário, a favor da parte que, em face da existência de situação que possa provocar dano de difícil reparação ou até mesmo dano irreparável ao direito que afirma ter, não pode esperar até o fim do processo para o reconhecimento deste direito (WAMBIER & TALAMINI, 2016). Este “poder de urgência” pode ser utilizado tanto para a proteção da parte que, em perfunctória análise, aparenta ter razão quanto para proteção da própria efetividade da jurisdição.

Nas lições de Corrêa (2017), a CLT tem norma específica que confere ao juiz do trabalho total liberdade para a utilização do Poder-Geral de cautela, ainda que possa necessitar de ser complementada pelo CPC. O referido autor afirma que a partir da CF/88 o poder-geral de cautela teria passado a integrar o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição e que o CPC/2015, ao reproduzir literalmente a norma constitucional leva à seguinte conclusão:

Aí reside a outorga constitucional e infraconstitucional do poder--dever de todo magistrado em conhecer, conceder, denegar ou revogar as tutelas de urgências e medidas liminares, consoante a sua discricionariedade, jungida às peculiaridades, aos fatos ou até a fortes indícios de ameaça, lesão ou turbação. (CORRÊA, 2017, p. 38)

Para Wambier e Talamini, o modelo de apreciação de provas existente no processo civil nacional é o da persuasão racional (ou livre convencimento motivado)

que teria base constitucional na “motivação das decisões judiciais”, e impede que haja abusos nas decisões judiciais. (2016)

Neste modelo o juiz, observando as provas do processo, tem liberdade para formar sua convicção, necessitando que a sua decisão esteja adstrita à análise jurídica do contexto fático-probatório dos autos e tenha sido formulada através da utilização dos “meios científicos que regulam as provas e sua produção”, e em atenção “às regras da lógica e experiência”. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 867).

No entanto, segundo Câmara (2017), este sistema permite uma discricionariedade indesejável para o juiz, pois possibilita a ele conferir à prova o valor que desejar conforme sua atribuição própria, o que seria incompatível com o ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito.

Prossegue Câmara (2017), afirmando que com o advento do CPC/2015 houve uma superação do “livre convencimento motivado” a partir da nova redação constante no art. 371 do CPC/2015 que retirou a palavra “livremente” da sentença “apreciar livremente a prova” que constava no CPC/1973. Com isso, segundo o autor supracitado, o juiz deve apresentar uma “valoração discursiva da prova”, buscando a verdade demonstrada no processo para uma decisão correta do caso.

4 CONCLUSÃO

O grande desafio do sistema judicial é entregar ao jurisdicionado, de forma efetiva, uma prestação célere dos seus direitos. Apesar do tempo ser um elemento muito importante a ser considerado, não basta a celeridade e “efetividade” (no sentido de ser proferida uma decisão terminativa de mérito), para que haja uma efetiva entrega de “justiça”. Estes elementos devem vir acompanhados de uma decisão realmente adequada ao caso concreto, ou seja, como no magistério de Bezerra Leite, uma “jurisdição justa”. Portanto não é possível se falar em entrega da justiça se algum destes elementos não estiver presente por ocasião da prolação da decisão definitiva.

A justiça do trabalho não é exceção a este dever, devendo encontrar os meios para solucionar o imenso “gargalo” hoje existente e que impõe, principalmente para o trabalhador, uma longa espera que no fim pode se revelar infrutífera. Uma justiça pensada para ser célere, simples e efetiva hoje enfrenta um desafio, tanto em relação à celeridade, quanto à efetividade e até mesmo na justiça de suas decisões.

No entanto a celeridade não pode ser empecilho para que, em situações de maior relevância, a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa sejam “ignorados” em decorrência de um dispositivo que preceitua que, no processo do trabalho, “as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato”. Mais importante que certos dogmas está a finalidade maior do processo, que é servir de instrumento para a realização do direito material buscado pela parte (finalidade da justiça).

Se por um lado existe o receio de que a aplicação subsidiária ou supletiva dos institutos do processo civil nos casos que se verificarem determinadas lacunas ontológicas e axiológicas leve a uma “civiltização” do processo do trabalho e provoque insegurança jurídica, por outro não se pode prejudicar o jurisdicionado, maior interessado na solução da sua lide de forma rápida, efetiva e justa.

Apesar de anteriormente a “fórmula” da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, concebida para que as decisões na justiça laboral fossem proferidas de forma mais veloz e objetivando evitar a interposição de recursos na fase de conhecimento que poderiam atrasar a sequência de procedimentos do processo em prejuízo do trabalhador (na imensa maioria dos casos) ter se mostrado efetiva frente aos problemas apresentados para resolução pelo juiz do trabalho, hoje, frente às complexidades surgidas nestes quase 75 (setenta e cinco) anos, ela precisa ser

atualizada. Não que não tenha havido uma atualização do processo do trabalho através da aplicação subsidiária de outros ramos processuais (principalmente do processo civil) e da construção jurisprudencial ao longo destes anos, mas ainda há muito que pode ser feito.

No processo civil a legislação relativa ao agravo sofreu, desde o CPC/1939, 4 (quatro) alterações antes do CPC/2015. Embora isso não signifique necessariamente que tais modificações tenham resultado em uma maior efetividade do instrumento, pelo menos demonstrou uma preocupação do legislador frente aos problemas práticos que se apresentavam no dia a dia forense na utilização do instituto. Assim como o CPC/2015 reviu muitos dos seus conceitos em busca de maior celeridade e efetividade, tendo inclusive restringido a recorribilidade das decisões interlocutórias, mas sem deixar de prever determinadas situações específicas onde manteve cabível a utilização do recurso apropriado do AIC, o processo trabalhista, ao incorporar a aplicação de institutos e técnicas do processo civil tais como as tutelas provisórias, também deve buscar atualizar-se, principalmente frente aos direitos envolvidos nestes casos, prevendo meios de impugnação compatíveis com tal complexidade de situações, já que está comprovado que os princípios que norteiam ambos os direitos processuais são os mesmos, com diferenças apenas no grau de aplicação, e que mesmo assim tais diferenças estão sendo reduzidas devido às normativas constitucionais que afetam a todos os ramos processuais.

A maior prova da necessidade desta atualização é a existência da súmula 414. Não há sentido em se prever um sucedâneo recursal a guisa de não se permitir o uso do instrumento correto para tal finalidade apenas para “manter” um dispositivo que, quando pensado pelo legislador, com toda certeza não previu que institutos como a antecipação de tutela fossem usados largamente no processo trabalhista.

Para solucionar este tipo de lacuna ontológica e axiológica o TST, ao invés de aceitar a possibilidade do uso do AIC, acabou por “oficializar” a utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal em face das decisões sobre antecipação de tutela, o que se revela insuficiente e impróprio para a correta formação do contraditório e ampla defesa pelas especificidades do remédio heroico.

A primeira inadequação diz ao efeito causado por cada um dos instrumentos. Enquanto no AIC há um “prolongamento” do processo pendente, ainda que em novos autos, no Mandado de Segurança é instaurado um novo processo.

Embora o pedido em si seja o mesmo (reforma ou invalidação da decisão de primeiro grau), os pressupostos específicos para o cabimento e concessão da ordem no Mandado de Segurança diferem sobremaneira daqueles necessários à concessão da tutela antecipada.

O primeiro dos requisitos específicos do *writ*, o “direito líquido e certo”, é bem distinto da “probabilidade do direito” que é requisito para a concessão da tutela antecipada. Enquanto o primeiro é realizado com quadro probatório “completo”, já que é processado com prova documental pré-constituída que comprove cabalmente os fatos narrados e sem dilação probatória, no segundo a “probabilidade do direito” é estabelecida sem a completude do quadro probatório, através de uma análise lógica das alegações e das provas com os demais elementos presentes nos autos, na qual a teoria que demonstra maior grau de confirmação e menor grau de refutação pode ser utilizada para o convencimento do juiz de que existe a probabilidade do direito necessária à concessão da tutela provisória.

O segundo requisito do *mandamus* diz respeito à ilegalidade ou abuso do poder por parte da autoridade judicial³⁶. Este requisito se contrapõe fortemente ao requisito da demonstração do erro de julgamento (*error in iudicando*) ou do erro de atividade (*error in procedendo*) que seriam necessários para o cabimento e provimento do agravo. Enquanto no primeiro caso a ilegalidade ou abuso vem a partir de uma decisão teratológica ou com clara contrariedade às normas legais, no segundo caso pode tanto estar relacionada à decisão exarada pelo juiz após sua avaliação dos fatos e provas apresentadas no pedido antecedente ou que conste no processo (discute-se o que foi decidido), já que decisão pode ter sido injusta ou tenha o juiz se equivocado ou não tenha valorado a prova corretamente, etc., ou relacionada com descumprimento ou com equívoco na condução de um procedimento que seja essencial ou que tenha trazido prejuízo à parte.

Ponto não menos importante, é a de que o Mandado de Segurança não comporta, via de regra, discussão sobre o conteúdo da decisão, e sim se independentemente do “erro” ou “acerto” da decisão, ela está “formalmente” correta. Assim, ainda que existam os requisitos para concessão da tutela pretendida, tal matéria, quando da apreciação do Mandado de Segurança, não será devolvida ao órgão julgador, sendo apreciado tão somente se na decisão do juízo *a quo* existe a

³⁶ Neste trabalho estão sendo analisados apenas os casos relativos às decisões judiciais.

relação lógica entre a decisão prolatada e os fatos narrados e provas cotejadas na formação do seu convencimento, não realizando, portanto, a revisão da decisão.

Portanto, em vista da importância e da matéria afeita às tutelas antecipadas de urgência acredita-se ser necessário uma abertura da jurisprudência trabalhista, ou alteração legislativa para permitir-se a aplicação do Agravo de Instrumento como recurso contra estas decisões interlocutórias de forma a oportunizar o contraditório e ampla defesa para a revisão da decisão judicial exarada em virtude do Mandado de Segurança não ser instrumento adequado para tal finalidade.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, A. **Manual dos recursos [livro eletrônico]**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de outubro de 2017.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 414**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-414>. Acesso em: 2 de novembro de 2017.
- BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016** 2. ed. [e-pub]. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÂMARA, A. F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2017.
- CASTELO, J. P. **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- CAVALCANTE, J. Q. **Direito processual do trabalho - Tomo I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- COLOMBO FILHO, C. A autonomia do direito processual do trabalho e o novo CPC *in Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* , 4 (Especial), abril de 2015, p. 118.
- CORRÊA, A. P. **Processo do trabalho : força dominante versus NCPC, força auxiliar**. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de Direito Processual Civil : Meios de impugnação às decisões judiciais e processo no tribunal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 03.
- DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 01.
- DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GARCIA, G. F. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GIGLIO, W. D., & CORREA, C. G. **Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KOZIKOSKI, S. M. **Sistema Recursal CPC 2015 : em conformidade com a Lei 13.256/2016**. Salvador: JusPodivm, 2016.

- LEITE, C. H. (Org.) **CPC - Repercussões no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LEITE, C. H. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MANUS, P. P. A execução no processo do trabalho. O devido processo legal, a efetividade do processo e as novas alterações do Código de Processo *in Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 73 (1), Jan./Mar. 2007. p. 44.
- MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., & MITIDERO, D. **Novo curso de processo civil [livro eletrônico] : teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 01.
- MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., & MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil : Tutela dos direito mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 03
- MARINONI, L., ARENHART, S. C., & MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil : Tutela dos direito mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 02.
- MARTINS FILHO, I. G. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho [e-pub]**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, S. P. **Direito Processual do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEIRELLES, H. L., WALD, A., & MENDES, G. F. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MIESSA, E. **Recursos Trabalhistas**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao processo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NEVES, D. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. único.
- PEREIRA, L. **Manual de Processo do Trabalho [e-book]**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROMAR, C. T. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.
- SARAIVA, R., & MANFREDINI, A. **Curso de direito processual do trabalho**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SCHIAVI, M. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- TEIXEIRA FILHO, M. A. Processo do trabalho – embargos à execução ou impugnação à sentença? (A propósito do art. 475-J do CPC) *in Revista LTr*, 10 (70), out. de 2006. pp. 1179-1182.
- THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 01.

WALDRAFF, C. H. A aplicação supletiva e subsidiária do NCPC ao processo do trabalho *in* **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região** , 4 (39), (BRASIL), abr.2015. p. 89.

WAMBIER, L. R., & TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil [e-book]** : *Cognição jurisdicional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 02.

WAMBIER, L. R., & TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil [e-book]** : *Teoria geral do processo*. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 01.